

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

KARLA MONTEIRO DE ALMEIDA

A PARIDADE ENTRE OS SEXOS E A PROPRIEDADE DO IMÓVEL ADQUIRIDO
ATRAVÉS DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA”

SOUSA
2013

KARLA MONTEIRO DE ALMEIDA

**A PARIDADE ENTRE OS SEXOS E A PROPRIEDADE DO IMÓVEL ADQUIRIDO
ATRAVÉS DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA”**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA
2013

KARLA MONTEIRO DE ALMEIDA

A PARIDADE ENTRE OS SEXOS E A PROPRIEDADE DO IMÓVEL ADQUIRIDO
ATRAVÉS DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA”

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

BANCA EXAMINADORA:

Data da Aprovação: ____/____/____

Profº. Admilson Leite de Almeida Junior
Orientador

Profº.
Examinador Interno

Profº
Examinador Interno

*“Venho em nome da mulher brasileira/
Exibindo os direitos que ela tem/ Sou mulher,
canto livre e vivo bem/ A viola é a minha
companheira/ Deus permita que eu viva a vida
inteira/ Defendendo o mais forte ser humano/
Que carrega no ventre quase um ano/ A
semente da nossa geração/ Não lhe adora
quem não tem coração/ Nos dez pés de
martelo alagoano (...)*

*A mulher hoje assume as funções dela/ Treina
time, no campo joga bola/ Também canta
repente com viola/ E sai atriz, faz as cenas da
novela/ A mulher que sabe lavar panela/ É a
mesma que vai tocar piano/ Pilotar qualquer
um aeroplano/ E jurar defender nossa
bandeira/ Tomar conta da história brasileira/
Nos dez pés de martelo alagoano (...)*

*Então salve a mulher brasileira/ Nos doze
meses de cada ano/ E é preciso que o homem
tome plano/ Para não se arrepender depois/
Que Deus fez esse mundo foi pra os dois/ Nos
dez pés de martelo alagoano”*

*Mocinha de Passira, repentista
pernambucana.*

A Deus, por se fazer presente diuturnamente.
Por não me deixar faltar a fé, que é o melhor
de mim.

À minha Mãe Maria, Nossa Senhora, minha
advogada. Intercessora maior nos momentos
de aflições.

Aos meus pais, pelo que são: inspiração para
tudo que eu faço, razão para cada passo meu,
guias eternos, amor sem medidas.

AGRADECIMENTOS

Hoje meu coração se enche de alegria pela possibilidade de regar o mais belo sentimento conhecido pelo homem: a gratidão. Sim, aos meus olhos a gratidão é mais bela que o amor, mais intensa que o ódio, mais contagiante que a alegria e mais verdadeira que a devoção, enfim, é mais próxima de Deus que qualquer outro sentimento. Da gratidão só emana o que é bom. Nenhum pesar dela provem. A gratidão é capaz de multiplicar o que é insuficiente, é capaz de semear a justiça, é criadora de laços. Quem sente-se grato, distribui com os outros os méritos de sua conquista, e, sobretudo, reconhece a incapacidade de conseguir sozinho. Por isso, início agradecendo a simples oportunidade de distribuir esta gratidão.

Dedico à Deus a maior parcela deste sentimento. Pois, Ele, responsável pela minha fé, é quem enche de sentido a minha vida e me dá o gracioso sentimento de que “um amanhã melhor estar por vir”. Muitas vezes, acreditar nEle é acreditar em mim mesma. Pretendo retribuí-lo jamais desistindo de ser a filha que o Senhor merece ter.

Aos meus pais, destino também uma parcela generosa de minha gratidão, embora saiba que é o mesmo sentimento que os toma no momento. Qualquer manifestação de amor seria insuficiente, por isso agradeço-lhes entregando minha vida para dar-lhes orgulho. Que um dia, Deus me faça ser capaz de recompensa-los pela entrega de vocês, e nos presenteie com uma vida longa para que possamos celebrar esse amor.

À minha irmã, minha princesa, agradeço pelo amor, carinho e atenção à mim dispensados. Declaro meu orgulho por ter uma irmã tão maravilhosa como você alegrando nossa família. Que Deus lhe abençoe, minha pequena. Eu te amo!

Aos meus avós, Sebastião e Maria José, pela contribuição na minha criação. Não seria o que sou sem vocês. E Chico Monteiro, que não está presente fisicamente para se alegrar comigo neste momento, mas, ao lado de Deus, comemora e cuida dos filhos e netos que aqui deixou saudosos e orgulhosos do exemplo que ele foi em vida.

Ao meu companheiro, Kaian, dispenso imensa gratidão pela presença incessante em cinco anos desta luta. Você é, sem dúvidas, o que de mais valioso encontrei em Sousa. Que nossos planos sejam abençoados, que muitos anos ainda venham e que nós sejamos capazes de conservar a lealdade, amizade e admiração de sempre e para sempre.

Agradeço aos meus tios e tias e seus respectivos companheiros (que também constituem nossa família), por me ensinaram com exemplos lições valiosas acerca da vida. Tenho imenso orgulho deles, e me emociono muito com a confiança que em mim depositam.

Às minhas primas e primos, agradeço por serem uma mistura maravilhosa de amigos e irmãos. Faço das alegrias de vocês, a minha, torço, rezo, me orgulho de cada vitória de vocês, e o mais belo desse sentimento é saber que é recíproco. Por isso também dedico esta vitória a todos os meus primos, especialmente à Dedeia, Renatinha, Dedeza, Amandinha, Juliana, Julieth e Andinho. Obrigada de coração.

Agradeço às amigas-irmãs que me fizeram descobrir a partir da convivência que existem pessoas que quanto mais se conhece, mais se ama. Experimentei um amor familiar, que não precisa de laços de sangue para se manifestar. Vocês, Elisa e Mabelly, foram verdadeiro conforto para mim nesses anos. Penso quão abençoada fui, em um mundo tão gigante, ter a honra de dividir mais que um apartamento com vocês. Nós dividimos aflições, angústias, dúvidas, alegrias e vitórias. Conhecemos o melhor e o pior de cada uma (e nos amamos mesmo assim). Até hoje não sei como coube, naquele espaço físico, um amor deste tamanho.

Aos meus amigos de vida, cujo tempo não leva. Em um mundo no qual se fala tanto em sentimentos superficiais, tenho vocês, verdades constantes em minha história. Obrigada, Ana Helena, Brisa, Danielly, Gardênia, Giovana, Ingrid, Jocelmo, Maria Rita, Thayana e Valdir.

Às joias que encontrei em Sousa e que, creio, permanecerão para além: Ana Cláudia, Maria e Rayra. Obrigada de coração, por tudo!

Aos meus amigos da Turma de Direito 2008.1, agradeço por serem inspiração de luta, de esforço, de vida. Unir pessoas tão diferentes em uma turma só foi um desafio e tanto, mas vejo que esta experiência rendeu bons frutos! Aprendi muito com vocês, especialmente no tocante à vontade de vencer de cada um. Essa é uma turma de valentes, e me sinto orgulhosa de fazer parte dela. “Que a estrada se erga ao encontro do seu caminho, que o vento esteja sempre às suas costas, que o sol brilhe quente sobre a sua face, que a chuva caia suave sobre seus campos. E até que nos encontremos de novo, que Deus o guarde na palma da sua mão.”
(Benção Irlandesa)

Agradeço especialmente aos professores que passaram em minha vida ao longo desses 19 anos de estudo. Se eu pudesse deixar algo para vocês, eu deixaria a consciência do quanto

vocês marcam a vida de nós, alunos. “O professor se liga à eternidade pois ele nunca sabe quando cessa a sua influência” (Henry Adams).

Aproveito o ensejo para agradecer à Escola Menino Jesus, e todos que a compõe por terem sido essenciais na minha formação, não só acadêmica, mas pessoal. Obrigada por exercerem a responsabilidade de educar com amor e seriedade, eu não poderia ter estudado em lugar melhor.

Agradeço ao meu orientador, Admilson Leite, um professor por vocação. Verdadeira inspiração e exemplo para quem quer se dedicar à arte de ensinar. Obrigada pelo tempo e conhecimento comigo compartilhados.

Por fim, agradeço à todos que acompanharam minha trajetória e que se sentem verdadeiramente felizes com a vitória nesta fase de vida. É muito bom poder contar com a participação de vocês nesses momentos de alegria, pois, sem dúvidas, o melhor de estar feliz é ter com quem compartilhar!

RESUMO

O programa habitacional do governo federal “Minha Casa, Minha Vida”, instituído pela Lei nº 11.977/2009, traz disposições polêmicas que interferem nas relações familiares. Em especial o art. 35-A, que destina à mulher, preferencialmente a propriedade do imóvel adquirido através do referido programa por ocasião de uma separação ou divórcio, exceto no caso do homem figurar como detentor da guarda exclusiva dos filhos do casal, hipótese em que o imóvel ficará em seu nome ou será a ele transferido em caso de dissolução do casamento ou união estável. Em ambos os casos, é completamente desconsiderado o regime de bens aplicável ao casal. Ocorre que esta suposta preferência tem causado discussões, questionando-se se estaria havendo uma violação ao princípio da igualdade, sobretudo no tocante à igualdade de gênero, bem como se seria possível o Estado intervir na autonomia privada relativizando o regime de bens aplicado ao casamento ou à união estável, livremente eleito pelo casal ou, na ausência de escolha, aplicado o legal. No entanto, para se chegar à essa resposta é necessário observar diversos aspectos jurídicos, históricos e sociais. Em sendo a moradia um direito constitucional, é preciso analisar a obrigação do Estado em viabilizá-la, adentrando no aspecto da função social da propriedade, tema hoje tão relevante quando se fala no assunto. Sobre o direito de família, faz-se mister observar, principalmente, o disposto sobre os regimes de bens e os novos papéis assumidos por seus componentes. Indispensável se faz o estudo do princípio da igualdade, sobretudo após a Constituição Federal de 1988. Este trabalho tem como objetivo a análise do art. 35-A da Lei 11.977/09, que institui o Programa Habitacional “Minha Casa, Minha Vida”, sua criação, os efeitos das disposições do artigo referido e, por fim, se o ordenamento jurídico pátrio o recebe ou não, a fim de concluir acerca de sua (in)constitucionalidade, para tanto, sendo necessário observar os aspectos relacionados à função social da propriedade, a igualdade entre os gêneros e a colocação da mulher no quadro social atual. A metodologia empregada é o método de abordagem dedutivo, partindo de uma generalidade para uma especificidade. A partir do estudo, se conclui, pela constitucionalidade do art. 35-A da Lei nº 11.977/09, uma vez que está em perfeita consonância com o ordenamento jurídico pátrio, especialmente com a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Igualdade de Gênero; Constitucionalidade; Programa Habitacional; Mulher; Ações afirmativas.

ABSTRACT

The federal government housing program "Minha Casa, Minha Vida" (author's translation: "Home, My Life"), established by Law n°. 11.977/2009 brings controversial provisions that interfere in family relationships, in particular art. 35-A, which is designed for women, preferably ownership of property acquired through this program during a separation or divorce, except in the case of man figure as holder of the sole custody of the couple's children, in which case the property will be in his name or he will be transferred in the event of dissolution of marriage or stable union. In both cases, it is completely disregarded property regime applicable to the couple. It happens that this supposed preference has caused discussions, questioning whether there would be a violation of the principle of equality, especially in relation to gender equality, as well as whether it would be possible for the State to intervene in the private autonomy relativizing property regime applied to marriage or the stable, freely elected by the couple or, in the absence of choice, applied the law. However, to arrive at this response is necessary to observe various legal, historical and social issues. The house being a constitutional right, we must examine the State's obligation in enables it, entering in the aspect of the social function of property, subject as relevant today when talking on the subject. On family law, implies the need to observe, especially the provisions on matrimonial property regimes and the new roles assumed by its components. It is essential to study the principle of equality, especially after the 1988 Constitution. This paper aims to analyze the housing program "Minha Casa, Minha Vida", its institution, the effects of the provisions of art. 35-A, and finally , if the national legal system to greets or not, in order to conclude about their (un)constitutionality, therefore, it is necessary to observe the aspects related to the social function of property, equality between genders and the placement of women in the current social context. The methodology used is the method of deductive approach, starting from a general to specific. This time, it concludes, the constitutionality of Art. 35-A of Law n°. 11.977/09, since it is perfectly in line with the national legal system, especially with the 1988 Constitution.

Keywords: Equality; Constitutionality; Housing Program; Women; Affirmative action.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

a.C – Antes de Cristo

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CFEMEA – Centro Feminista de Estudos e Assessoria

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

DF – Distrito Federal

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

EC – Emenda Constitucional

EUA – Estados Unidos da América

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas

MDS – Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome

ONU – Organização das Nações Unidas

PAC – Programa de aceleração do crescimento

PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PMCMV – Programa “Minha Casa, Minha Vida”

PME – Pesquisa mensal de emprego

PNHU – Programa nacional de habitação urbana

PNHR – Programa nacional de habitação rural

RJ – Rio de Janeiro

Séc. – Século

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DA PROPRIEDADE E DA FAMÍLIA	15
2.1 O SURGIMENTO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL	15
2.2 AS NOVAS FACES DA FAMÍLIA QUANTO AOS MEMBROS E SEUS RESPECTIVOS PAPÉIS	18
2.3 OS REGIMES DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL	22
3 O PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE HODIERNA	29
3.1 A SITUAÇÃO DA MULHER NA HISTÓRIA DAS CIVILIZAÇÕES	29
3.2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL	33
3.3 A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	38
4 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DAS AÇÕES AFIRMATIVAS	42
4.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE APÓS A CARTA DE 1988	42
4.2 DA RECEPÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	45
4.3 SÍNTESE HISTÓRICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO COMPARADO	50
5 O ART. 35-A DA LEI Nº 11.977/2009 E OS SEUS EFEITOS EM RELAÇÃO À IGUALDADE DE GÊNERO	54
5.1 A INSTITUIÇÃO DO PROGRAMA HABITACIONAL “MINHA CASA, MINHA VIDA”	54
5.2 O PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” E A APLICABILIDADE DO ART. 35-A DA LEI Nº 11.977/09	57
5.3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-A DA LEI Nº 11.977/2009	61
6 CONCLUSÕES	67
REFERÊNCIAS	71
ANEXOS	77

1 INTRODUÇÃO

A origem da propriedade e da família se confundem, pois surgiram concomitantemente, uma justificando a existência da outra. A família aparece como uma saída ao homem, que percebe já não ser mais capaz de viver sozinho, e precisa unir-se em grupo para garantir sua segurança e demais necessidades básicas. Ao mesmo tempo, ao iniciar esta vida coletiva, começa então a viver mais fixamente organizando-se suas tarefas, plantando, caçando, se abrigando e ligando-se pois, ao solo, à propriedade.

O conceito e as características da propriedade foram evoluindo ao longo do tempo e passaram de um conceito absolutista à doutrina da função social, que condiciona a propriedade ao interesse público, gerando inovações no direito de posse e propriedade, não sendo possível separar estes institutos do interesse coletivo tutelado pelo direito ao vincula-los à uma função social. Na Constituição Federal, o direito à propriedade é especialmente tutelado, sobretudo no tocante a habitação.

A família também sofrera diversas alterações ao longo do tempo e, hoje, no Brasil, seu conceito é bastante amplo, já se considerando como família até a chamada família monoparental, formada por apenas duas pessoas, o genitor e o filho, por exemplo. Igualmente também sofreram muitas alterações os papéis exercidos pelos componentes das famílias, cada vez mais figurando a mulher como responsável pelas mesmas.

Ocorre que, como se sabe, não obstante a importância da mulher na humanidade e nas famílias, a mesma sempre fora vítima de limitações impostas pela sociedade e durante séculos teve sua existência limitada à reprodução e aos afazeres domésticos. Sendo impedida de estudar, trabalhar, exercer a cidadania e ter vida social. Aos poucos, e através de muita luta, foram conquistando seus direitos e seu espaço como ser social. Não obstante os inegáveis avanços, as marcas desse passado repressor ainda não foram absolvidos pela nova estrutura social que aí se encontra. Em se tratando de uma necessidade de mudanças culturais, reconhecer esta deficiência já é grande passo e permite a mobilização pela tão sonhada igualdade.

Por outro lado, sabe-se quão tênue é esta busca pela igualdade. Sobretudo porque a mera posituação da mesma, embora seja importante, já não atende as necessidades atuais sobre o assunto. O que se busca é a igualdade real, e, para tanto, é preciso que hajam mudanças muito mais profundas na sociedade. Um meio de fazê-lo é através das chamadas

ações afirmativas, medidas muito polêmicas e que devem ser utilizadas com cuidado e responsabilidade para que surtam os efeitos desejados.

Nesta esteira, o Governo Federal criou uma medida especial para auxiliar a habitação das famílias brasileiras de baixa renda instituída pela Lei nº 11.977/2009, que recebeu o nome de Programa Habitacional “Minha Casa, Minha Vida”. Posteriormente foi inserido neste programa através da medida provisória nº 561/2012, após convertida na Lei nº 12.693/12, que, dentre outras, inseriu uma polêmica disposição, qual seja, a inovação trazida pelo art. 35-A e seu parágrafo único que gerou discussões acerca de sua constitucionalidade, principalmente pela suposta proteção dedicada a mulher na titularidade do imóvel.

O presente trabalho tem por escopo analisar a (in)constitucionalidade do art. 35-A da Lei. nº 11.977/2009 frente a igualdade de gênero, observando, com tal fim, todas as instituições jurídicas relacionadas às disposições da referida lei, especialmente no tocante ao artigo em comento.

Para tanto, a pesquisa é constituída por quatro capítulos. No primeiro capítulo serão analisados aspectos acerca da propriedade e da família indispensáveis para a compreensão do trabalho como um todo. Sobre a propriedade, será estudada a sua origem e a doutrina da função social. Acerca da família, imprescindível é a observância dos novos modelos hoje reconhecidos, bem como do casamento e a união estável e os regimes de bens à estes aplicáveis.

No segundo capítulo, será estudado o papel da mulher na sociedade moderna. Com tal intuito buscar-se-á informações acerca de sua posição na história das civilizações. Será necessário também, compreender a evolução de seus direitos no Brasil, assim como a inserção da mesma no mercado de trabalho e nos novos papéis assumidos na família. Através destes dados será possível avaliar o grau de discriminação sofrida pela mulher e se isso abre a possibilidade e a necessidade da mesma ser sujeito de medidas governamentais que garantam o saneamento dessas desigualdades.

Por sua vez, no terceiro capítulo serão ponderados os aspectos relevantes acerca do princípio da igualdade, observando sua evolução e as novas necessidades exigidas da interpretação do mesmo. A partir dessas novas interpretações, indispensável será aduzir acerca das ações afirmativas e sua recepção no direito pátrio. Para melhor compreendê-las, será feita uma síntese histórica e também uma comparação com o direito de outros países.

No quarto e último capítulo, haverá o encontro das informações coletadas com as disposições legais trazidas pelo programa habitacional “Minha Casa, Minha Vida”,

observando principalmente a instituição de tal programa, os efeitos do mesmo nas famílias contempladas e, por fim, e principalmente, será analisado os argumentos que corroboram para que o art. 35-A da Lei nº 11.977/09 seja considerado constitucional ou inconstitucional.

A pesquisa se desenvolverá através da utilização de fontes bibliográficas e documentais, utilizando-se da mais seleta bibliografia que envolva o tema, bem como o uso de dados do IBGE, notícias, sites da internet, livros, revistas jurídicas, leis, jurisprudências e doutrina. Desta maneira, utilizar-se-á a técnica de documentação indireta.

Na pesquisa será empregado o método de abordagem dedutivo, partindo de leis e doutrinas mais abrangentes para posteriormente limitar-se no tema exposto, ou seja, parte de um tema geral para um específico. O método histórico será atualizado a partir da análise e síntese da história, inserindo o fenômeno estudado no contexto histórico-social. Também se empregará o método de procedimento monográfico, que consiste na elaboração de um estudo profundo sobre determinado tema, já que delimita-se a tema específico sem prejuízo da análise de todos os seus aspectos.

2 DA PROPRIEDADE E DA FAMÍLIA

O direito à propriedade e a proteção da família são dois bens jurídicos protegidos pelo Estado e constantemente tratados em sua legislação. Historicamente, o surgimento dos dois confunde-se, pois apareceram e evoluíram juntos, modificando-se ao longo do tempo. Tal evolução trouxe novas perspectivas e características aos mesmos, que, em consequência disto, necessitaram de novo tratamento pela legislação.

Serão tratados a seguir, os quesitos acerca da propriedade e da família essenciais para a compreensão do presente trabalho.

2.1 O SURGIMENTO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

O direito à propriedade possui relevante *status* no direito brasileiro, constituindo cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, constante no art. 5º, XXII, CF. Mas ao mesmo tempo em que a Carta Magna confere tal importância à este direito, estipula, no inciso seguinte (art. 5º, XXIII, CF), que a propriedade deverá atender sua função social. Desta forma, estabelece que este direito não é absoluto, mas limitado ao cumprimento da função social da propriedade, pois a mesma não deve existir apenas para o deleite de seu proprietário, sendo essencial que possua uma destinação social.

No entanto, do ponto de vista histórico, esta é uma concepção relativamente recente. O direito à propriedade passou por vários estágios evolutivos até atingir o que se conhece atualmente.

Nos primórdios, em razão da característica nômade dos povos, a propriedade era comunitária, de domínio coletivo, com exceção dos objetos móveis de uso estritamente pessoal. Em síntese, discorre-se acerca da evolução do direito de propriedade, segundo Costa (1977, p. 96):

1. No Egito, até o ano 4000 a.C., a propriedade era familiar, indivisível e inalienável. Os egípcios se organizavam em tribos e clãs. Também que, no século oitavo a.C., estatui-se a liberdade dos contratos e tal progresso jurídico abriu caminho à propriedade individual e alienável.

2. Enquanto na Mesopotâmia, região do vale compreendido entre o Eufrates e o Tigre, até o ano 4000 a.C., os semitas e os sumérios viviam organizados em tribos; a propriedade era coletiva. Por volta de 1800 a.C., a cidade de Babilônia, ao norte da Suméria, adquire uma grande importância. Sob o reinado de Hamurabi editou-se um código de leis escritas, que garantia a propriedade privada, regulamentava os contratos de arrendamento de terras, de mútuo de dinheiro e de prestações de serviço.

3. Em Israel a partir da fixação dos hebreus na Palestina por volta do século XIV a.C., de nômades se transformam em agricultores, a propriedade se tornou hereditária, perpétua e inviolável, sendo que a partir de Salomão desaparece a vida primitiva em sua simplicidade original. A propriedade começa a ser acumulada.

4. Na Grécia a constituição da família tinha uma relação íntima com a constituição da propriedade. A origem de ambas se prende a crenças religiosas. No século VI a.C. as tradições religiosas se enfraquecem. A família começa a perder sua homogeneidade e a propriedade perde o seu caráter sagrado, cessa de ser imutável e inviolável. Surge a propriedade individual, principalmente diante do desenvolvimento do comércio e da importância crescente atribuída aos metais preciosos e ao dinheiro.

5. Em Roma, como na Grécia a religião associa a família à propriedade. Entre os romanos surge a melhor identificação do instituto da propriedade, no qual se distinguem três direitos: *jus utendi, fruendi et abutendi*. A propriedade passa a ser exclusiva, absoluta e perpétua. O direito de propriedade é reconhecido apenas aos cidadãos romanos: tem um caráter nacional. À medida, contudo, em que o domínio romano se estende fora da Itália, o direito começa a se tornar universal.

Pode-se perceber, pois, que a propriedade passa de coletiva à privada de acordo com as mudanças sofridas pelas civilizações. Tal concepção individualista é mais notável com os romanos, embora a terra pertencesse à família, sob a organização do *pater familias*.

Na Idade Média, a terra adquire uma função relevante na organização social, de maneira que, conforme aduz Teizen Júnior (2004, p. 43):

[...] pequenos proprietários de terras se colocavam sob a guarda de um grande senhor, tornando-se vassalos. Cediam a terra ao senhor, que, por seu lado, lhes transmitia o seu gozo, e fruição. No começo, o sistema era passageiro, cessava com a morte do senhor ou do vassalo. Depois, tornou-se hereditário. Eram chamados de *feodum*, de que originou a palavra feudal. Os grupamentos feudais compunham-se do senhor ou vassalo, e dos servos e vilões. Suas regras fundamentais deram lugar ao que se chamou de feudalismo.

Verifica-se, pois, que a terra era a grande determinante de poder no período medieval. Era ela quem ditava as ordens econômicas, políticas e sociais. Diferentemente dos estágios anteriores, neste período, a população vivia presa às terras, sob o regime de servidão. Os servos eram responsáveis por cultivar, destinando boa parte de sua produção ao senhor feudal, que por sua vez, provia àqueles proteção e sustento. Neste período, “a propriedade perde seu caráter exclusivista, pois o domínio se reparte em domínio eminente (Estado), domínio direto (senhor) e domínio útil (vassalo).” (STROZAKE, 2000).

Ainda neste contexto, em concordância com ideias já tratadas por Aristóteles e seguindo o pensamento cristão, São Tomás de Aquino, aduz que o direito de propriedade surge do próprio direito de sobrevivência do homem, não obstante, é necessário que seja limitado pelo bem comum, pois todos os homens têm direito de viver dignamente (STROZAKE, 2000). Verifica-se, pois, segundo Santos (1971) que “na noite dos tempos uma luz tão límpida e penetrante que iluminará o direito de propriedade através dos séculos seguintes: a função social da propriedade.”

Durante o período renascentista, no qual a principal atividade econômica era o comércio, há uma menor importância da propriedade aristocrática rural, a doutrina de São Tomás de Aquino fica adormecida, ressurgindo apenas posteriormente. Há transformações no poder e na economia, e as cidades passam a ser os centros. Neste período há a prevalência do pensamento liberal, que defendia que o Estado não poderia intervir limitando o direito à propriedade, pois este é um direito regido pela lei natural. Logo mais, sob a influência dos fisiocratas, passa-se a ver a terra como fonte de dinheiro e riquezas, verdadeiro instrumento econômico. Esta concepção reacende o ideário romano individualista sobre a propriedade, porém com um caráter absolutista não observado naquela civilização, onde o individualismo estava subordinado às necessidades sociais (STROZAKE, 2000).

A propriedade, sob a doutrina do liberalismo e o ideal burguês era um direito pessoal, ilimitado e absoluto. Esta visão é apontada como a origem do desequilíbrio fundiário que existe até os dias atuais e gerou inúmeras lutas sociais na época. Marx, por exemplo, sugere que a propriedade passe a ser coletiva, pois identifica na mesma a origem de todos os males e injustiças que atingem a sociedade.

No campo jurídico, Leon Duguit, “partindo do positivismo de Comte, abandona o positivismo exacerbado e afirma que a propriedade é em si uma função social” (STROZAKE, 2000). A crítica ao pensamento de Duguit consiste em que este tem como consequência eliminar totalmente o direito à propriedade de quem não cumpre sua função social, quando haveria apenas de limita-lo (STROZAKE, 2000).

Mais uma vez, exsurge a doutrina tomista, e a Igreja então, proclama que “a propriedade não ‘é’ uma função social, mas ‘têm’ uma função social” (STROZAKE, 2000). Desta convicção filosófico-tomista, decorrem as encíclicas papais, de maneira que a Igreja exerce papel fundamental na construção da doutrina da função social da propriedade. No entanto, é importante que não se confunda o objetivo deste pensamento. Não se quer

transformar a propriedade em um patrimônio coletivo, mas sim, fazer com que a mesma cumpra sua finalidade produtiva (TEIZEN JÚNIOR, 2004).

Já após a Revolução Francesa, a propriedade passou a ser individualista. No entanto, no século passado, ganhou força seu caráter social, sob a influência das encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, e *Quadragesimo Anno*, de Pio XI (GONÇALVES, 2011).

As encíclicas limitavam a propriedade ao bem comum. Porém, a teoria da função social, concebida atualmente, afasta esta ideia de limitação. A função social consiste no poder de atribuir ao objeto uma função determinada, não é um limite negativo, mas, tão somente, um poder-dever do proprietário (dever positivo), “o adjetivo *social* demonstra que [...] essa função, deve corresponder ao interesse *coletivo* [...], o que não significa que não possa haver uma harmonização entre o poder do proprietário e o interesse social” (STROZAKE, 2000).

Portanto, este aspecto da propriedade que, por sua relevância, ao passar dos tempos, a fez adquirir uma função social e estar à esta vinculada, gera inovações no direito de posse e propriedade, confere proteção jurídica ao bem, e o submete ao interesse coletivo. Desta maneira, ao se pensar no direito à propriedade, há de se considerar a dicotomia deste sobre um bem, e o interesse coletivo tutelado pelo direito.

2.2 AS NOVAS FACES DA FAMÍLIA QUANTO AOS MEMBROS E SEUS RESPECTIVOS PAPÉIS

A priori, cabe fazer algumas considerações sobre a história da família, a fim de compreender o verdadeiro alcance da norma que hoje se vê e, ainda, sua evolução aos dias atuais. Confirmando a importância do passado no entendimento do presente, assevera Goldmann (1974, p. 22):

O que procuramos no conhecimento do passado é a mesma coisa que procuramos no conhecimento dos homens contemporâneos. Primeiro as atitudes fundamentais dos indivíduos e dos grupos humanos em face de valores, da comunidade e do universo. Se o conhecimento da história nos apresenta uma importância prática, é porque nela aprendemos a conhecer os homens que, em condições diferentes e com meios diferentes, lutaram por valores e ideais, análogos, idênticos, ou opostos aos que possuímos hoje.

Ainda nesta esteira, Dobb (1986, p.23):

Em qualquer período da história os elementos característicos, tanto dos períodos anteriores, quanto dos posteriores, podem ser achados, às vezes misturados numa complexidade extraordinária. Elementos importantes de cada sociedade nova, embora não forçosamente embrião completo da mesma, acham-se no seio da anterior, e as relíquias de uma sociedade antiga sobrevivem por muito tempo na nova.

É da natureza animal o acasalamento a fim de procriar. Isto se dá desde a origem dos tempos, e é o grande responsável pela perpetuação da espécie humana. O mesmo não se pode dizer acerca do casamento. Assim aduz Dias (2006) que “mesmo sendo a vida aos pares um **fato natural**, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento cultural” (sic).

O ambiente histórico que dá impulso ao surgimento da família é a necessidade de manutenção do homem, que já não consegue sobreviver sozinho. Ou seja, é a luta pela sobrevivência que faz com que o homem comece a organizar-se juntamente com seus descendentes e parentes, a fim de formar um grupo solidário e forte que garanta a sobrevivência uns dos outros. Neste sentido, Assis e Freitas (2007, p. 25):

Na medida em que as criaturas são incapazes, por si, de garantir a produção da própria vida material, isto conduz à formação de uma horda (*genos* ou *gentes*), um *grupo familiar* para a ação conjunta. A associação, assim constituída, desenvolve formas de ajuda mútua e mantém-se unida para que todos obtenham os meios de subsistência. Nessa comunidade todos são parentes, de modo que a família é a primeira e inicialmente a única relação social nas comunidades primitivas. (sic)

Neste ponto, encontram-se vestígios no direito moderno, uma vez que até os dias atuais nota-se a imensa preocupação da legislação com o provimento material entre familiares.

Primeiramente, a família organizou-se em grupos consanguíneos. Com o tempo, passaram a serem excluídas as relações sexuais entre irmãos, e depois entre os “irmãos colaterais”, os primos (ASSIS e FREITAS, 2007). Na atualidade, tais restrições subsistem sob o nome de impedimentos matrimoniais, sobre o anterior momento, explica Engels (1976, p. 08):

Uma vez proibida as relações sexuais entre todos os irmãos e irmãs – inclusive os colaterais – por linha materna, o grupo transforma-se num *genos* (*gentes*), isto é,

constitui-se num círculo fechado de parentes consanguíneos por linha feminina que não podem casar-se uns com os outros. E a partir de então, este círculo consolida-se cada vez mais por meio de instituições comuns, de ordem social e religiosa, que o distingue das outras *gentes* da mesma tribo.

Com o tempo, dissolve-se a organização em *genos*, e então, os homens passam a organizarem-se em famílias menores e monogâmicas, as *domus* ou *oikos*, que possuem maior autonomia e darão origem à *polis*, as cidades (ASSIS e FREITAS, 2007).

Hoje, no Brasil, o conceito de família é bem mais amplo, chegando a ser reconhecida como tal até a família monoparental, ou seja, formada por duas pessoas (à exemplo, o genitor e um filho).

Desta feita, não se pode ignorar as novas faces assumidas pela família no mundo contemporâneo, seja em sua quantidade, como já dito, seja por sua composição.

Após a Constituição Federal de 88 a união estável passou a ser considerada entidade familiar, sendo colocada lado a lado do casamento e da família monoparental.

Recentemente, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF (Rel. Min. Ayres Britto, DJe 14.10.11) o Supremo Tribunal Federal conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação em consonância com a Carta Magna, passando a considerar união estável e, portanto, entidade familiar a união pública, duradoura e contínua entre pessoas do mesmo sexo. No mesmo sentido, o STJ se manifestou no julgamento do REsp. nº 1.183.378-RS (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 01.02.12), reconhecendo, portanto a proteção estatal à toda família independente de sua composição. Tais mudanças estão fincadas nos princípios da dignidade humana e do afeto, aquele, constitucional, atuante em todos os ramos do direito, este, específico do direito de família.

Desta maneira, o direito brasileiro vem observando a família sob a óptica psicológica, afetiva, mas não tão somente do ponto de vista biológico.

Ainda acerca da composição da família, a mulher vem desempenhando papéis mais amplos, figurando em crescentes casos como chefe de família, inclusive no papel de provedora. Ademais, em virtude da sua inserção no mercado de trabalho, maior graduação e adiamento da maternidade, cresce também o número de casais sem filhos, ou com poucos, ou, ainda, de famílias monoparentais femininas.

No censo demográfico realizado pelo IBGE, no ano de 2010, observou-se alguns dados que retratam as novas composições familiares na população brasileira, na qual observa-

se na tabela abaixo (vide gráfico I do anexo), que leva em consideração a proporção de famílias únicas e conviventes principais por sexo do responsável (Brasil – 2000/2010):

Tabela 1 – Proporção de famílias únicas conviventes principais por sexo do responsável – Brasil 2000-2010

SEXO/ANO	2000	2010
HOMEM	77,8	62,7
MULHER	22,2	37,3

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000/ 2010 – Gráfico I do anexo.

Nota-se, pois, que houve um aumento nas famílias em cuja mulher exerce a chefia, de 15,1% em 10 (dez) anos. Tal mudança deve-se a uma alteração cultural no Brasil no tocante ao papel feminino na sociedade, impulsionada principalmente pela crescente presença da mulher no mercado de trabalho, bem como o aumento na formação de nível superior e ainda, a redução da fecundidade.

Seguidamente, no mesmo censo, apontou o IBGE a relação da “Distribuição das Família Únicas e Conviventes Principais por Tipo – Brasil 2000/2010” (vide gráfico II do anexo), onde é possível extrair algumas informações relevantes acerca da constituição das famílias brasileiras:

Tabela 2 - Distribuição das família únicas e conviventes principais por tipo – Brasil 2000/2010

TIPO/ ANO	2000	2010
CASAL SEM FILHOS	13,0	17,7
CASAL SEM FILHOS E COM PARENTES	1,9	2,5
CASAL COM FILHOS	56,4	49,4
CASAL COM FILHOS E COM PARENTES	7,2	5,5
MULHER SEM CONJUGE E COM FILHOS	11,6	12,2
MULHER SEM CONJUGE, COM FILHOS E COM PARENTES	3,7	4,0
HOMEM SEM CONJUGE E COM FILHOS	1,5	1,8
HOMEM SEM CONJUGE COM FILHOS E COM PARENTES	0,4	0,6
OUTROS	4,2	6,3

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000/ 2010 – Gráfico II do anexo.

As informações mais relevantes destes dados que devem ser observadas para efeitos do presente trabalho são com relação ao crescimento de casais sem filhos, que se deve aos mesmos fatores da tabela anterior: a inserção da mulher no mercado de trabalho, e a menor

fecundidade. Pode-se acrescentar também, o envelhecimento da população como fator determinante. Observe-se ainda, que o número de mulheres sem cônjuge com filhos e ainda, com filhos e parentes, é consideravelmente maior do que a de homens na mesma situação, tanto em 2010, quanto em 2000.

No censo democrático de 2010 do IBGE não foram coletados dados acerca das uniões entre pessoas do mesmo sexo, até porque a mesma ainda não era identificada como elemento oficial na pesquisa à época. Mas, certamente, com o reconhecimento deste novo modelo familiar, as uniões homoafetivas deixarão o campo da invisibilidade.

O Brasil vive um momento filosófico conhecido como Neopositivismo Jurídico ou Escola da Livre Pesquisa, estabelecendo novas regras, que (KIKUNAGA, 2012, p. 34):

[...] visa suprir as omissões e os vazios legislativos por meio de um processo integrador que respeita os limites legais, outorgando ao interprete a autoridade que anteriormente era do legislador. Assim, tal atribuição desloca-se do Legislativo para o Judiciário, sendo razoável estender a vontade do legislador para situações por ele não previstas, aplicando-se a analogia pela forte fonte costumeira (judicial, doutrinária e popular).

Desta maneira, percebe-se que as novas interpretações dadas à legislação temática, confere a possibilidade não do surgimento de modelos inéditos de famílias, mas sim do reconhecimento e proteção da lei à modelos já usuais que viviam na marginalidade, desconsiderando-se assim, os princípios regimentais deste ramo do direito civil, principalmente os da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

2.3 OS REGIMES DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

Dentre os variados efeitos dos quais decorrem o casamento, um dos mais tutelados pelo direito é o patrimonial. Isto porque, em havendo patrimônio, os dissídios que envolvem o casamento tendem a serem mais gravosos.

O regime de bens consiste no “conjunto normativo para regência das relações econômicas do casal” (BITTAR, 2006). Por sua vez, Gagliano e Pamplona Filho (2011) compreendem, enquanto regime de bens “o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, ou, simplesmente, o *estatuto patrimonial do*

casamento” (sic). Tal escolha dar-se, oportunamente, por ocasião do pacto antenupcial, negócio jurídico especial e solene, no qual, podem as partes, escolher um dos regimes convencionais, e, inclusive, mesclar regimes criando um inédito, mais adequado às suas necessidades.

Regem o sistema de regime de bens, basicamente, três princípios: o da liberdade de escolha, da variabilidade e da mutabilidade.

Assim aduzem Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 310) acerca do princípio da liberdade:

Em regra, os nubentes podem, de acordo com a sua autonomia privada e liberdade de opção, escolher o regime que bem lhes aprouver. Não deve o Estado, salvo quando houver relevante motivo amparado em norma específica, intervir coativamente na relação patrimonial, impondo este ou aquele regime.

O princípio da variabilidade impede que a ordem jurídica brasileira deixe os nubentes sem opção de escolha, oferecendo-lhes apenas um modelo de regime de bens. Desta feita, deve a lei, elencar um rol de variados regimes a fim de que possa, o casal, optar pelo que mais se adequar aos seus interesses comuns.

Por fim, o princípio da mutabilidade, inovação do Código Civil de 2002, consiste na possibilidade de mudança de regime no curso do casamento, observados os requisitos da lei.

Estes princípios podem ser extraídos do art. 1.639, do Código Civil de 2002:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.
§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.
§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

O Direito Brasileiro contempla quatro regimes básicos, porém não exaustivos, como já dito anteriormente, são eles: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação que pode ser a convencional ou obrigatória e, participação final nos aquestos.

Ainda não é cultura do brasileiro, salvo relativamente raros casos, pactuar o regime matrimonial anteriormente ao casamento, o que pode ser atribuído à desagradável situação de planejar o divórcio antes de casar, ou por ainda não possuírem bens (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011). A lei cuida desta situação (art. 1.640, Código Civil),

estabelecendo que na ausência de manifestação do casal, o regime aplicado será o de comunhão parcial de bens, que é, em virtude disto, o mais comum no Brasil. No entanto, à título de curiosidade, faz-se mister ressaltar que somente passou a ser assim a partir da vigência da Lei nº 6.515/77, a Lei do Divórcio, antes disso, o regime supletivo era o de comunhão universal de bens.

Denomina-se regime supletivo ou legal, o regime de comunhão parcial de bens, pelo fato de que, na ausência de pacto antenupcial ou, ainda, sendo este nulo ou ineficaz este regime de bens será o prevalecente. Ademais, quanto a supletividade, a mesma prevalece na união estável para este regime.

Aduz o Código Civil que, no regime de comunhão parcial de bens, comunicar-se-ão os bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento (art. 1.658, CC), elencando as exceções, entre outras disposições nos artigos seguintes.

Definem tal regime, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 339):

[...] Aquele em que há, em regra, a comunicabilidade dos bens adquiridos a título oneroso na constância do matrimônio, por um ou ambos os cônjuges, preservando-se, assim, como patrimônio pessoal e exclusivo de cada um, os bens adquiridos por causa anterior ou recebidos a título gratuito a qualquer tempo.

Muito embora haja a prevalência da comunicabilidade dos bens neste tipo de regime, alguns bens são incomunicáveis. Há também de se observar que, caso a caso, as obrigações poderão ser conjuntas, ou não, de acordo com as restrições e determinações legais.

Não se comunicam os bens possuídos por cada cônjuge ao casar e, ainda, os doados ou dados em sucessão na constância do casamento e os sub-rogados em seu lugar, bem como os adquiridos com valores pertencentes apenas a um dos cônjuges em sub-rogação a bens particulares, as obrigações anteriores ao casamento assim como as provenientes de atos ilícitos, exceto se os benefícios foram revertidos em favor do casal, os bens de uso pessoal, os livros e os instrumentos profissionais, os proventos do trabalho pessoal de cada um, as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, e, por fim, aqueles cuja aquisição tem por título uma causa anterior ao casamento (art. 1.659 e art. 1.661).

Doutra feita, o legislador também achou por bem dispor acerca dos bens incluídos na comunhão, que são determinados pela natureza e época de sua aquisição, fê-lo no art. 1660, CC, conforme se pode ver:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

É relevante ressaltar que, em virtude do princípio da isonomia, a lei confere à qualquer um dos cônjuges a administração dos bens (art. 1.663, CC). Pode o juiz atribuí-la a apenas um dos cônjuges em caso de má administração de um deles por decisão fundamentada e garantido o contraditório. No código anterior tal gerência competia ao marido.

Por outro lado, tratado pelo art. 1.667 e seguintes do Código Civil, tem-se o regime de comunhão universal de bens, que estabelece, como sugere seu nome, uma unicidade patrimonial entre os cônjuges, “vale dizer, o seu princípio básico determina, salvo as exceções legais, uma fusão do patrimônio anterior dos cônjuges e, bem assim, a comunicabilidade dos bens havidos a título gratuito ou oneroso, no curso do casamento, incluindo-se as obrigações assumidas” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011).

No entanto, o próprio Código Civil traz um rol de bens que entendem dever ser excluídos da comunhão, são eles:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Quanto à administração dos bens, prevalece o mesmo disposto para o regime de comunhão parcial.

Em outra esteira, existe ainda, o regime de separação de bens no qual, é possível haver total apartamento dos bens e sua administração (art. 1687, CC).

Há o regime de separação de bens obrigatório ou legal, criado para tutelar algumas situações julgadas relevantes pelo legislador. A lei determina que seja aplicado nos casos do art. 1.641, CC:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos;

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

E há, ainda, o regime de separação convencional de bens, que é escolhido livremente pelo casal no exercício da autonomia privada.

Verifica-se, no entanto, excepcionalmente, de acordo com o caso concreto e comprovado o esforço comum dos cônjuges, julgados que desconsideram tal regime em relação a bens adquiridos pelo casal com conjugação de despesas. É o que se extrai da seguinte decisão ementada abaixo:

Apelação Cível - Ação de Declaração e Dissolução de Sociedade de Fato c/c Partilha de bens - Preliminar de intempestividade rejeitada - Mérito - Casamento celebrado sob regime da separação convencional - Necessidade de comprovação do esforço comum para aquisição do patrimônio do casal - Participação da recorrente na aquisição do imóvel registrado em nome de ambos os cônjuges e no bem adquirido com o valor do crédito pertencente ao casal - Insuficiência da prova testemunhal - Julgamento parcialmente procedente do pedido - Sucumbência recíproca - Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-SE - AC: 2012212773 SE , Relator: DESA. MARIA APARECIDA SANTOS GAMA DA SILVA, Data de Julgamento: 07/08/2012, 1ª.CÂMARA CÍVEL)

Neste sentido, fora editada a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte teor: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”; e corrobora com o entendimento anterior. Neste sentido, há inúmeros julgados, com destaque para o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. BENS IMÓVEIS TITULADOS PELA VIÚVA. CASAMENTO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 377 DO STF DE MODO A PERMITIR A COMUNICABILIDADE DESSES BENS, RECONHECENDO A MEAÇÃO DO DE CUJUS, SOMENTE MEDIANTE PROVA DO ESFORÇO COMUM DO CASAL PARA A AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO REMETIDA ÀS VIAS ORDINÁRIAS. EXCLUSÃO DOS REFERIDOS BENS DO INVENTÁRIO EM TRAMITAÇÃO. (TJ-RS - AG:

70039929526 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 13/01/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/01/2011)

Tal súmula, que no princípio, era aplicada amplamente, teve sua interpretação restrita pelo STJ que passou a entender que a mesma apenas deveria ser cabível em se tratando de bem adquirido pelo esforço comum entre os cônjuges, que evidenciaria uma sociedade de fato.

Por fim há o regime da participação final nos aquestos que trata-se de uma verdadeira mescla entre dois regimes já aqui explicados: o da separação total (que será aplicado durante o casamento) e o da comunhão parcial (no momento da dissolução da sociedade conjugal). Neste, “cada cônjuge possui patrimônio próprio e lhe caberá, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal à título oneroso, na constância do casamento” (ASSIS e FREITAS, 2007).

O regime de participação final nos aquestos é o menos popular no Brasil, a esse respeito, preconiza Venosa (2006, p. 360):

É muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trata de estrutura complexa, disciplinada por nada menos do que 15 artigos, com inúmeras peculiaridades. Não se destina, evidentemente, à maioria da população brasileira, de baixa renda e de pouca cultura. Não bastasse isso, embora não seja dado ao jurista raciocinar sobre fraudes, esse regime ficará sujeito a vicissitudes e abrirá vasto campo ao cônjuge de má fé.

De fato, dados do IBGE do ano de 2011 indicam que, dos divórcios realizados no Brasil, a maioria são de casamentos realizados pelo regime de comunhão parcial de bens, no total de 61.446. Embora distante, em segundo lugar encontra-se o regime de comunhão universal, com 13.271 divórcios e, por fim, o de separação, com apenas 4.781. O regime de participação final nos aquestos nem mesmo fora considerado nas pesquisas. Tais informações constam na tabela “Escrituras de divórcio, por tipo e regime de bens do casamento, segundo o lugar da lavratura da escritura – 2011, do IBGE” (vide gráfico III do anexo):

Tabela 3 - Escrituras de divórcio, por tipo e regime de bens do casamento, segundo o lugar da lavratura da escritura – 2011

REGIME DE BENS	Nº DIVÓRCIOS BRASIL 2011
COMUNHÃO PARCIAL	61.446
COMUNHÃO UNIVERSAL	13.271
SEPARAÇÃO	4.781
SEM DECLARAÇÃO	686

TOTAL (BRASIL)

80.184

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2011 – Gráfico III do anexo.

Quanto à União Estável, como já dito, aplica-se, em regra, o regime de comunhão parcial de bens, salvo estipulação em outro sentido, uma vez que assim dispõe o Código Civil em seu art. 1.725:

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Tal instituto tem uma curiosa trajetória no direito brasileiro, sendo, à princípio, completamente ignorado pela Lei, definido como concubinato. Com o tempo, ao evoluir, passou à gerar uma indenização por serviços prestados (serviços domésticos), entendimento este determinado pelos tribunais ainda não sendo reconhecida como entidade familiar. Tal fato somente veio a ocorrer com a vigência da Constituição Federal de 1988. Hoje, a União Estável é protegida pelo Estado e possui *status* de entidade familiar.

Desta feita, verifica-se que cada regime de bens possui suas regras, sendo que é livre ao casal estipular aquele que melhor se adequa às suas necessidades, de acordo com o princípio da livre estipulação do regime de bens. Ademais, o ordenamento jurídico pátrio oferece uma gama de opções para que seja exercido de maneira plena este direito, e ainda, permite que os mesmos possam criar um regime próprio se assim o desejarem por via do contrato antenupcial, dando a entidade familiar, segurança para a formação da família e o acúmulo patrimonial. No entanto, viu-se que, não raro a lei e o próprio código civil traz exceções com o fito de proteger outros bens jurídicos, de maneira que não se pode dizer que os princípios que regem o regime de bens não são absolutos.

3 O PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE HODIERNA

O papel da mulher, delineado com alguma similitude mesmo em diferentes civilizações e sociedades, fora construído durante séculos, e, durante séculos, reafirmada suas limitações de atuação na sociedade. Doutro lado, também durante séculos, notadamente os últimos, as mulheres engajaram-se na luta de desconstruir tal estereótipo, afirmar e reafirmar seu papel importante e essencial em toda e qualquer área, igualar-se ao sexo masculino e, principalmente, demonstrar que as diferenças de gênero, geralmente pautadas em justificativas biológicas, são apenas construções culturais e ultrapassadas, que já não fazem sentido no estágio evolutivo no qual se encontra a civilização.

Desta feita, mister se faz analisar a posição da mulher na história mundial, no direito, e o papel exercido pela mesma no Brasil, hoje.

3.1 A SITUAÇÃO DA MULHER NA HISTÓRIA DAS CIVILIZAÇÕES

Para compreender a situação atual da mulher na sociedade contemporânea faz-se necessário observar os principais pontos que envolvem sua história, a fim de que seja possível compreender a transformação pela qual passou e os caminhos que ainda deve percorrer no fito de alcançar a igualdade tão almejada pelo direito.

Acerca da importância da análise histórica na hermenêutica jurídica como experiência que ajuda a compreender e interpretar a evolução do direito aduz Alberti (1996, p. 12):

Não podemos deixar de ser hermeneutas, isto é, de trabalhar simbolicamente o passado e de considerar o tempo fator determinante para as atividades de compreensão e interpretação. Há mesmo na hermenêutica como ciência da interpretação reflexões interessantes que ajudam a melhor nos desincumbirmos de nossa atividade de interpretes de resíduos do passado.

Historicamente, a figura da mulher apresenta inúmeras peculiaridades, principalmente porque diante das conquistas da humanidade, a mesma não era favorecida na proporção dos homens.

Segundo os estudiosos, entre aproximadamente 1300 e 800 a. C., fora promulgado o conhecido Código de Manu, na Índia. O homem que dá nome ao código era um sábio, rei e escritor, tanto é que as normas foram redigidas em verso e prosa. Manu é, ainda, apontado como único sobrevivente de um dilúvio ocorrido na Índia. Em se tratando de sua importância, no tocante à influência jurídica, o referido código está para a era antiga, assim como os Romanos está para o mundo contemporâneo (ANDREUCCI, 2012).

Em síntese, a desigualdade de gênero demonstra-se com clareza solar em vários momentos da redação do Código de Manu. No tocante à capacidade civil, nota-se que a mulher não a possuía, devendo, na infância está submissa ao pai, na juventude, ao marido, e na velhice, aos filhos. Deveria, ainda, idolatrar seu marido socialmente, sob pena de sofrer as severas punições. Ao homem cabia a chefia da família, possuindo poder de decisão sobre a mulher e a prole.

Uma curiosa colocação é referente à maternidade, como se verá em muitos outros momentos da história, a mulher tem como principal função a de gerar filhos. Em decorrência disso, o Código de Manu autorizava a relação desta com um cunhado ou outro parente a fim de assegurar a continuidade da família, devendo o reprodutor procura-la discretamente à noite. Neste sentido, Pinheiro (2001): “A inquietação dos hindus com a progenitora era tão grande que chegavam a admitir a união da esposa, convenientemente autorizada, com um irmão do marido ou outro parente”.

O Código de Hamurabi, que até 1948 era considerado o mais antigo, quando descobriu-se o Código de Ur-Namu, também mesopotâmico (GUSMÃO, 2003), é outra compilação que merece a atenção do presente trabalho.

Hamurabi foi o sexto rei sumério e fundador e responsável pela unificação do Império Babilônico. O período exato de seu reinado ainda não é sabido, divergindo os estudiosos entre os anos de 1792-1750 ou 1730-1685 a.C. Este código é famoso pela pena de Talião, resumida no brocardo “olho por olho, dente por dente” (ANDREUCCI, 2012). Em seu epílogo, seu idealizador assim aduzia acerca do objetivo da inédita compilação: “para que o forte não oprima o fraco, para fazer justiça ao órfão e à viúva, para proclamar o Direito do país em Babel” (VIEIRA, 2003).

Quanto à situação da mulher no Código em comento, mais uma vez a mesma assume a importante posição de genitora e só. Sendo autorizado ao marido possuir concubina caso a mulher não lhe pudesse dar filhos, se a concubina o fizer, teria a proteção dentro da família,

mas nunca a posição igualitária à da mulher. Caso não tenha conseguido também gerar prole, igualava-se à mercadoria.

Na condição de mãe, a mulher tinha a proteção de, em caso de separação, ter direito à receber de volta do dote pago ao marido por seu pai. Também era protegida quando acometida de doença, não sendo permitido ao marido repudiá-la ao tomar uma segunda, mas deveria prover seu sustento e mantê-la em sua casa até a morte.

Outra decorrência da condição da mulher como geradora de filhos é quanto ao adultério. Neste caso, deveria a mulher e seu amante serem jogados na água. Há apenas um caso em que era permitido: quando o homem abandonasse a família sem deixar alimentos, ou seja, sem garantir-lhes sua subsistência, pois cabia ao mesmo o papel de provedor.

Completamente peculiar na história, é a situação da mulher na sociedade egípcia. No Egito, a mulher chegou à alcançar posições de liderança que somente veio à ocorrer novamente já no período moderno. Não raro eram governantes. Podiam dispor de bens, elaborar contratos, firmar obrigações, podiam ser defensoras, acusadoras e testemunhas (CARDOSO, 1993). Cleópatra era apenas um exemplo das tantas faraós mulheres que governavam com soberania, influência e autoridade. Além do mais, eram musicistas, cantoras, sacerdotisas, destacavam-se em suas profissões e também na vida privada, podendo gerir e controlar o patrimônio familiar quer em virtude da ausência temporária do seu marido, quer do seu falecimento. Da mesma maneira, também eram consideradas capazes de gerir a vida pública.

Em virtude da infertilidade do casal, adultério feminino ou incompatibilidade de interesses era possível o divórcio. Faz-se *mister* ressaltar que o adultério por parte do marido também era reprimível pela sociedade egípcia, embora em intensidade menor. A família era considerada uma importante instituição social que merecia ser preservada.

Na Grécia, civilização reconhecida pelo legado de salutar importância enaltecido e admirado até os dias atuais, a posição da mulher não se diferenciava de tantas outras civilizações. Não obstante a mesma ser reconhecida como berço da filosofia e grande incentivadora da educação, apenas os homens era contemplados com o acesso ao saber, neste sentido, Andreucci (2012, p. 32):

Contudo, primeiramente é oportuno mencionar que a desigualdade de gêneros era reinante. O incentivo à educação, à filosofia e à oratória destinava-se desde à infância aos meninos, cabendo às meninas papéis afastados da cultura e da intelectualidade, tanto em Atenas quanto em Esparta. Percebe-se, assim, que a

discriminação já encontrava seu berço na mais tenra infância, preparando-se de maneiras diferentes para a vida futura.

Em Atenas, a mulher era educada e treinada para uma vida doméstica, voltada à criação de seus filhos e dedicação a seu marido, vivendo confinadas em suas casas. Não possuíam direitos políticos ou jurídicos, não eram consideradas cidadãs.

Já em Esparta, pela tensão que envolvia a cidade, a deixando em constante situação de alerta, a mulher adquiriu utilidade militar, sendo chamada à treinamento para defender seu povo. Isto, no entanto, não a conferia a qualidade de cidadã, e ainda a privava da criação de seus filhos, que eram cuidados pelo Estado, e até mesmo de um relacionamento com seus maridos, que as visitavam periodicamente. Nesta esteira, aduz Andreucci (2012, p. 34):

Assim, aparentemente poderia até se pensar em uma igualdade entre homens e mulheres em Esparta, mas era efetivamente uma “pseudoigualdade”, pois, apesar da liberdade para as atividades bélicas, ainda era a mulher considerada cidadã de “segunda classe” para outras atividades, tais como o exercício pleno da vida política e jurídica.

Em Roma, mais uma vez a mulher via-se submetida à figura masculina, seja o marido, pai, ou filho. A mesma dedicava-se exclusivamente à vida doméstica, e, além das funções já comuns em outras civilizações, havia mais um curioso fator de subordinação: a beleza. Elas deviam estar sempre belas, maquiadas, bem vestidas e penteadas.

A figura do *pater familias* era o detentor do poder familiar, a mulher e os filhos deviam a ele completa submissão. A partir do século II a.C. observa-se maior autonomia à mulher com a interferência do Estado na família. Inclusive, ao ingressar no estudo da literatura, as mesmas passaram a atuar nos tribunais, e a frequência de divórcios aumentou (ALVES e PITANGUY, 1991).

No período medieval, que como se sabe, fora fortemente influenciado pelo discurso religioso, a figura feminina podia assumir duas formas, de um lado a similitude com Eva: pecadora, tentadora, aquela que arruinou a vida no paraíso em virtude de sua desobediência. Por outro lado, a figura da Virgem Maria: obediente, casta, submissa. A condição natural da mulher era a de Eva, portanto a mesma deveria isolar-se e ser sempre vigiada a fim de que não desenvolvesse as características pecadoras. Era figura decorativa no ambiente doméstico (THOMASSET, 1990). O casamento era uma espécie de redenção, e as que permaneciam solteiras, mantinham-se como pecadoras tal qual Eva, tratava-se de concubinas, escravas,

feiticeiras e prostitutas (DUBY e PERROT, 1990). As únicas exceções eram as mulheres que viviam em conventos, possuindo acesso ao estudo religioso.

Por fim, no período Renascentista, apesar da condição de submissão da mulher permanecer presente, em virtude do afastamento do homem para a vida pública, a mesma ganhou maior autonomia no âmbito doméstico, ganhando poder no interior de suas casas. Ademais, começou-se a ser permitida a educação das mulheres para que as mesmas pudessem efetuar suas funções. Ou seja, em uma perspectiva completamente divergente da masculina, era voltada para o casamento e o exercício dos postos domésticos. Assim afirma Andreucci (2012, p. 40):

Diante de tais “diferenças naturais” justificavam os Iluministas a tese de que à mulher caberia a reprodução e, por via de consequência, o exercício da condição de criadora, mãe e responsável pelo espaço doméstico. Com as mulheres não combinavam ideias de educação e atuação no espaço público.

As mulheres, socialmente mais carentes, possuíam preferência no trabalho doméstico em residências burguesas, pois se tratava de mão de obra barata e dócil, características estas que as fizeram ser preferência na mão de obra em indústrias juntamente com as crianças, em outro momento histórico, qual seja o que desencadeou a revolução industrial (1789). A partir de então as reivindicações femininas tomaram corpo após reiteradas manifestações e protestos. A revolução industrial foi um verdadeiro divisor de água na história da evolução dos direitos femininos.

Quanto à estes, analisar-se-á com profundidade necessária no tópico seguinte, no âmbito nacional.

3.2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL

A legislação reflete o momento histórico vivido pela sociedade. Direito e a sociedade coexistem, àquele cabendo nesta, sob pela de ser inócuo. O Direito deve adaptar-se à realidade social, uma vez que (NADER, 2011, P 28):

[...] não tem existência em si próprio. Ele existe na sociedade. A sua causa material está nas relações de vida, nos acontecimentos mais importantes para a vida social. A

sociedade, ao mesmo tempo, é fonte criadora e área de ação do Direito, seu foco de convergência. Existindo em função da sociedade, o Direito deve ser estabelecido à sua imagem, conforme suas peculiaridades, refletindo os fatos sociais [...].

Desta feita, ao se observar as legislações que dispõem acerca dos direitos da mulher no decorrer do tempo, obtêm-se um retrato dos momentos históricos vividos pela sociedade e das mudanças conquistadas.

A começar pela Constituição do Império, de 1824, na qual se tinha como cidadão apenas o homem, o que implica em que era privativo deste o direito de votar e ser votado. Às mulheres era impedido o exercício da função pública mas havia a possibilidade de labor em empresas privadas (ANDREUCCI, 2012).

A primeira Constituição republicana, de 1891, manteve a condição de não cidadã da mulher, no entanto, inovou pelo reconhecimento do casamento civil e a proteção familiar pelo Estado (ANDREUCCI, 2012).

Mais adiante, pela primeira vez, aparece nas Constituições brasileiras, o princípio da isonomia entre os gêneros, na Carta de 1934. E trouxe inúmeros direitos, alguns ainda não plenamente conquistados até hoje, a (ANDREUCCI, 2012, p. 56-57):

[...] proibição de salários desiguais para uma mesma função por motivo de sexo, a proibição de trabalhos para as mulheres em condições insalubres, bem como o fortalecimento da proteção à família e à maternidade, garantindo à gestante assistência médica e sanitária, bem como descanso antes e depois do parto, por meio da Previdência Social. [...] Foi também a partir da Constituição de 1934 que a mulher passou a ter ‘voz ativa’ na sociedade e obteve o direito de escolher seus representantes por meio do voto direto, direito este concedido anteriormente apenas aos homens.

Neste primeiro momento, vale ressaltar, que o voto feminino era em regra facultativo, sendo obrigatório apenas às mulheres integrantes do serviço público de maneira remunerada. Com esta possibilidade, o Brasil foi o primeiro país da América Latina a permitir o voto feminino, e quarto da América, atrás de Estados Unidos, Canadá e Equador, respectivamente.

A Constituição de 1937, por sua vez, não apresentou grandes avanços para as mulheres, mas, talvez, tenha significado algum retrocesso ao eliminar a expressão “sem distinção de sexo” quando aduziu que “todos são iguais perante a lei” (ANDREUCCI, 2012). Cuidou de assegurar o descanso pré e pós parto para a gestante com proteção ao salário, porém, não ao emprego. Restando, desta forma, inútil. Este detalhe fora corrigido pela sucessora, a Carta de 1946.

Com o Texto Constitucional de 1967, houve um grande avanço para as mulheres no tocante à previdência social, concedendo à mesma a redução do prazo para a aposentadoria por tempo de trabalho de 35 (trinta e cinco) para 30 (trinta) anos (ANDREUCCI, 2012), um tratamento inédito dado a mulher na legislação brasileira.

Marco histórico na evolução dos direitos da mulher fora a Constituição Cidadã, como é chamada a Carta Magna de 1988. Aliás, a mesma significou avanço para a maioria das classes discriminadas. Particularmente, no tocante às mulheres, em vários dispositivos, pode-se perceber quão preocupado estava o legislador em afirmar a igualdade entre os gêneros, repetindo isto várias vezes ao longo do texto constitucional.

Durante o período da Assembleia Nacional Constituinte, fora entregue ao Congresso Nacional, por mais de mil mulheres organizadas em movimentos feministas, o documento chamado de “Carta das Mulheres à Assembleia Constituinte”. Tal documento continha inúmeras reivindicações da classe das quais, cerca de 80% foram atendidas, significando êxito inédito jamais experimentado por nenhum outro setor organizado da sociedade civil (ANDREUCCI, 2012).

Sobre este documento, aduz Andreucci (2012) *apud* Pimentel (1987) que “esta carta é, no meu entender, a mais ampla e profunda articulação reivindicatória feminina brasileira. Nada igual, nem parecido. É marco histórico da práxis política da mulher, grandemente influenciada pela teoria e práxis feminina dos últimos dez anos”.

A Constituição Federal de 1988, além de asseverar a igualdade entre os sexos, defende vários outros direitos femininos decorrentes deste, por exemplo, veda a discriminação no mercado de trabalho em razão do sexo, aduz que o planejamento familiar é do casal em conjunto, destaca a igualdade no âmbito familiar, inclusive coibindo a violência neste meio, protege a maternidade, incluindo a das presidiárias. E, com a garantia destes direitos básicos, criou um cenário favorável para elaboração de leis, ampliando tais direitos e criando novos.

Outro avanço significativo ocorreu com a promulgação do Código Civil de 2002. No Código anterior, a mulher era considerada relativamente incapaz e só poderia realizar determinados atos com a anuência do marido. Já o atual, destaca a igualdade dos sexos no âmbito familiar em seus direitos e obrigações. Também é relevante a questão do divórcio. Em uma evolução gradativa, hoje, após a EC nº 66 de 14 de julho de 2010 que alterou o § 6º do Art. 226 da Constituição Federal, o mesmo pode ser feito até em cartório. Embora seja uma conquista de ambos os sexos, para o feminino, ela significa avanço maior pois culturalmente, a mulher sempre esteve mais acorrentada ao casamento que o homem.

Alterações feitas no Código Penal também destacam a busca pela igualdade, excluindo expressões discriminatórias, como, por exemplo, “mulher honesta” por meio da Lei n. 11.106/05 que ainda, revogou artigos como os que extinguíam “a punibilidade através do casamento do agente ou de terceiros, com a vítima, nos crimes contra os costumes (arts. 107, VII e VIII); o crime de sedução (art. 217), o rapto (art. 219) e o adultério (art. 240)” (LIGOCKI e LIBARDONI, 2006,).

No tocante à luta contra a violência contra a mulher no seio familiar, realidade conhecida no Brasil, passa a ser reconhecida e tutelada pela Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, ou, simplesmente, Lei Maria da Penha, em homenagem à professora vítima deste tipo de violência que tornou-se símbolo da causa.

É vasto o rol dos direitos conquistados pós CF/88, dos ainda não citados há, ainda: a garantia de humanização do parto, dando a mulher direito de ter acompanhante no âmbito do SUS (Lei nº 11.108/2005); a descriminalização do aborto, que hoje é legal, quando a gravidez resulta de estupro ou gera risco de vida à gestante (art. 128, Código Penal); no tocante à moradia, a lei Lei nº 11.977, de 2009, que institui o Programa Habitacional “Minha Casa, Minha Vida”, confere à mulher preferência na propriedade do imóvel, exceto no caso em que o homem ficar com a guarda exclusiva dos filhos; entre outros.

No cenário internacional, muitos são também os documentos que preocupam-se em dispor sobre a igualdade de gêneros. Um deles é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada pela Resolução nº 217 da Assembleia Geral da ONU e, em seu art. 2º dispõe:

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Em 1966 foram elaborados dois pactos: O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Este último fora adotado pelo Brasil ainda no mesmo ano. Aquele, por sua vez, enfrentou alguns problemas de adesão, e conquistou 35 ratificações apenas no curso de dez anos. Pelo Brasil, ele foi ratificado ainda mais tardiamente, apenas em 10 de dezembro de 1991, promulgado pelo Decreto Legislativo nº 592, de 6 de dezembro de 1992. Uma vez em vigor, estes pactos tornaram juridicamente obrigatórias muitas disposições da Declaração

Universal dos Direitos Humanos para os Estados que os ratificaram. A igualdade de gênero está expressa no art. 3º do PIDESC.

Adotada pela Resolução 34/180, da Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 18 de dezembro de 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher entrou em vigor em setembro do ano de 1981, seu objetivo era a implantação “de ações especiais, concretizando o processo de igualização de *status* entre mulheres e homens” (BRAUN, 2001) nos Estados-Partes.

Esta Convenção é um marco na luta pelos direitos femininos, pois é a primeira vez que os Estados se comprometem à elaborar medidas que promova a igualdade entre os sexos tanto na esfera pública como na privada. Neste sentido, Braun (2001, p. 174):

[...] cabe aos Estados-Parte que ratificaram a Convenção o compromisso de, paulatinamente, eliminar toda e qualquer forma de discriminação no que se refere aos gênero, assegurando efetiva igualdade entre eles. A Convenção também reconhece que as habilidades e necessidades decorrentes de diferenças biológicas entre homem e mulher devem ser reconhecidas e ajustadas, mas sem tirar a titularidade das mulheres a igualdade de direitos e oportunidades.

Para que este fim seja atingido, a Convenção prevê a adoção de medidas afirmativas (ações afirmativas ou discriminações positivas), como iniciativas a serem providenciadas para dar celeridade ao processo de igualar os sexos. Tratam-se de medidas temporárias e compensatórias que concedem benefícios ao grupo discriminado histórica e culturalmente a fim de que este seja possível atingir a igualdade mais rapidamente, quando, então, deverão cessar (FARIA E MELO, 1998).

Esta Convenção foi a que mais recebeu reservas por parte dos países que a ratificaram, o que evidencia o nível de discriminação contra as mulheres, no Brasil não foi diferente, conforme explicita Braun (2001, p. 176):

O ato de ratificação dessa Convenção enfrentou dificuldades surpreendentes, entre elas, deu-se em razão de as reservas de alguns dos parlamentares aos artigos relacionados à igualdade legal de homens e mulheres na liberdade de movimento e na escolha de domicílio e à igualdade de direitos e deveres no casamento e sua dissolução, sob o argumento de que tais dispositivos estavam em desacordo com ditames legais do Código Civil brasileiro. Tal crítica foi afastada com a promulgação da Carta Magna de 1988, que outorgou direitos iguais ao homem e à mulher. Tais reservas eram consideradas inconstitucionais, razão pela qual, no ano de 1993, foi enviada ao Congresso Nacional mensagem propondo a retirada dessas reservas. A retirada foi autorizada em 20 de dezembro de 1994. Os artigos 15 e 16 mantiveram apenas a reserva declaratória relativa à soluções de possíveis controvérsias interestatais quanto à aplicação da Convenção por meio de arbitragem ou pela submissão automática da disputa à Corte Internacional de Justiça.

A adesão do Brasil à esta Convenção foi, sem dúvidas, um grande avanço para o país, pois, significa seu compromisso com a promoção da igualdade ainda tão distante, mas buscada incessantemente. Ademais, não trata-se de um direito de minorias (que merecem, claro, o mesmo respeito), mas de metade da população mundial, historicamente menosprezada e ceifada de seus direitos, o que intensifica ainda mais a relevância desta luta.

3.3 A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Pode-se afirmar, sem medo, que as mulheres sempre trabalharam. No entanto, é certo que, para a maioria das pessoas, esta afirmação irá causar estranheza. Deve-se isto, ao fato de que o trabalho desempenhado pela mulher é invisível. Durante muito tempo, a mulher trabalhava no âmbito doméstico, dedicando-se além da criação de filhos e manutenção da ordem no seu lar, à lavoura das terras da família, tecendo vestes, criando animais, ajudando o marido nos negócios. Este trabalho, pouco reconhecido e, geralmente, não remunerado, fora desempenhado por séculos pelas mulheres, e foram/são papéis fundamentais no desenvolvimento da economia e da sociedade.

Acerca da função originária da mulher no trabalho, aduz Perrot (2012, p. 109):

Nem sempre as mulheres exerceram ofícios reconhecidos, que trouxessem remuneração. Não passavam de ajudantes de seus maridos, no artesanato, na feira ou na loja. Sua maneira de lidar com o dinheiro trazia problemas, ainda mais quando eram casadas. No entanto, elas sabiam contar, e o célebre quadro de Bassano que retrata os Portinari, mostra um casal de cambistas iguais em suas ações.

Ocorre que, não obstante, hoje, as mulheres exerçam atividades externas e remuneradas, contribuindo no provimento de renda para a manutenção da família (e, tantas vezes, sendo a principal ou única fonte de renda), elas não deixaram de laborar no âmbito doméstico em suas residências, exercendo, ainda, aquele papel que há tanto tempo lhe fora destinado, por esta razão (LIGOCKI e LIBARDONI, 1996, p. 16):

Olhar o mercado de trabalho pelo lado das mulheres que se dispõem a trabalhar, significa ressaltar um conjunto de atividades diversas: elas desempenham para a

sociedade, outros papéis além de ser ‘possíveis trabalhadoras’ nos espaços públicos produtivos. Isto é, a sociedade lhe atribuiu e lhe ensinou a estar engajada numa outra produção, não diretamente inserida no mercado de trabalho: a realização de serviços e de práticas para a manutenção da família.

No cotidiano as mulheres conciliam as atividades internas dos lares com o trabalho negociado no mercado de trabalho. Assim sendo, não estão todos – homens e mulheres – situados no mesmo lugar, não tem todos uma única referência de identidade, de responsabilidade. Ao agir nas casas e nos empregos, as pessoas – as mulheres e os homens – têm desafios e preocupações diversas, responsabilidades diferenciadas.

Porém, esta crescente presença da mulher no mercado de trabalho, deve-se à gradativas mudanças culturais, principalmente no âmbito familiar. As alterações do papel feminino na família, está diretamente ligado à sua participação no mercado de trabalho e vice versa. Atualmente, a mulher dispõe de mecanismos para controlar a natalidade, possui um nível de escolaridade superior ao dos homens, sua posição dentro da família tem sido de mais autoridade, aproximando-se da figura masculina, e as famílias necessitam de mais renda, o que também impulsiona a mulher a ingressar no trabalho fora do âmbito familiar. Este último fator é de extrema relevância, pois, o trabalho feminino antes desestimulado pelos parceiros, hoje se trata de uma necessidade para a família.

Ademais, a presença da mulher no mercado de trabalho, se dá de maneira segregada da masculina, notando-se, pois, a existência de profissões predominantemente masculinas e outras predominantemente femininas. Este fenômeno é chamado pela socióloga francesa de Danièle Kergoat, de “guetos femininos”, dispendo no sentido de que há posições predeterminadas no espaço social para serem ocupadas por homens ou mulheres (ANDREUCCI, 2012).

Neste sentido, há dados do IBGE que reforçam a formação dos ditos “guetos femininos” em determinados ramos do mercado de trabalho, os indicadores de 2009 (vide gráfico IV em anexo), trazem os seguintes números:

Tabela 4 – Distribuição da população ocupada por grupamentos de atividade, segundo o sexo, 2009

SETOR/SEXO	FEMININO	MASCULINO
INDÚSTRIA	36,4%	63,6%
CONSTRUÇÃO	5,1%	94,9%
COMÉRCIO	41,2%	58,8%
SERVIÇOS PRESTADOS À EMPRESAS	39,9%	60,1%
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	63,2%	36,8%
SERVIÇOS DOMÉSTICOS	94,5%	5,5%
OUTROS SERVIÇOS	40,8%	59,2%

Fonte: IBGE, Pesquisa Mensal de Emprego (PME), ano de 2009 – Gráfico IV do anexo.

Destes dados, pode-se constatar que os setores predominantemente femininos no ano de 2009, são os serviços domésticos e a administração pública, sendo aquele, de uma diferença expressiva de 94,5% de mulheres prestando serviços domésticos, contra apenas 5,5% de homens exercendo a mesma função.

Mas ainda mais preocupante do que isto, são as diferenças remuneratórias entre homens e mulheres no exercício da mesma função. Ao contrário do que se pode pensar, este não é um fenômeno típico de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, mas trata-se de uma questão mundial. E, mesmo em países desenvolvidos, inclusive com legislação protetiva à respeito, os dados persistem, como é o caso de países europeus.

No Brasil, tem-se dados estatísticos do IBGE de 2009 que confirmam a discrepância salarial entre homens e mulheres em ramos idênticos do mercado de trabalho (vide gráfico V do anexo), para tanto, é necessário a comparação entre as seguintes tabelas:

Tabela 5 – Rendimento médio habitual da população ocupada masculina, por escolaridade, segundo grupamentos de atividade - 2009

SETOR/ SALÁRIO POR NÍVEL DE ESCOLARIDADE (SEXO MASCULINO)	HOMENS COM 11 ANOS OU MAIS DE ESTUDO	HOMENS DE NÍVEL SUPERIOR COMPLETO
INDÚSTRIA	2.133,40	5.014,10
CONSTRUÇÃO	1.917,20	5.410,10
COMÉRCIO	1.618,00	3.720,60
SERVIÇOS PRESTADOS	2.532,70	4.543,50
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	2.670,90	4.183,30
SERVIÇOS DOMÉSTICOS	891,40	1.029,10
OUTROS SERVIÇOS	1.718,80	3.607,20

Fonte: IBGE, Pesquisa Mensal de Emprego (PME), ano de 2009 – Gráfico V do anexo.

Esta primeira tabela, demonstra as diferenças salariais entre homens de acordo com o seu nível de escolaridade, divididos entre os com 11 ou mais anos de estudo e os com nível superior completo em diferentes ramos do mercado de trabalho. A tabela seguinte, baseia-se na pesquisa com os mesmos dados, mas tratando-se, desta vez, de entrevistados do sexo feminino (vide gráfico VI do anexo), alcançando os seguintes números:

Tabela 6 – Rendimento médio habitual da população ocupada feminina, por escolaridade, segundo os grupamentos de atividade - 2009

SETOR/ SALÁRIO POR NÍVEL DE ESCOLARIDADE (SEXO FEMININO)	MULHERES COM 11 ANOS OU MAIS DE ESTUDO	MULHERES DE NÍVEL SUPERIOR COMPLETO
INDÚSTRIA	1.388,70	3.053,60
CONSTRUÇÃO	2.007,80	3.236,90
COMÉRCIO	1.001,20	2.066,90

SERVIÇOS PRESTADOS	1.799,90	3.072,20
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	1.803,40	2.618,60
SERVIÇOS DOMÉSTICOS	534,20	758,10
OUTROS SERVIÇOS	1.175,80	2.407,00

Fonte: IBGE, Pesquisa Mensal de Emprego (PME), ano de 2009 – Gráfico VI do anexo.

Comparando os dados apresentados, conclui-se que em absolutamente todos os ramos do mercado de trabalho, as mulheres possuem salários consideravelmente menores que os dos homens. Inclusive nos “guetos femininos”, onde predominam o trabalho das mulheres.

A Carta Constitucional de 1988, em seu art. 7º XXX e a CLT, no art. 61, protegem expressamente a diferença salarial em razão do sexo. No entanto, conforme demonstrado, é de clareza solar que o Brasil está longe de alcançar o cumprimento do texto positivado na prática.

Doutra feita, é de se observar que tem crescido a proporção de arranjos familiares em que a mulher é referência, inclusive na presença do varão, como se pode extrair da tabela “Proporção de arranjos familiares com pessoa de referência do sexo feminino, segundo o tipo - Brasil - 1998/2008” (vide gráfico VII em anexo):

Tabela 7 - Proporção de arranjos familiares com pessoa de referência do sexo feminino, segundo o tipo - Brasil - 1998/2008

TIPO/ANO	1998 (1)	2008
UNIPESSOAIS	4,4%	5,9%
COM CÔNJUGE	2,4%	9,1%
SEM CÔNJUGE	19,2%	19,9%
TOTAL	25,9%	34,9%

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1998/2008 (Gráfico VII do anexo).

(1) Exclui-se a população rural de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá.

Tais dados evidenciam as alterações da função da mulher no seio da família, que já não se limita à educação dos filhos e cuidados domésticos, mas extrapola as paredes do lar e parte para a função cumulada de provimento familiar, inclusive financeiro. Em contrapartida, ver-se que a mesma é ainda discriminada em relação ao homem no mercado de trabalho, sobretudo quanto à remuneração e funções exercidas, situação que justifica a proteção à ela concedida por alguns dispositivos legais e pelas políticas públicas.

4 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

O princípio da igualdade é um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, e de qualquer um Estado democrático, pois sem igualdade, não há democracia. No entanto, quando ele, do ponto de vista formal, por si só não satisfaz, há de analisá-la por outra perspectiva, qual seja, a de tratar igual os iguais e desigual os desiguais na medida de suas desigualdades. Nesse cenário, surge como alternativa a política de ações afirmativas baseada nesta perspectiva de igualdade. Tal política, aplicada em diversos países, apesar do seu uso frequente, é bastante polêmica, não faltando defensores e críticos.

4.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE APÓS A CARTA DE 1988

Inicialmente, cumpre fazer algumas considerações acerca dos princípios e sua importância frente à qualquer ciência. Os princípios são imprescindíveis à toda forma de conhecimento filosófico ou científico pois consistem em pressupostos lógicos que orientam determinado sistema.

Neste sentido, preconiza Andreucci (2012) *apud* Mello, definindo princípio como “um mandamento nuclear do sistema com vistas a alicerçá-lo, bem como são responsáveis por dar definição à lógica e à racionalidade do texto normativo, garantindo-se, assim o seu desenvolvimento harmônico”.

São, pois, “‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*” (Reale, 1995). Podem, e têm, inclusive, origem de diversos ramos, como a ética, a sociologia, filosofia, político, processualista.

Por exercerem esta importante função orientadora do sistema, os princípios acabam por assumir um papel especialmente relevante, o de apresentar indicadores hermenêuticos, ou seja, indicar em qual sentido o interprete deve entender a norma, em consequência disso contribuem para manter a coesão, a ordem e a lógica do sistema em questão.

No direito brasileiro, tamanha é a importância dos princípios para o direito que o art. 4º do Decreto-Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, o decreto-lei Nº 4.657/42, aduz que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, o que ressalta seu caráter orientador do direito.

Limitando-se à seara do Direito, não há celeuma em afirmar que um dos mais relevantes princípios que regem a ciência jurídica é o princípio da igualdade.

O direito à igualdade figura no título II da Constituição Federal, “dos direitos e garantias fundamentais” e trata-se de um direito individual, expresso no art. 5º da mesma, que assim aduz:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material são “pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 159). Delimitá-los conceitualmente é tarefa por demais dificultosa, sendo que, a observação de algumas características pode ser mais eficiente na sua compreensão: universalidade e absolutabilidade (destinam-se à todos), historicidade (devem ser observados em um contexto histórico), inalienabilidade e indisponibilidade (são indisponíveis, não susceptíveis de valor econômico), limitabilidade (devem ser observados de maneira relativa), irrenunciabilidade (embora possam não ser exercidos, não são renunciáveis), imprescritibilidade (não se perde pelo desuso) (LENZA, 2008).

Não se pode olvidar, ainda, das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Norberto Bobbio classifica-os em direitos de primeira, segunda e terceira geração (hoje, a doutrina prefere a expressão “dimensões”) levando em consideração os momentos históricos ou cronológicos em que passaram a ter reconhecimento constitucional (MASCARENHAS, 2010). Mais atualmente, também, já se fala em direitos de quarta geração.

A primeira geração compreende os direitos civis e políticos, traduzidos no ideário de liberdade. A segunda geração dos direitos humanos corresponde aos direitos sociais, políticos e econômicos, equivale aos direitos de igualdade. A terceira geração, por sua vez, diz respeito à proteção ambiental e dos consumidores, relaciona-se à fraternidade (MASCARENHAS, 2010). Por fim, a quarta geração decorre das inovações tecnológicas que culminam nos avanços na engenharia genética (LENZA, 2008).

Desta feita, o a igualdade corresponde à um direito de segunda dimensão (ou geração), impulsionado historicamente pela Revolução Industrial na Europa do séc. XIX, na qual, em decorrência das precárias condições de trabalho, surgem diversos movimentos reivindicando direitos trabalhistas e assistência social (LENZA, 2008), como visto em outros momentos do presente trabalho.

Apesar da bela intenção de tal princípio, é certo que muitas são as dificuldades de sua aplicação prática. A igualdade pela igualdade não satisfaz, visto que cada um possui suas individualidades capaz de situá-lo em posição de inferioridade ou superioridade frente à *outrem*. Portanto, prefere-se, dentre todas, a perspectiva Aristotélica acerca da igualdade: tratar igual os iguais e desigual os desiguais na medida de suas desigualdades. A dificuldade reside em precisar a desigualdade e sua medida. Em decorrência disto, são comuns ações declaratórias de inconstitucionalidade (e de constitucionalidade) que envolvam uma suposta violação ao princípio da igualdade.

Por isso, deve ser almejada não apenas a igualdade formal, pois esta é satisfeita facilmente pela positivação textual, consistindo em um ideal legal, estando defeso à lei ser instrumento de desigualdade; mas sim a igualdade material que consiste, de fato, na concepção de Aristóteles e resulta em uma igualdade real. Ainda nessa esteira, compreende-se o direito à igualdade em duas formas de atuação: a negativa e a positiva.

A negativa consiste em não impor discriminações injustificadas entre as pessoas, tal atuação já é consolidada no ordenamento jurídico. Por sua vez, a positiva consiste na proteção da igualdade em observância à individualidade de cada um, em se tratando das proporções nacionais, esta individualidade acaba sendo reconhecida através de grupos e culminam nas ações afirmativas (CAVALCANTI, 2009), para a implementação destas é necessário observar (MELLO, 1995, p. 32):

[...] de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses obrigados no direito constitucional. E isto traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.

Facilmente se pode perceber que a mera igualdade positivada, formal, negativa, jamais fora suficiente para atingir a igualdade real, material. No Brasil, a igualdade começa a ser expressa constitucionalmente desde a Constituição de 1824, o que evidencia que os enunciados formais, embora sejam um passo, não são capazes de atingir os objetivos almejados por este imprescindível princípio jurídico. Se faz indispensável a incansável busca por sua aplicação cotidiana. Neste sentido, Andreucci (2012, p. 88):

Impende reiterar que o princípio da igualdade jurídica já não mais se encontra cingido a uma igualdade formal ou isonômica, mas aos poucos vai se afirmando como uma igualdade material, por meio da implementação consciente e necessária de hábeis políticas públicas voltadas à minoração das desigualdades e à instauração de uma isonomia real. A declaração da igualdade perante a lei é imprescindível no campo do reconhecimento de direito, mas o efetivo exercício dos direitos sociais que garantem patamares mínimos de acesso a bens considerados essenciais garante a igualdade material.

Desta feita, afirma-se que a Constituição Federal de 1988 vela pela igualdade material, a fim de que esta seja alcançada na realidade fática, o que permite que o ordenamento jurídico, através do poder legislativo, possa dar tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades, sob o respaldo da Carta Magna, bem como que o executivo elabore e execute políticas públicas que beneficiem os hipossuficientes e, ainda, que no âmbito judiciário se decida levando em consideração a situação de desigualdade quando esta existir.

4.2 DA RECEPÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Os direitos fundamentais estão sendo tomados por uma tendência significativa à especificação. Trata-se de importante evolução, pois os direitos gerais já são tutelados, e sente-se pois, a necessidade de cuidar dos direitos de grupos específicos e desprivilegiados, ou que possuem necessidades particulares que merecem a tutela legal.

Tal fenômeno pode ser observado tanto no ordenamento jurídico brasileiro, como no âmbito internacional. Sobre ele, aduz Mendes e Branco (2012, p. 177):

Os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens, passaram a, igualmente, proteger seres humanos que se

singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade da pessoa humana. Daí a consagração de direitos especiais aos enfermos, aos deficientes, às crianças, aos idosos... O homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e de estar na sociedade.

A tendência jurídica referida diz respeito às chamadas discriminações positivas ou ações afirmativas, termo menos agressivo e portanto mais utilizado no tocante ao assunto. Conceitualmente, as ações afirmativas consistem em políticas públicas compensatórias destinadas à um grupo histórica e culturalmente desprivilegiado a fim de promover-lhes a inclusão social, econômica e política. Na definição dada pelo Ministério da Justiça *apud* Lima Jr. (2001, p. 138):

As ações afirmativas são medidas especiais e temporárias, tomadas ou determinadas pelo Estado, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. Portanto, as ações afirmativas visam combater os efeitos acumulados em virtude das discriminações ocorridas no passado.

As ações afirmativas podem ser em forma de Lei, ou mesmo através do “desenvolvimento de ações políticas (inclusive campanhas) no sentido de persuadir, treinar e divulgar a respeito de determinados direitos ou situações, como é o caso das práticas discriminatórias intolerantes” (LIMA Jr., 2001).

O Brasil começou a utilizar-se das ações afirmativas no ano de 1968, com a manifestação de técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) pela criação de uma lei que forçasse empresas da iniciativa privada a manter 20%, 15% e 10% de porcentagem mínima de empregados negros de acordo com o ramo da atividade e demanda. Ainda no mesmo ano, a Lei nº 5.465/1968 destinou 50% de reserva de vagas nos estabelecimentos de ensino Médio Agrícola aos candidatos agricultores, bem como aos seus filhos. Mais adiante, em 1983, o Projeto de Lei nº 1.332, propôs a reserva de 20% de vagas para mulheres negras e 20% para homens negros candidatos ao serviço público, a criação de meios de incentivo para empresas privadas a fim de combater a discriminação, a produção de folhetos e literaturas voltadas a inclusão afro e, ainda, a implantação de uma disciplina sobre a história, origem, e estabelecimento no solo brasileiro dos afrodescendentes (ANDREUCCI, 2012).

Não obstante os primeiros sinais tenham se manifestado há mais tempo, os debates que envolvem o assunto tornaram-se mais intensos desde o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1994-2002) e eclodiram significativamente no governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), uma vez que passaram a ser utilizadas com maior frequência. (BRITO FILHO, 2009). Hoje, grande é o rol de ações afirmativas no contexto brasileiro protegendo diferentes grupos: idosos, crianças, mulheres, negros, pobres, micro e pequenas empresas.

Como visto, a simples repressão legal de práticas discriminatórias apenas resultam em uma igualdade formal, enquanto a igualdade material, buscada pelos ideais constitucionais não conseguem ser alcançadas apenas desta maneira. Para tanto, é necessário uma postura mais ativa que tenha o poder de tornar real essa igualdade. Não pode-se, no entanto, dispensar o modelo repressor da desigualdade, este é essencial, porém, é possível afirmar que as ações afirmativas são uma evolução deles, ambos, unidos pelo mesmo fim possuem a eficiência necessária para criar condições de aplicar a igualdade. Aquele vedando a discriminação, e este criando medidas impulsionadoras de integração dos grupos discriminados.

Sobretudo, as ações afirmativas no direito brasileiro, encontram justificativa nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Aquele, já tratado em ocasião própria, no Brasil, assume uma feição Aristotélica, rumo à igualdade material, real, que consiste em tratar igual os iguais e desigual os desiguais na medida de suas desigualdades. Tratar desigual os iguais e igual os desiguais, é flagrante violação ao princípio da igualdade. Desta maneira, não há violação à tal princípio a criação de ações afirmativas, ao contrário, pode-se afirmar que são necessárias para garantir a efetividade do mesmo. Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana, é a mãe de todos os direitos fundamentais, permite enxergar o indivíduo além da óptica social, mas na sua individualidade, não permitindo que sua dignidade seja prejudicada mesmo pelo interesse coletivo. Sobre este princípio, aduz Machado (2010, p. 5-6):

A dignidade da pessoa humana é o valor-fonte de todos os direitos fundamentais. Esse valor, que se apresenta como fundamento e fim último de toda a ordem política, busca reconhecer não apenas que a pessoa é sujeito de direitos e créditos diante dessa ordem, mas que é um ser individual e social ao mesmo tempo. No espaço privado, reino da satisfação das necessidades, a pessoa humana é indivíduo, isto é, mostra-se voltada para a realização de suas necessidades biológicas. Já no espaço público, a pessoa é um ser social, ou, como preferiu Aristóteles, o homem é um animal político, pois vive e morre na *polis* – comunidade política. Conforme o magistério de Julien Freund, a pessoa humana possui seis dimensões: a ética, a política, a religiosa, a científica, a econômica e a artística. Ao mesmo tempo em que são autônomas, as dimensões são interpenetráveis, o que significa dizer que o

homem ético não vive sem o homem político, o homem científico não vive sem o religioso, o econômico não vive sem o artístico. Sucede que o ser humano se completa e se *plenifica* com a presença de todas as dimensões em um contexto harmônico, interdisciplinar e interativo. Isso é que vai, em última análise, permitir a democracia e a atualidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana constitui, por assim dizer, um valor único e individual, que não pode, seja qual for o pretexto, ser sacrificado por interesses coletivos.

Nesta esteira, os objetivos e os fundamentos da República, elencados no art. 1º, III e art. 3º da Constituição de 1988 são os maiores calços legais permissivos das ações afirmativas, pois (BRITO FILHO, 2009, p.187):

Em primeiro lugar, um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), pelo que está claro que, somente se pode admitir, no Brasil, uma sociedade onde todos tenham o mínimo de direitos necessários à preservação desse atributo do ser humano. Nessa linha que segue o texto constitucional, constituem objetivos fundamentais da república (artigo 3º): a construção de uma sociedade justa (inciso I); garantir o desenvolvimento nacional (II); erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (III); e, promover o bem de todos, sem qualquer discriminação (IV).

Assim sendo, o Estado deve mobilizar-se a fim de eliminar as desigualdades, para que seja permitido a todos gozar do acesso aos serviços e recursos disponíveis, o que não há de ser alcançado por mera positividade legal de dizeres de igualdade, mas, em conjunto com ações estatais que promovam a igualdade real, e, uma vez que há, especificadamente grupos discriminados historicamente e, por isso, incapazes de serem tratados com equiparação aos demais, há de ser-lhes direcionados direitos especiais à sua condição enquanto a desigualdade perdurar, como medida capaz de permiti-lo gozar dos serviços e recursos tal qual os que não pertencem a este grupo.

Ainda na análise do art. 3º, CF, aduz Mello (2004, p. 135-136):

Do art. 3º vem-nos a luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei [...] a favor daquele que é discriminado [...]. Nesse preceito são considerados como objetivos fundamentais de nossa República, construir – prestem atenção a esse verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo a conduzir, não a uma atitude simplesmente estática, mas a uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. Possível asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma equalização eficaz, dinâmica, já que os verbos ‘construir, garantir’, erradicar e promover, implicam, em, si, mudança de óptica ao denotar ação [...]. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa.

Disto conclui-se que, a Constituição brasileira não apenas não proíbe a implementação das ações positivas como as estimula. Sendo perfeitamente constitucional no Brasil essas políticas afirmativas. Porém, apesar das mesmas não ferirem o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, nem a Carta de 88, ainda assim, não raro, são mal vistas pela população e postas em pauta em constantes ações declaratórias de inconstitucionalidade.

Defensores e críticos das ações afirmativas concordam em um ponto: na grande dificuldade de medir a desigualdade. A polêmica que as envolvem, diz respeito, principalmente à adoção, eficácia, duração e medida.

Além das ações afirmativas há inúmeras outras medidas que podem ser adotadas tendo em vista o mesmo fim, devendo-se, pois, observar se seria ela a medida necessária, se outros meios não seriam igualmente eficientes, se a desigualdade decorre de fatores incapazes de serem corrigidos por ela. Sendo um desses o caso, a solução mais viável seria aplicar outra medida estatal mais adequada (ARRUDA, 2009).

Ademais, ainda que seja uma medida eficiente, há várias maneiras de se implementar ações positivas, devendo-se analisar cautelosamente qual delas seria a mais eficaz e menos agressiva aos demais. Uma forma de tornar a ação menos agressiva é fazer com que pertencer ao grupo discriminado seja apenas um dos critérios para a concessão do vantagem oferecida (ARRUDA, 2009).

Da inobservância destes limites resultam diversos casos pelo mundo de insucessos das ações afirmativas, resultantes em mais conflitos, e em alguns casos, até em aumento da discriminação. Para se evitar os efeitos contrários, deve haver bastante cautela na escolha da medida. A duração, intensidade, controle, são aspectos fundamentais a serem planejados, além de sua união com outras políticas para trabalhar a conscientização da população. No entanto, (ARRUDA, 2009, p. 188):

[...] não é o que se tem visto, em alguns exemplos, no Brasil. As medidas são implantadas e executadas sem um planejamento anterior, o que, além de reduzir sua eficácia, ainda produz um sentimento negativo na sociedade, embora em parte amplificado pelos que negam a possibilidade de sua utilização [...]. É preciso que as medidas de ação afirmativas sejam revestidas de mecanismos de natural assimilação, sob pena de, em nome da igualdade, produzirmos um acirramento de posições, já eivadas de preconceito [...]. É preciso que as ações afirmativas cumpram o papel de desconstrutoras do preconceito.

Desta feita, observa-se que, as ações afirmativas, embora sejam constitucionalmente aceitas, devem ser implantadas com cautela e planejamento. Tratam de situações bastante peculiares nas quais essas ações sejam amplamente necessárias, insubstituíveis, planejadas, temporárias, amparadas por outras medidas, e atuem diretamente na raiz da desigualdade que se quer combater, sob pena de agir em sentido contrário como veículo de mais desigualdade e discriminação. Há de se ter muito cuidado para não transformá-las em instrumento político de fins unicamente eleitorais. As ações afirmativas podem ser uma medida hábil e eficiente, mas pode também, gerar consequências desastrosas na sociedade.

4.3 SÍNTESE HISTÓRICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Faz-se essencial observar a gênese das ações afirmativas e sua aplicação em outros países, a fim de se compreender melhor o instituto.

O termo “ação afirmativa” fora utilizado primeiramente por um oficial afro-americano do governo Kennedy, em 1961, e referia-se a discriminações sofridas no trabalho por negros, posteriormente, ampliou-se para a área da educação, passou a incluir mulheres, minorias étnicas e outros grupos entre os beneficiários. Por isso, afirma-se que tais políticas eclodiram nos Estados Unidos, focadas, principalmente nas discriminações entre negros e brancos (LIMA JR., 2001).

Nos Estados Unidos, as ações afirmativas correspondem a medidas que visam compensação aos negros e outras classes historicamente prejudicadas por outros grupos, através de uma intervenção estatal para garantir a presença das minorias – que nem sempre são minorias quantitativas – na vida pública, principalmente educação e trabalho. Mas tendo-se o cuidado de não utilizar a classe como único critério de preferência (LIMA JR., 2001).

Doutro lado e com outra denominação, há indícios desse tipo de medida (políticas preferenciais ou de cotas) sendo utilizada desde o século XIX, como é o caso do Tratado de Waitangi em 1840, na Nova Zelândia que concedia preferências aos *Maori*, povo nativo deste país, essa política, apesar de possuir características comuns, não se confunde com as ações afirmativas pois seus objetivos são distintos (CRUZ, 2011).

A Índia é um país bastante heterogêneo. Como se sabe, a população é dividida em castas, há vários idiomas e dialetos, religiões e divisões étnicas e regionais. Em virtude desta

complexidade populacional, este foi um dos pioneiros na adoção das políticas de quotas, as *reservations*, ou *affirmative action* (CRUZ, 2011). A Constituição indiana além de proibir a discriminação em virtude de raça, sexo, cor, religião, entre outros, ainda expressa em seu texto a possibilidade do Estado estabelecer discriminações positivas a fim de promover o avanço de cidadãos, castas e tribos atrasadas. Ainda pela Constituição desse país, há dois tipos de políticas preferenciais, uma destinada às minorias nacionais menos favorecidas e outra para os grupos locais dos estados. Aquela é destinada principalmente aos *intocáveis*, casta considerada a inferior na Índia, posteriormente, alguns grupos tribais também foram incluídos. Essas políticas visam proporcionar acesso desses grupos à emprego, universidade, representação parlamentar entre outros benefícios a fim de elevar o nível socioeconômico destes (BRAGANÇA e OLIVEIRA, 2005).

Ainda é de ressaltar que as classes desprivilegiadas na Índia correspondem a maior parte da população, o que evidencia que as ações afirmativas neste país, não são voltadas para “minorias”, mas sim para grupos “atrasados” (termo utilizado pela lei deste Estado), independente da quantificação populacional destes.

Pode-se afirmar, pois, que, a Índia foi o país pioneiro na utilização dessas medidas (*reservations*), mais tarde denominadas de ações afirmativas, e hoje, possui em seu ordenamento jurídico, inúmeras medidas, principalmente, para ingresso no ensino e empregos públicos das classes desprivilegiadas. Apesar desse tipo de medida ter se originado na Índia, seu desenvolvimento se deu nos Estados Unidos.

Nos Estados Unidos, as ações afirmativas foram criadas a fim de reparar em parte os danos causados pelas discriminações históricas. Por isso, em sua gênese, voltava-se aos negros. Atualmente, inclui também os imigrantes da América Latina e Ásia. O que evidencia a mudança na pretensão inicial das ações afirmativas nesse país, pois, diferentemente dos negros, esses grupos não viveram lá no passado, portanto não são historicamente discriminados.

As ações afirmativas nos EUA passam por um declínio, existindo inúmeros movimentos e propostas nesse sentido. No entanto, é pouco provável que se extingam completamente, pois, havendo vários defensores e beneficiados por tais políticas, os representantes que as eliminassem, eliminariam também suas chances de (re)elegerem-se, ademais, a Suprema Corte desse país, jamais pronunciou-se pela sua inconstitucionalidade (CRUZ, 2011).

A partir da experiência desses dois países, as ações afirmativas começaram a se expandir pelo mundo, alguns países começaram a prever a possibilidade das mesmas em suas Constituições expressamente, seguindo o exemplo da Índia. Outros, mesmo sem previsão expressa, passaram a adotá-las. A expansão prosseguiu mesmo quando os Estados Unidos passou a diminuir a intensidade dessas políticas em seu território.

Como na Índia, o Canadá passou a prever expressamente em seu ordenamento jurídico a possibilidade de adoção de políticas de discriminação positiva, embora inspire-se principalmente no vizinho norte americano (CRUZ, 2011).

Concomitantemente, a África do Sul e a República de Namíbia, além de proibirem a discriminação (no caso da África do Sul, o que se proíbe é a discriminação injusta) em suas constituições ainda preveem a possibilidade de discriminações impostas pelo Estado favorecendo grupos desprivilegiados (CRUZ, 2011).

A adoção dessas políticas nesses países são especialmente relevantes, pois (CRUZ, 2011, p.72):

Os casos da Namíbia e da África do Sul são basilares para se entender a expansão do conceito de grupos minoritários – entendidos como os grupos em desvantagem aos quais as políticas de ação afirmativa são dirigidas. Com efeito, em sua origem, nos Estados Unidos, as medidas de ação afirmativa eram destinadas a grupos quantitativamente minoritários: os negros norte-americanos. Contudo, com a expansão da noção de discriminação veio a própria expansão do conceito de minorias, que passou, mesmo nos Estados Unidos, a designar grupos quantitativamente majoritários, como mulheres. Uma nova definição de grupos minoritários tornou-se necessária [...].

Mesmo na França, país que repudia as discriminações mesmo positivadas, já se adota algumas medidas, lá denominadas de *discrimination positive*, cujo próprio termo já causa desconforto. As mesmas não há ações voltadas à discriminação racial, pois também não há dados que evidenciem este problema. Há ações para os deficientes físicos, e o texto legal dá ensejo para futuras medidas voltadas à igualdade de gênero.

Na Malásia, é seguido o exemplo da Índia quanto à quantidade de beneficiados que corresponde à maioria da população e em detrimento de uma minoria mais dinâmica, em quem se concentra a economia e burocracia local. Em termos de avanço do grupo beneficiados, a Malásia tem sido bem sucedida em suas políticas afirmativas (BRAGANÇA e OLIVEIRA, 2005).

No Sri Lanka, Thomas Sowell, autor do livro “Ação Afirmativa pelo mundo: um estudo empírico”, aponta estas medidas como causadoras de uma grande guerra civil,

decorrente não das diferenças em si, mas da politização dessas diferenças, ao se tentar integrar grupos étnicos, separados geograficamente e politicamente polarizados. Ele ainda aponta que tais resultados são semelhantes aos da Nigéria, sendo que neste, em virtude da complexidade dos grupos populacionais, não foi possível concluir se as políticas amenizaram ou atenuaram as diferenças. (BRAGANÇA e OLIVEIRA, 2005). Sri Lanka e Nigéria são dois exemplos de insucesso incontestável das ações afirmativas.

Como se pode ver, em diferentes países, adotam-se as ações afirmativas cada um de acordo com suas necessidades a fim de se acelerar o alcance da tão sonhada igualdade. Obviamente, em alguns deles, a má coordenação política e a situação estrutural da população, por vezes, não preparada para receber medidas tão radicais, resultaram em insucessos das mesmas, potencializando a discriminação.

É possível que a maior dificuldade de êxito das ações afirmativas seja seu mal planejamento, e má-fé, intencionando seu uso à satisfação de interesses políticos. Em virtude disso, as mesmas, mesmo quando não produzirem resultados esperados, tentem a não serem extintas, pois, uma vez implantadas, os governantes não se arriscam a limitá-las, e a população, especialmente a privilegiada, não entende os efeitos desastrosos gerados.

Cada vez mais, o caráter temporário dessas medidas, fica comprometido, em virtude dos interesses políticos dos administradores, o que as transforma (quando já não o são) em potenciais dispositivos discriminatórios, propensos à transformarem-se em geradores de desigualdade – e aqui não se fala da discriminação positiva, mas sim da discriminação injusta.

5 O ART. 35-A DA LEI Nº 11.977/2009 E OS SEUS EFEITOS EM RELAÇÃO À IGUALDADE DE GÊNERO

Em atenção ao problema social brasileiro do déficit habitacional, o Governo Federal criou o programa habitacional “Minha Casa, Minha Vida” no ano de 2009. No entanto, no ano de 2012, no dia 08 de março, a atual Presidenta, Dilma Rousseff, anunciou a Medida Provisória nº 561/2012, que, dentre outras novidades, inseriu na Lei nº 11.977/09, instituidora do PMCMV, o art. 35-A. Trazendo uma polêmica medida a respeito da titularidade do imóvel adquirido pelo programa, preferencialmente, destinando-o à mulher, em regra, por ocasião da separação, ou ao homem, quando este figurar como titular exclusivo da guarda dos filhos. Tal novidade fora bastante discutida em virtude de uma suposta violação ao princípio da igualdade, bem como de uma abusiva intervenção do Estado no domínio privado excluindo um bem da comunhão do casal.

5.1 A INSTITUIÇÃO DO PROGRAMA HABITACIONAL “MINHA CASA, MINHA VIDA”

É certo que uma das necessidades fundamentais de todo e qualquer ser humano para viver com dignidade é o acesso à moradia. Certamente, tal necessidade figura como verdadeiro sonho ao que iniciam uma vida com economia própria. Para as classes economicamente mais favorecidas, esta prioridade, com mais ou menos tempo passa de sonho à realidade. Para as classes desprovidas de recursos, a casa própria pode continuar a ser sonho durante toda a vida. E de “sonho frustrado” logo passa a ser problema social quando resulta em aumento dos moradores de ruas, construções irregulares ou progressão da favelização.

No ano de 2000, o direito à moradia foi inserido no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 26/00:

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

No entanto, muito antes, no ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos já reconhecia o direito à moradia digna como pressuposto para a dignidade da pessoa humana. E após esse ano, alguns tratados internacionais e a própria ONU têm reafirmado a obrigação dos Estados em prover a garantia desse direito. Por isso mesmo, a recepção desta disposição na Carta Magna brasileira, repercute no sentido de observar a eficácia, a auto aplicabilidade e a validade desta norma. Uma vez que estes direitos (MACHADO, 2010, p.56)

[...] se apresentam como direitos de crédito do cidadão, pois envolvem poderes de exigir comportamentos positivos do Estado, que é o sujeito passivo da obrigação de proporcionar ao cidadão saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, entre outros previstos na Constituição Federal.

Porém, facilmente, se pode perceber que o Estado não têm atendido a todos esses direitos, que, inclusive, são um rol apenas exemplificativo. Tais direitos sociais, quando postulados judicialmente, não raro, são limitados à reserva do possível, o que permite condicionar a prestação positiva do Estado aos seus limites orçamentários. Isso não significa que o Estado apenas estará obrigado à atender aos direitos fundamentais se contarem com recursos suficientes para isso, mas sim que deve-se observar o princípio da razoabilidade ao se exigir a sua efetivação. Acerca da reserva do possível (REIS, 2012. p. 64):

A reserva do possível é criação do Tribunal Constitucional alemão. Em decisão conhecida como *numerus clausus*, a Corte enfrentou demanda em que por não terem sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, ante uma política governamental de limitação do número de vagas no ensino superior público, baseados no art. 12 da Lei Maior daquele Estado, que assegurava a todos os alemães o direito de escolher livremente sua profissão. Ao decidir o caso, o Tribunal Constitucional afirmou que a prestação positiva buscada encontrava-se sujeita à reserva do possível, ‘no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade’.

No Brasil, visando satisfazer este direito constitucional à moradia, há alguns programas voltados à promoção da habitação popular. A primeira presidenta do Brasil eleita em 2010, com 56 milhões de votos, Dilma Vana Rousseff foi fundadora, juntamente com seu

marido, do Partido Democrático Trabalhista no Rio Grande do Sul, foi secretária da Fazenda do prefeito Alceu Collares em 1986, e Secretária Estadual de Minas, Energia e Comunicação em 1993, no Rio Grande do Sul. Em 2002 fora convidada por Luiz Inácio Lula da Silva para participar da equipe de transição entre o governo FHC (1995-2002) e Lula (2003-2010). Após eleito Presidente, Lula a convidou a ser Ministra de Minas e Energia. Em 2005, Dilma ocupou a chefia da Casa Civil e dirigiu alguns importantes projetos como o PAC (Programa de Aceleração do Crescimento) e o programa habitacional Minha Casa, Minha Vida. Sua candidatura fora oficializada em 13 de junho de 2010 para concorrer pelo Partido do Trabalhadores à Presidência da República. Eleita, é a autoridade máxima do Poder Executivo brasileiro desde 1º de janeiro de 2011 (ANDREUCCI, 2012). Desde seu discurso de posse, assumira, dentre outros compromissos, a busca pela igualdade de gênero. E durante o seu governo, trouxe algumas inovações neste sentido no programa outrora por ela dirigido, o “Minha Casa, Minha Vida”.

O programa habitacional “Minha Casa, Minha Vida”, que compreende o “Programa Nacional de Habitação Urbana” (PNHU) e o “Programa Nacional de Habitação Rural” (PNHR), fora instituído pela Lei 11.977 em março de 2009. Trata-se de um programa do governo federal, gerido pelo Ministério das Cidades e operacionalizado pela Caixa Econômica Federal, com vistas adquirir, construir e/ou requalificar imóveis urbanos e rurais a fim de garantir o acesso à moradia às famílias de baixa renda e fazer o Estado assumir sua responsabilidade de garantidor do bem-estar social das unidades familiares mais necessitadas. Em consonância com o que dispões o art. 23, IX, da Constituição Federal:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Em sua primeira fase, o PMCMV, possuía como meta a construção e aquisição de um milhão de moradias para famílias de renda mensal até R\$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais). Hoje, em sua segunda fase, a meta é de 2 milhões de unidades habitacionais para famílias com renda até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme informações do sítio do MDS. As famílias beneficiadas são indicadas pelos municípios ou governo estadual, ou distrital. E os imóveis são adquiridos por venda parcelada.

Durante a gestão da presidenta Dilma, a medida provisória nº 561/12, posteriormente convertida na lei ordinária nº 12.693/2012, trouxe inovações polêmicas ao programa. Algumas geraram dúvidas acerca da sua (in)constitucionalidade, dentre elas, a inclusão do art. 35-A a Lei nº 11.977/2009, cuja disposição gerou discursões sobre uma possível violação do princípio da igualdade, sobretudo da igualdade de gênero, sendo questões a seguir debatidas em seus pormenores.

5.2 O PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” E A APLICABILIDADE DO ART. 35-A DA LEI Nº 11.977/09

A inclusão na Lei nº 11.977/09 do art. 35-A decorreu da edição da medida provisória nº 561/2012, editada no Dia Internacional das Mulheres, e comunicada em TV aberta pela própria Presidenta. Na exposição de motivos da referida MP, enviada através da EM Interministerial nº 122, em 2 de agosto de 2011, a novidade é justificada pelas seguintes palavras:

24. Por fim, quanto às alterações efetuadas na Lei nº 11.977, de 2009, há que se destacar, ainda, a inclusão do art. 35-A que prevê que nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título da propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, 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, exceto nos casos em que haja filhos e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro.

25. A opção por essa medida legislativa vem sinalizar a importância que este governo tem dado à mulher nos programas sociais, especialmente enquanto chefe e centro de inúmeras famílias. Quarenta e sete por cento dos contratos da primeira etapa do Minha Casa, Minha Vida já foram assinados por mulheres.

O governo da primeira presidenta do país, fora, desde a posse, anunciado como uma gestão voltada para o combate às discriminações e a luta pela igualdade de gênero. Em verdade, a mulher tem sido beneficiada em alguns programas sociais federais, além do “Minha Casa, Minha Vida”, 93% dos benefícios do bolsa família são recebidos por mulheres (dados disponíveis no sítio do Ministério do Desenvolvimento Social). O governo entende que as mulheres priorizam a família e os filhos na aplicação da renda. Tais medidas, sem dúvidas, evidenciam certa preferência que o governo tem dado às mulheres, gerando muita discursão acerca de uma possível violação ao princípio constitucional da igualdade.

A redação original da lei já indicava a preferência do programa em ter como titular do imóvel a figura feminina da família, nos termos do art. 35:

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

Ocorre que, a inclusão pela MP 561/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.693/2012, que alterou a Lei nº 11.977/2009, trouxe a seguinte disposição com a inovação do art. 35-A:

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 oriundos 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. (Incluído pela Lei nº 12.693, de 2012)

Parágrafo único. Nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro, o título da propriedade do imóvel será registrado em seu nome ou a ele transferido. (Incluído pela Lei nº 12.693, de 2012)

Como explanado na Exposição de Motivos da MP 561/2012, na primeira fase do PMCMV, 47% dos imóveis adquiridos tem como titular a figura feminina. Logo, esta disposição, tem contribuído para que haja uma grande incidência da titularidade do imóvel constar no nome da mulher. Desta feita, há de se analisar os efeitos de sua aplicabilidade frente e as questões levantadas com pela inclusão, antes de se fazer uma apreciação acerca de sua constitucionalidade.

Primeiramente, muito se questiona acerca da completa inobservância do regime de comunhão de bens adotado pelo casal quando do momento da separação em relação ao imóvel adquirido através do programa “Minha Casa, Minha Vida”. Não existem dados que evidenciem o impacto causado apenas nas famílias participantes do programa, no entanto, em uma análise comparativa, pode-se utilizar os dados gerais do IBGE de 2011 acerca das escrituras de divórcio, por regime de bens do casamento, segundo o lugar da lavratura da escritura – 2011 (gráfico III do anexo):

Tabela 8 – Escrituras de divórcio, por tipo e regime de bens do casamento, segundo o lugar da lavratura da escritura - 2011

REGIME DE BENS	NÚMERO DE DIVÓRCIOS
COMUNHÃO UNIVERSAL	13.271
COMUNHÃO PARCIAL	61.446

SEPARAÇÃO	4.781
SEM DECLARAÇÃO	686
TOTAL	80.184

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2011 (Gráfico III do anexo).

De acordo com estes dados, baseados em informações coletadas em cartórios, e considerando apenas o casamento, e não a união estável (também afetada pelo art. 35-A da Lei nº 11.977/09) nem o divórcio não oficializado, a maior parte dos casamentos que se encerram por meio de divórcio no Brasil, são regidos pelo regime de comunhão parcial de bens (aproximadamente 76,7%), o que implicaria no fato de que todos os bens adquiridos na constância do casamento pertencem ao casal, e, em regra, deveriam ser divididos em caso de dissolução da sociedade conjugal em virtude de divórcio. No tocante à união estável, ainda que não existam dados oficiais, é possível afirmar que a quantidade deve ser ainda maior, uma vez que no Brasil, não há costume de se realizar contrato de união estável, e as mesmas, em geral, são informais, e como o regime de comunhão parcial de bens é o padrão quando não há disposição em outro sentido, compreende-se que, certamente, a grande maioria das uniões estáveis são regidas por tal regime.

Neste sentido, a aplicação do artigo em análise, implicaria no fato de que, na maioria esmagadora dos divórcios incidentes sobre famílias beneficiadas pelo PMCMV, a propriedade do imóvel seria destinada à mulher, quando não houverem filhos.

Em havendo prole, há de se considerar a guarda dos filhos após a separação. No Brasil, os dados divulgados pelo IBGE dos números de filhos menores de idade por responsável pela guarda dos filhos (2011), revelam as seguintes informações (gráfico VIII do anexo):

Tabela 9 – Número de filhos menores de idade, por responsável pela guarda dos filhos, segundo o lugar da ação do processo (Brasil) - 2011

RESPONSÁVEL PELA GUARDA	Nº DE FILHOS MENORES
MARIDO	12.679
MULHER	195.969
AMBOS OS CONJUGES	14.448
OUTRO	2.630
SEM DECLARAÇÃO	1.378
TOTAL	227.104

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2011.

Baseado em tais números, percebe-se que aproximadamente 86% dos filhos, ficam sob a guarda da mulher quando do divórcio, 6,37% ficam sob guarda compartilhada e apenas

5,59% ficam sob a guarda do pai. Levando-se em considerações estas proporções, percebe-se que, a hipótese do homem ficar com a propriedade do imóvel no caso da Lei nº 11.977/09, é ínfima, visto que para isto, ele deveria possuir a guarda exclusiva dos filhos, e, em dados gerais isto acontece com apenas 5,59% dos filhos menores. No caso de guarda compartilhada, a propriedade também, pela lei, fica com a mulher.

Nas unidades domésticas brasileiras, conforme dados de 2010 do IBGE, aproximadamente 61,3% dos domicílios tem como responsável o homem, enquanto destes, em 68,9%, ele é o único responsável. Já as mulheres são as únicas responsáveis nos domicílios em que figuram como responsáveis em 72,7% dos casos, como se pode observar:

Tabela 10 – Unidades domésticas brasileiras por sexo do responsável, 2010.

RESPONSÁVEL	TOTAL		
HOMEM	35.115.512	ÚNICO RESPONSÁVEL.....	68,9%
		COM MAIS DE UM REPOSNÁVEL.....	31,1%
MULHER	22.208.655	ÚNICO RESPONSÁVEL.....	72,7%
		COM MAIS DE UM RESPONSÁVEL.....	27,2%
TOTAL GERAL	57.324.167		

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Pelo que se pode verificar, nos lares onde o homem é o responsável é mais comum que o mesmo divida tal posição do que quando a mulher é a responsável, nestes casos, os dados indicam que é menos comum ela dividir tal encargo, figurando em uma proporção maior como a única responsável do domicílio.

Tais dados, embora não limitados ao público beneficiário do programa habitacional “Minha Casa, Minha Vida”, servem de base para analisar alguns aspectos atingidos pelo art. 35-A da Lei nº 11.977/09, e, mais que isso, para se observar as alterações sociais que poderão resultar de tais alterações, sobretudo no tocante às famílias de baixa renda, contempladas pelo programa.

Em suma, a partir da observância destes aspectos, nota-se que a maior parte dos casamentos no Brasil são realizados sob o regime de comunhão parcial, e em segundo lugar, comunhão universal. Lembrando que as uniões estáveis pátrias, em sua maior parte são informais, e que, na ausência de disposição expressa, o regime a elas adotado é o da comunhão parcial, de fato, sabe-se que o número das famílias (com cônjuges) brasileiras regidas por tal regime civil é bem maior. Esse fator indica que aos homens adquirentes de imóveis pelo PMCMV (indiferente é o regime de bens adotados no casamento ou união estável), não terão direito à parte alguma deste bem em caso de separação a não ser que sejam

os titulares exclusivos da guarda da prole, sem prejuízo da divisão do restante do patrimônio do casal.

Neste sentido, como se viu, o homem apenas fica com a guarda exclusiva dos filhos em 5,59% dos casos de divórcio, fator que torna mais remota a possibilidade dele ficar com o bem imóvel adquirido através do PMCMV. Nas hipóteses em que não houver prole e guarda compartilhada, a mulher é quem fica com a titularidade do bem.

Por fim, viu-se que, no Brasil, em 39,7% dos domicílios, a mulher fora apontada como responsável, e em 72,7% destes, a única responsável. O que demonstra dois fatos relevantes a serem observados. O primeiro é que já há menos pudor em se declarar a mulher como responsável pelo lar, informação que há décadas atrás não seria revelada com tamanha naturalidade (e ainda hoje nem sempre o é). O segundo é que a mulher já está próxima a alcançar a paridade no sentido de ser a figura responsável nos domicílios, e estes números são crescentes.

Através do sistema eletrônico de serviço de informações ao cidadão (e-SIC) em resposta à solicitação informação direcionada para a presente pesquisa científica, já foram comercializadas (contratadas com a pessoa física) pela CAIXA em todo o PMCMV e em todas as modalidades e faixas do programa 1.546.108 unidades habitacionais (UH). Destas, 774.546UH foram comercializadas com titular do sexo masculino e 771.562UH foram comercializadas com titular do sexo feminino (gráfico IX do anexo). Tal informação indica que 49,9% das unidades habitacionais foram comercializadas em nome da mulher.

5.3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-A DA LEI Nº 11.977/2009

Como visto, as alterações trazidas pela MP nº 561/2012 na Lei nº 11.977/2009 causaram uma certa polêmica acerca de sua constitucionalidade especialmente no tocante à suposta relativização da liberdade de escolha dos regimes no casamento (art. 1640, parágrafo único, CC) e violação do princípio constitucional da igualdade.

O art. 35-A da Lei nº 11.977/2009 assim dispõe:

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. (Incluído pela Lei nº 12.693, de 2012) (sem grifos no original)

Esta disposição traz a seguinte problemática: no caso do imóvel adquirido pelo PMCMV, em havendo separação, o regime de comunhão aplicável ao casal não será observado, e o imóvel deve ser registrado em nome da mulher ou à ela transferido, exceto pela regra do parágrafo único adiante analisado.

No âmbito civil, esta é a principal consequência do artigo acrescido na lei. E a discussão, nesse caso, gira em torno dos princípios do direito de família no tocante ao regime de bens, especialmente do princípio da liberdade de escolha. Tal princípio rege que deve ser livre aos nubentes a escolha do regime de bens que melhor lhe aprouver em virtude da autonomia privada, não devendo o Estado, em regra, intervir na relação patrimonial do casal.

Neste caso, o Estado não está intervindo na escolha do regime de bens, mas relativizando sua aplicação, excluindo um bem imóvel da comunhão. Para a lei, pouco importa se o casal escolheu o regime de comunhão parcial (regra no Brasil, e regime legal), total, separação, ou qualquer outro, trazendo o destino dado ao imóvel no caso de dissolução do casamento ou união estável de pronto, sem destiná-lo à meação entre o casal. Portanto, considerando a disposição do artigo 35-A, exacerbada intervenção do Estado na autonomia privada não compatível com a Constituição Federal Brasileira e, portanto, inconstitucional.

Doutro lado, sabe-se que a escolha dos regimes de bens do casamento e união estável não são absolutos. Prova disto são as inúmeras condições trazidas pelo próprio Código Civil que relativizam esta escolha, exemplarmente, o art. 1.641, CC, que impõe o regime de separação em determinados casos. Ademais, é radical dizer que o Estado estaria intervindo na escolha do regime de bens, em verdade ele apenas está condicionando a divisão de um único bem, qual seja, o imóvel habitacional adquirido através do PMCMV, sem prejuízo da convencional divisão dos demais bens que o casal eventualmente possuam. Esta medida não é isolada, uma vez que o Código Civil também relativiza em vários dispositivos as regras dos regimes de bens, como é o caso dos arts. 1.642 e 1.643, CC. De fato, em regra, não deve o Estado intervir na autonomia privada, exceto havendo um relevante motivo amparado por norma (GAGLIANO E PAMPLONA, 2011), e nada obsta que este possa ser considerado um desses casos.

E ainda, o bem tutelado não é qualquer bem, mas aquele considerado a base de toda unidade familiar, independentemente de sua renda: o imóvel residencial. Este artigo protege o

lar, o reino das famílias, portanto, protege a própria família, estando em consonância com o art. 226 da Constituição Federal. Semelhante intenção teve o legislador ao criar a proteção dada ao bem de família (art. 1.714 e seguintes, CC), tornando-o impenhorável e inalienável, ou quando considerou a casa o asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI, CF). Ao se proteger o lar, se protege o cidadão, cuida-se do princípio da dignidade da pessoa humana, tutela-se, sobretudo, à família dando-lhe o direito e a condição de se desenvolver garantindo-lhe a imprescindível necessidade do direito à habitação. Aliás, o direito à moradia é um direito social constante na Constituição Federal no *caput* do art. 6º da mesma. Utilizando-se desse raciocínio, se extrai que, no âmbito do argumento referente à interferência exacerbada do Estado na autonomia privada, não há no art. 35-A da Lei nº 11.977/09, indícios de inconstitucionalidade, pois, como assegura a Carta Magna:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Claro, deve-se considerar o art. 5º, XXXVI, CF, a fim de assegurar a segurança jurídica e a paz social, de maneira que a lei deve observar, nos termos do referido artigo:

Art. 5º. [omissis]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Nestes termos, devem ser ressalvados os contratos do Programa “Minha Casa, Minha Vida” realizados anteriormente à publicação da MP nº 561/12, responsável pela instituição dessas novas medidas, sob pena de pôr em risco a segurança jurídica e de lesar os direitos dos contratantes, estipulando cláusulas não existentes por hora da celebração do contrato.

Ao se falar da (in)constitucionalidade do art. 35-A da Lei nº 11.977/09, o principal argumento invocado é a suposta violação ao princípio da igualdade, princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio. O porquê logo se pode perceber através da leitura do artigo:

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. (Incluído pela Lei nº 12.693, de 2012)

Parágrafo único. Nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro, o título da propriedade do imóvel será registrado em seu nome ou a ele transferido. (Incluído pela Lei nº 12.693, de 2012) (sem grifos no original).

Este artigo contempla à mulher, preferencialmente, a titularidade do imóvel adquirido pelo PMCMV, que não envolvam recursos do FGTS, em caso de separação. A exceção seria no caso do homem ficar com a guarda exclusiva dos filhos. Ou seja, a mulher ficará com a casa se ficar com a guarda exclusiva dos filhos, se a guarda for compartilhada, se a guarda for de terceiros ou se o casal não tiver filhos.

Neste sentido, questiona-se se não estaria havendo uma violação ao princípio da igualdade, uma vez que aduz o texto constitucional repetidas vezes que homens e mulheres são iguais perante a lei em seus direitos e obrigações (art. 5º, *caput*, CF; art. 5º, I, CF), inclusive ressaltando esta igualdade no âmbito familiar (art. 226, § 5º, CF). Desta feita, o legislador, ao preferir a mulher como titular do imóvel estaria violando frontalmente o princípio da igualdade e desfavorecendo o homem ao beneficiar a mulher.

Ocorre que já não mais vigora este pensamento precipitado acerca do princípio da igualdade. Hoje, prevalece o princípio da igualdade na perspectiva aristotélica, qual seja, devendo-se tratar os iguais com igualdade e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades. A igualdade não mais se limita à inclusão no texto legal da frase “todos são iguais perante a lei”. Neste sentido, o Brasil, em 2002, através do Decreto nº 4.377/02, promulgou a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres das Nações Unidas, que em seu art. 4º assim aduz:

Artigo 4º

1. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.
2. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinadas a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória.

As referidas medidas especiais mencionadas são as chamadas “ações afirmativas”, ações governamentais (ou privadas) que promovem a igualdade real através do favorecimento

de grupos hostilizados histórica e culturalmente a fim de que estes estejam em condições de atingir a igualdade.

A medida implantada pelo art. 35-A da Lei nº 11.977/09 é, pois uma ação afirmativa. A mulher foi vítima de discriminação desde o início dos tempos em praticamente todas as civilizações, com mais ou menos intensidade, e até hoje, os reflexos desta cultura perduram. Portanto, grande número de países se utilizam dessas ações na tentativa de promover a igualdade de gênero.

No tocante ao artigo em comento, o governo leva em conta ainda, a posição da mulher no seio familiar na condição de guardiã do lar. E assim o entende pelos dados apontados nas pesquisas do IBGE, por exemplo, que demonstram que as mulheres, em regra, são as responsáveis pela guarda dos filhos em caso de separação, apontando que 86% dos filhos menores ficam exclusivamente com as mães, enquanto apenas aproximadamente 5.59% ficam exclusivamente com os pais (vide gráfico VIII do anexo). Ademais, pela observação da cultura, o que ocorre no Brasil é que, a mulher geralmente emprega sua renda no lar e nos filhos, motivo pelo qual 93% dos benefícios concedidos pelo Bolsa Família são recebidos pela mulher, segundo dados do MDS. Nesta esteira, o governo tem se utilizado da mãe de família para assegurar a melhor destinação dos benefícios concedidos em prol do desenvolvimento social.

Além do mais, é importante também lembrar que o art. 35-A da Lei nº 11.977/09, atinge as famílias de baixa renda no Brasil, geralmente marginalizadas e carentes de instrução, o que resultam em famílias com muitos membros, nos quais os trabalhos femininos, em sua maioria são informais, o que dificulta a comprovação de renda das mães e, conseqüentemente, seu acesso ao crédito para viabilizar a compra de uma casa. Por esse motivo, apesar de toda a preferência da lei em ter a mulher como titular do imóvel, ainda, apenas metade da 49,9% das unidades habitacionais foram comercializadas em nome desta (e-SIC, dados recebidos por solicitação pessoal).

Assim sendo, em um estudo mais profundo e humano do art. 35-A da Lei nº 11.977/09, abstendo-se de observar o casamento ou a união estável apenas sob o ponto de vista contratual e voltando o olhar para o que há por trás desse contrato: a unidade basilar mais importante de qualquer nação – a família. Logo se percebe que as inovações trazidas por este artigo não são infundadas, mas baseadas no retrato da sociedade brasileira e voltada para o fim do melhor desenvolvimento e proteção da familiar, sob o amparo da legislação e Constituição pátrias, sem ferir, principalmente, qualquer postulado constitucional, mas

obedecendo à alguns dos poderes-deveres do Estado, quais sejam: a promoção da igualdade e a proteção da família.

6 CONCLUSÕES

Durante a construção da pesquisa, buscou-se analisar aspectos relevantes acerca da propriedade, família e do princípio da igualdade, afim de colher os elementos necessários para o estudo do art. 35-A da Lei nº 11.977/09, lei do programa habitacional “Minha Casa, Minha Vida”.

A partir do estudo da propriedade, percebeu-se que a mesma já não é tomada pelo pensamento que lhe concede um aspecto absolutista, mas que, hoje, com a evolução do direito, entende-se que o direito à propriedade está vinculado ao cumprimento da função social da mesma. Limitando assim o exercício deste direito privado ao interesse público. A exemplo do que acontece com o bem de família, no caso do imóvel adquirido pelo “Minha Casa, Minha Vida”, a finalidade da propriedade, neste caso é a proteção da unidade familiar.

Acerca da família, foi necessário seu estudo sob dois aspectos. Primeiro, com a análise das mudanças ocorridas nos núcleos familiares, percebeu-se que aquela família numerosa composta de pai, mãe, filhos e parentes agregados, na qual a mãe dedicava-se aos trabalhos domésticos e o pai saía para trabalhar em busca do sustento da casa, já não mais predomina. Aliás, estereótipo algum é capaz de descrever a família dos tempos hodiernos. O conceito de família ampliou-se, resultado da atenção do direito às mudanças sociais. Hoje se reconhece novas composições familiares, a exemplo a monoparental, união estável e a homoafetiva.

Além de sua composição, a família também mudou no tocante ao papel exercido por seus membros. Com base em dados do IBGE foi possível se perceber que, cada vez mais, a mulher tem se tornado a responsável pelas famílias, enquanto a quantidade de homens nessa posição tem diminuído. O segundo aspecto a ser observado é no tocante aos regimes de bens aplicados no casamento e união estável. Como se viu, suas características principais são a liberdade de escolha, a variabilidade e a mutabilidade. No entanto, viu-se que há várias limitações legais para estes princípios, de maneira que pode-se extrair que a liberdade, variabilidade e mutabilidade não são absolutos. A partir de dados do IBGE apurou-se a proporção de divórcios realizados no Brasil segundo o regime de bens, de onde se concluiu que a maior parte corresponde aos regimes de comunhão parcial e total.

Sobre a mulher, foi necessário buscar dados históricos que comprovassem a condição desprivilegiada da mesma, partindo inicialmente de sua história nas civilizações antigas, verificando-se que desde então já havia uma destinação voltada apenas à reprodução e serviços domésticos, sendo-lhe talhado o direito ao trabalho externo, a participação política e

até mesmo, a vida social. Com mais ou menos intensidade, estas características foram comuns em todas as civilizações antigas, com exceção do Egito. Logo mais, houve um estudo acerca da evolução dos direitos da mulher, limitado à seara brasileira, no qual percebeu-se que, com muita luta a mulher tem alcançado direitos crescentes, e a Constituição Federal de 1988 foi um marco nestas conquistas. As adesões do Brasil à algumas convenções internacionais, a exemplo da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, também significam grandes avanços no combate à desigualdade e demonstram que este problema é recorrente em vários países, uma vez que a inferiorização da mulher é resultado de hábitos milenares incapazes de serem desconstruídos rapidamente.

Sobre a mulher, ainda foi essencial para os fins da pesquisa analisar sua condição no mercado de trabalho e na família. Naquele, percebeu-se que é crescente a presença da mulher, no entanto, os dados do IBGE ainda comprovam que elas ainda ganham menos que os homens se forem comparados os mesmos ramos de atividades, ademais, notou-se que há a formação dos chamados “guetos femininos” que são as atividades nas quais predominam a presença feminina. No Brasil, eles ocorrem especialmente nos exercícios domésticos e administração pública, e mesmo aí, os salários masculinos são superiores. Quanto às famílias, observou-se que tem crescido o número de mulheres responsáveis pelo lar, mesmo na presença do cônjuge. Sob tais aspectos, foi possível se concluir que, em reflexo da história das mulheres, até os dias atuais nota-se um cenário de discriminação contra as mesmas. Não obstante os inegáveis avanços ela ainda é prejudicada no mercado de trabalho, enquanto, doutra feita, cada vez mais ela tem assumido a posição de responsável pela família, constituindo assim, uma situação de contradição, e evidenciando que, por tudo isso, são justificáveis as proteções à ela concedidas por alguns dispositivos legais e políticas públicas.

Tendo em vista tal cenário, fez-se mister fazer algumas considerações acerca do princípio da igualdade, principalmente a perspectiva por ele assumida após a Carta de 1988. Com base nesta análise, viu-se que a igualdade deve ser observada sob a óptica Aristotélica que aconselha a busca pela igualdade real a partir de se conferir tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Neste cenário viu-se que os direitos fundamentais vem sendo, cada vez mais, voltados às especificidades do ser humano, conferindo à ele o direito de ser diferente. E, assim, indissociável foi o assunto das ações afirmativas, restando comprovado a partir do estudo que as mesmas são um meio hábil de promoção da igualdade e proteção à dignidade da pessoa humana. E que a Constituição Federal do Brasil, bem como todo o ordenamento jurídico pátrio não só as permite como incentivam sua criação.

No entanto, a partir do estudo histórico das ações afirmativas, bem como sua aplicação em países outros, logo se percebeu que é comum os Estados se valerem delas em busca da igualdade, mas que ao mesmo tempo, é preciso cautela e responsabilidade no seu uso. Sobretudo é necessário planejamento e um estudo para sua implantação, a fim de que elas não virem instrumento de políticas populistas e sejam utilizadas com fins unicamente eleitorais, passíveis de gerar um verdadeiro caos social.

Por fim, claro, foi necessário o aprofundamento acerca do Programa Habitacional “Minha Casa, Minha Vida”, sobretudo do seu artigo 35-A da Lei nº 11.977/09, objeto do presente trabalho, que gerou certa polêmica acerca de uma suposta violação ao princípio da igualdade. Ao se estudar a implantação do programa e o impacto causado na estrutura familiar, notou-se que, de fato, em relação à família houve uma relativização do regime de bens aplicável ao casal, excluindo o imóvel adquirido através do programa da comunhão, em caso de separação, beneficiando a mulher, preferencialmente, para figurar como titular, como regra, ou o homem, excepcionalmente, nos casos em que este ficar com a guarda exclusiva dos filhos.

No tocante aos regimes de bens, pelo estudo do próprio código civil, logo viu-se ser comum algumas disposições que limitem a plenitude dos regimes de bens aplicáveis aos casais, sendo perfeitamente possível a hipótese do art. 35-A da Lei nº 11.977/09 no tocante à tal aspecto, em nada ferindo o ordenamento jurídico pátrio. Doutra feita, a principal crítica diz respeito à suposta violação ao princípio constitucional da igualdade. No entanto, por tudo que foi visto, logo se conclui que, sob o ponto de vista que hoje predomina acerca deste princípio, comungado com a posição desprivilegiada da mulher na sociedade, que a figura feminina pode, perfeitamente figurar como titular de ações afirmativas implantadas pelas políticas públicas. Ademais, o maior fito deste artigo não é a proteção à mulher, mas sim a proteção à família, tanto é que o parágrafo único garante ao bom pai de família, titular exclusivo da guarda dos filhos, o direito à titularidade do imóvel, evidenciando que a proteção do Estado refere-se à família. O Governo confere a mulher a titularidade preferencial pois, como demonstrado pelos dados do IBGE, na maioria dos casos é ela que fica com a guarda dos filhos, havendo separação, e também, porque entende que a mulher emprega seus recursos privilegiando os filhos e o lar, elegendo a mesma como guardiã da família.

Assim sendo, restou comprovada a constitucionalidade do artigo 35-A da Lei nº 11.977/09. Pois, como foi demonstrado, tal medida não configura violação ao princípio da igualdade, mas sim a promoção da igualdade material de maneira positiva, que consiste

também na realização de políticas públicas denominadas ações afirmativas, favorecendo grupos prejudicados a fim de que estes tenham possibilidades de se igualar aos demais. Aliás, comprovou-se que a mulher preenche os requisitos para ser titular destas medidas, tendo em vista a discriminação histórico e cultural que até hoje deixa marcas na vida social feminina.

Por fim, em virtude da função social da propriedade, que no caso do PMCMV, comprovou-se que é a proteção da família, concluiu-se ser perfeitamente possível a exclusão do imóvel adquirido da comunhão do casal, restrição essa que não é inédita na legislação brasileira, vez que, não raro, há restrições no direito de propriedade em virtude de bens maiores tutelados pelo Estado. Desta feita, em linhas gerais, verificou-se a consonância do art. 35-A da Lei nº 11.977/09 com a Constituição Federal de 1988 e todo o ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ALBERTI, Verena. **A existência na história**: revisão e riscos da hermenêutica. Revista de estudos históricos, Rio de Janeiro: CPDOC, nº 17.

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jaqueline. **O que é feminismo**. 8. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. **Igualdade de gênero e ações afirmativas**: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras: pós Constituição Federal de 1988. São Paulo: LTr, 2012.

ARRUDA, Paula (cord). **Questões em Debate**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ASSIS, Olney Queiroz; FREITAS, Márcia. **Tratado de direito de família**: Interpretação doutrinária, jurisprudência comentada, Legislação referenciada e prática processual. 1 ed. São Paulo: Primeira Impressão, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRAGANÇA, Maria das Graças Viana; OLIVEIRA, Zélia Maria Freire de. SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa pelo mundo**: um estudo empírico. Disponível em <<http://www.slideshare.net/joaomaria/sowell-thomas-ao-afirmativa-pelo-mundo-um-estudo-emprico-editora-univercidade-2005>>. Acesso em 19/07/2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 de março de 2013.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 7 de maio de 2013.

_____. Exposições de motivos da MP nº 561, de 2 de agosto de 2011. **EM Interministerial nº 122**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Exm/EMI-122-MF-MCT-MDIC-Mpv540.htm>. Acesso em: 06 de junho de 2013

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 de março de 2013.

_____. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Acesso em: 22 de março de 2013

_____. Lei nº 12.722, de 3 de outubro de 2012. Altera as Leis nos 10.836, de 9 de janeiro de 2004, 12.462, de 4 de agosto de 2011, e 11.977, de 7 de julho de 2009; dispõe sobre o apoio financeiro da União aos Municípios e ao Distrito Federal para ampliação da oferta da educação infantil; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12722.htm#art15>. Acesso em: 22 de março de 2013

_____. Medida Provisória nº 561, de 8 de março de 2012. Altera as Leis no 12.409, de 25 de maio de 2011, no 11.578, de 26 de novembro de 2007, no 11.977, de 7 de julho de 2009, e no 10.188, de 12 de fevereiro de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 de março de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/561.html>. Acesso em: 8 de março de 2012

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0377.htm>. Acesso em 13 de maio de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS - AG: 70039929526 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 13/01/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: **Diário da Justiça do dia 20/01/2011**. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22896316/agravo-de-instrumento-ag-70039929526-rs-tjrs>. Acesso em 12 de maio de 2013

_____. Tribunal de Justiça de Sergipe. **TJ-SE** - AC: 2012212773 SE , Relator: DESA. MARIA APARECIDA SANTOS GAMA DA SILVA, Data de Julgamento: 07/08/2012, 1ª.CÂMARA CÍVEL. Disponível em: < <http://tj->

se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22064102/apelacao-civel-ac-2012212773-se-tjse>. Acesso em 14 de maio de 2013

BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. **O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

CARDOSO, Ciro Flamarion. **Algumas visões da mulher na literatura do Egito faraônico** (II milênio a.C.). História, São Paulo, v. 12, 2001.

CAVALCANTI, Guilherme Viana. **A acepção contemporânea do princípio da igualdade à luz da Constituição da República de 1988**. Meritum – Belo Horizonte – v. 4 – n. 2 – p. 237-254 – jul./dez. 2009.

COSTA, José Rubens. **Síntese Histórica da Propriedade Imóvel**. RF, Rio de Janeiro: Forense, n. 259, 1977.

CRUZ, L. F. F. M. **Ações Afirmativas e o princípio da igualdade**. 2011. 127f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

DOBB, Maurice. **A Evolução do Capitalismo**. São Paulo: Zahar, 1986.

DUBY, Georges; PERROT, Michelle. **História das mulheres: a Idade Média**. Porto: Afrontamento, 1990.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade e do Estado**. Lisboa: Presença, 1976.

FARIA, Helena Omena Lopes de et MELO, Mônica de. **Convenção sobre Todas as Formas de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. In: Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** vol. VI: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Roseli. **Bravas Mulheres do bolsa família**. Sala de Imprensa MDS, 04/03/2011. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/noticias-1/2011/marco/bravas-mulheres-do-bolsa-familia>>. Acesso em 03 de agosto, 2013

GOLDMANN, Lucien. **Ciências Humanas e Filosofia**. São Paulo: Difel, 1974.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 5: Direito das Coisas**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.

_____. **Diretoria de pesquisas, coordenação de população e indicadores sociais**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.

_____. **Estatísticas do registro civil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.

_____. **Pesquisa mensal de emprego**. Rio de Janeiro: IBGE, 2009.

_____. **Pesquisa nacional de amostra de domicílios**. Rio de Janeiro: IBGE, 2008.

KIKUNAGA, Marcus Vinicius. **Direito de Família e a Afetividade no Século XXI**. Revista Jurídica Consulex. Ed. nº 378, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIGOCKI, M. S. L. (Coord.), LIBARDONI, M. (Coord.). **Discriminação Positiva – ações afirmativas em busca da igualdade** - 2 ed. São Paulo: CFEMEA/ELAS, 1996.

LIMA Jr., Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MACHADO, A. C. da C. (Org). **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri, SP: Manole, 2010.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Disponível em: <<http://www.paulomascarenhas.com.br/ManualdeDireitoConstitucional.pdf>>. Acesso em 09/08/2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Marco Aurélio de. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência**. São Paulo: LTr, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERROT, Michelle. **Minha história de mulheres**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

PINHEIRO, Ralph Lopes. **História Resumida do Direito**. 10 ed. Rio de Janeiro: Thex, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REIS, Wanderlei José dos. **O princípio da reserva do possível, o mínimo vital e a efetividade dos direitos sociais no Brasil**. Revista Jurídica Consulex. Ano XVI. Nº 370. 15 de junho de 2012. Editora Consulex.

SANTOS, Arthur Pio dos. **Da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária**. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de Pernambuco. Pernambuco, 1971.

SISTEMA DE ACESSO A INFORMAÇÃO. **Pedido respondido [mensagem pessoal]**. Mensagem recebida por <nao-responder.esic@cgu.gov.br> em 15 de agosto de 2013.

STROZAKE, Juvelino José (Org). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

THOMASSET, Claude. **Da natureza feminina**. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle. História das mulheres: a Idade Média. Porto: Afrontamento, 1990.

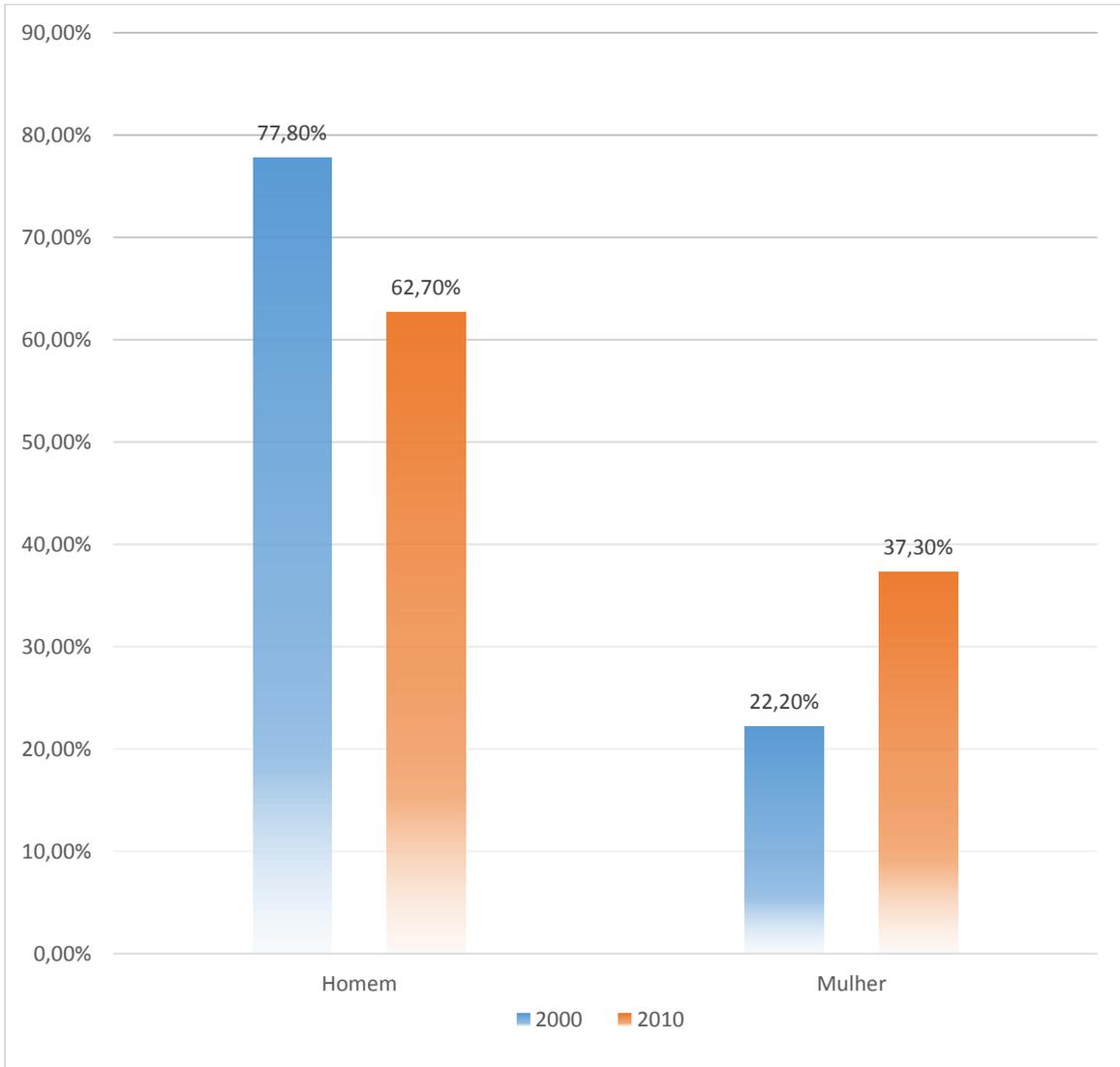
VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Jair Lot. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. Jair Lot. **Código De Hamurabi - Lei Das XII Tábuas - 3 Ed.**. São Paulo: Edipro, 2011.

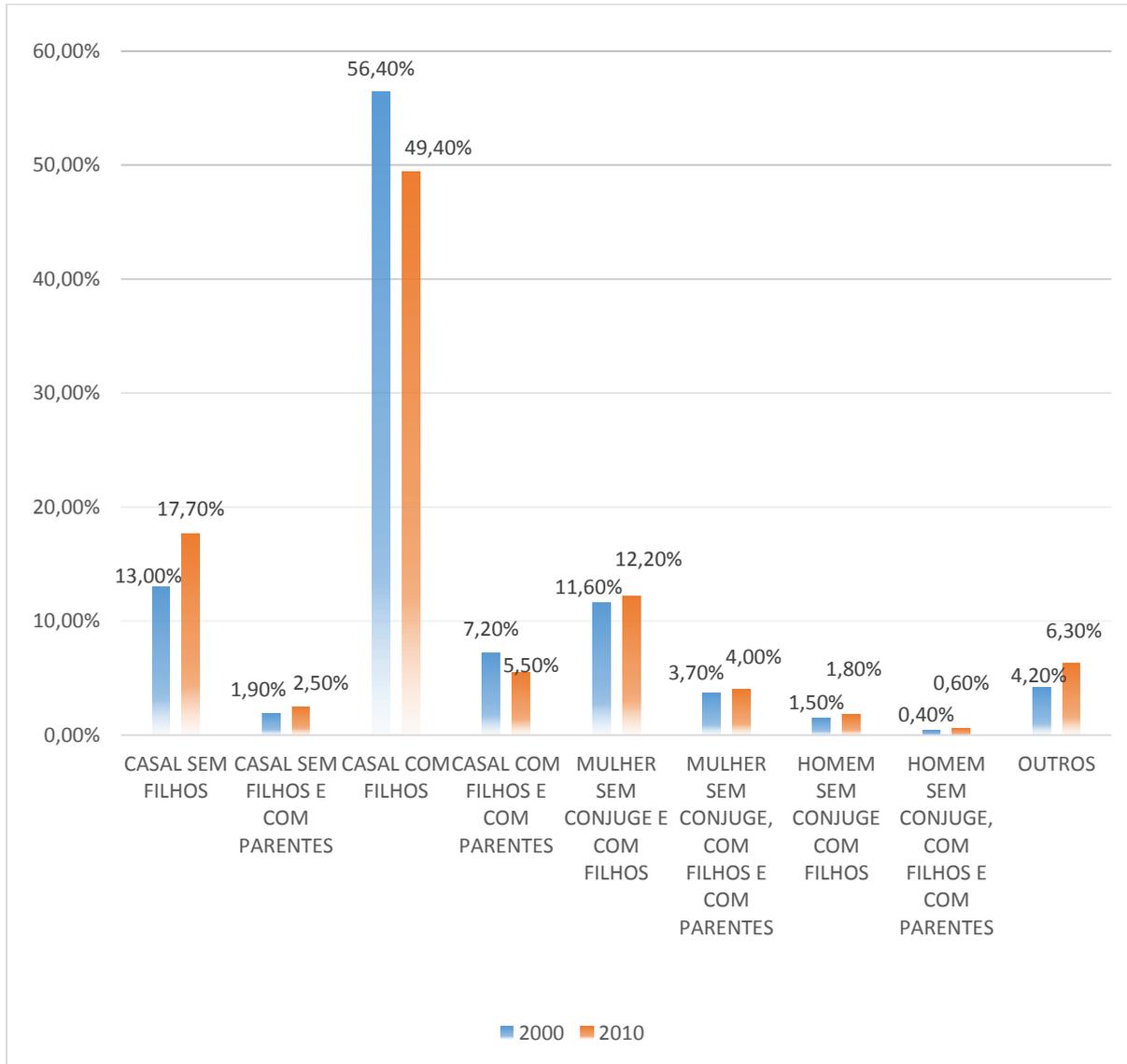
ANEXOS

**GRÁFICO I – PROPORÇÃO DE FAMÍLIAS ÚNICAS CONVIVENTES PRINCIPAIS
POR SEXO DO RESPONSÁVEL – BRASIL 2000-2010.**



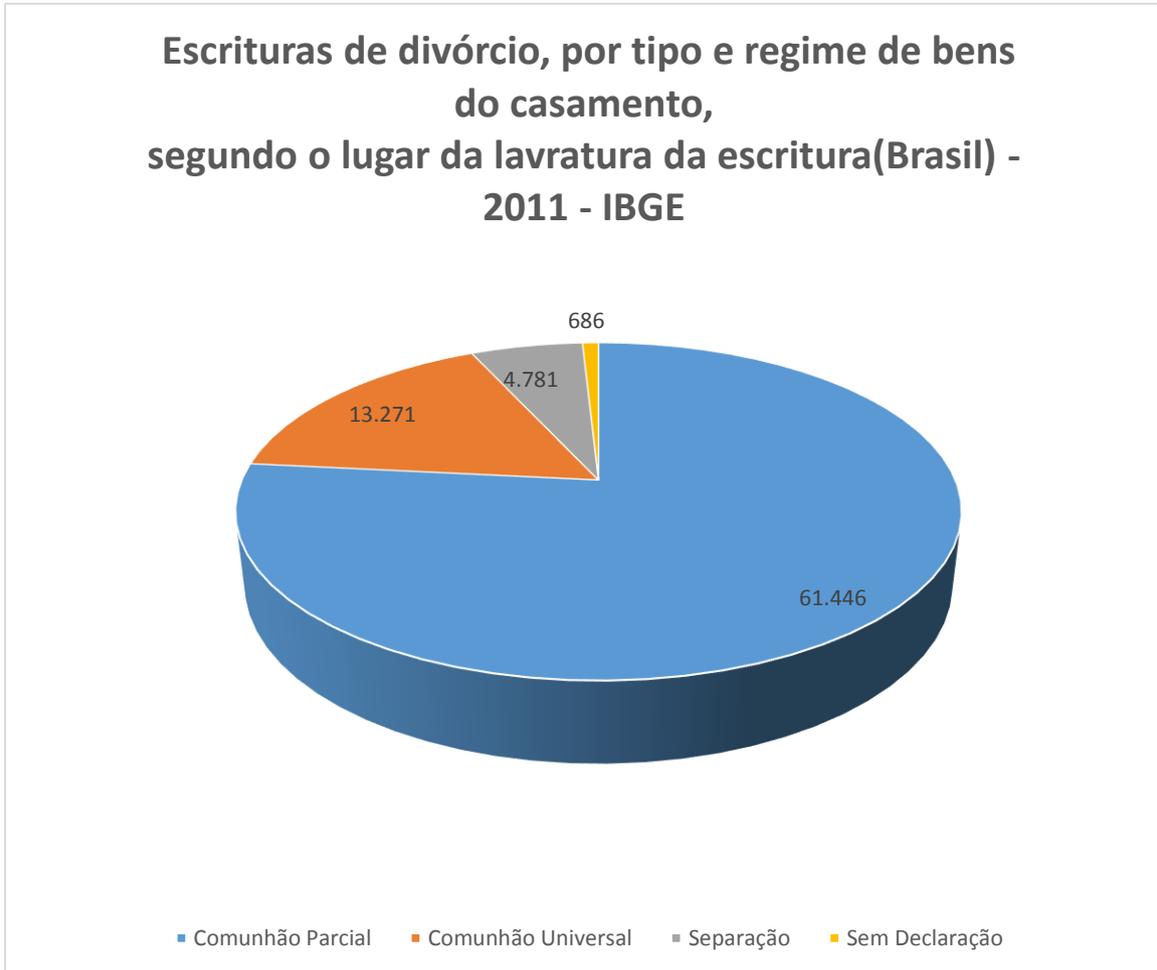
*Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000/ 2010

**GRÁFICO II – DISTRIBUIÇÃO DAS FAMÍLIAS ÚNICAS E CONVIVENTES
PRINCIPAIS POR TIPO – BRASIL 2000/2010.**



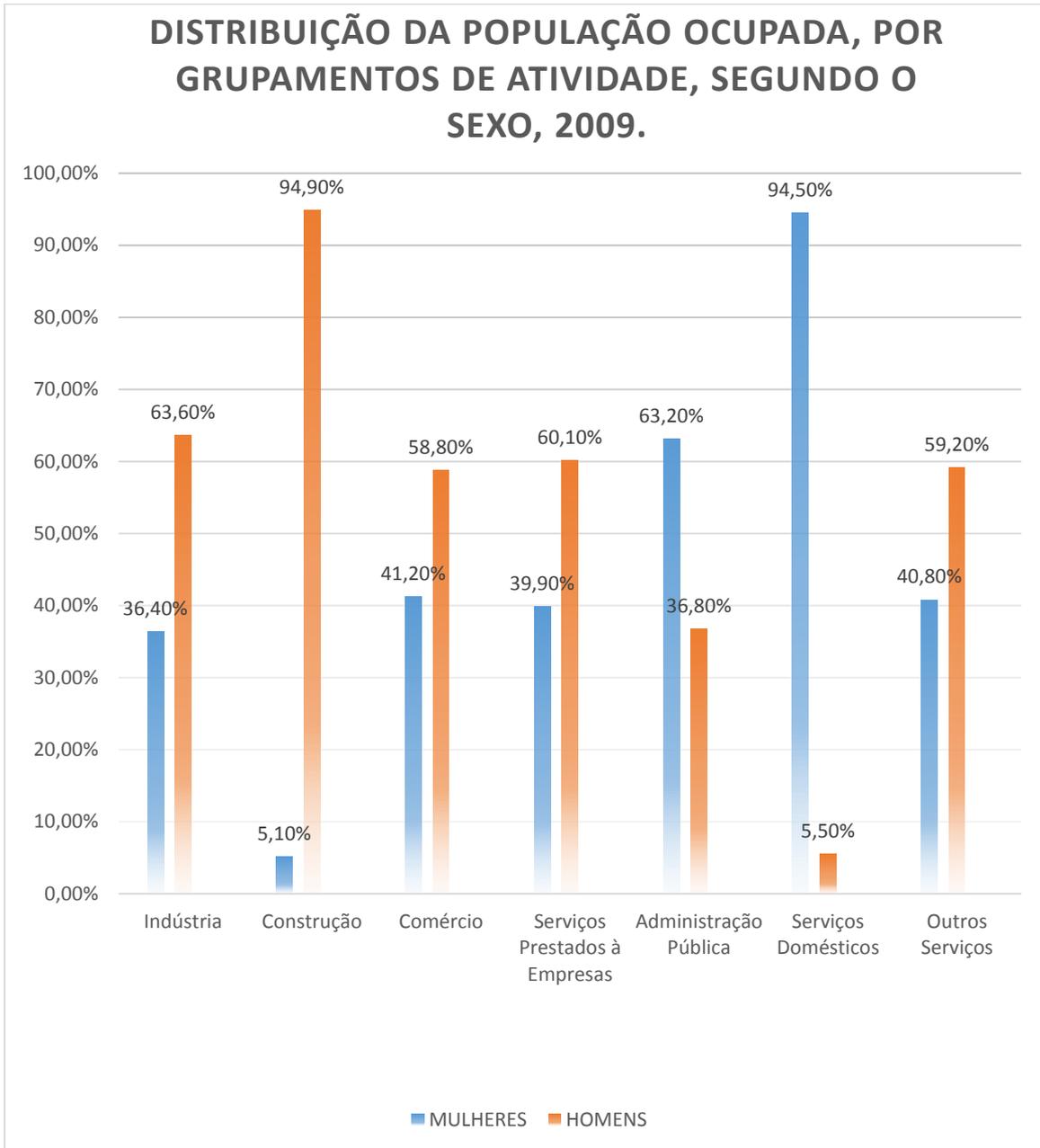
*Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000/ 2010

GRÁFICO III - ESCRITURAS DE DIVÓRCIO, POR TIPO E REGIME DE BENS DO CASAMENTO, SEGUNDO O LUGAR DA LAVRATURA DA ESCRITURA – 2011, IBGE



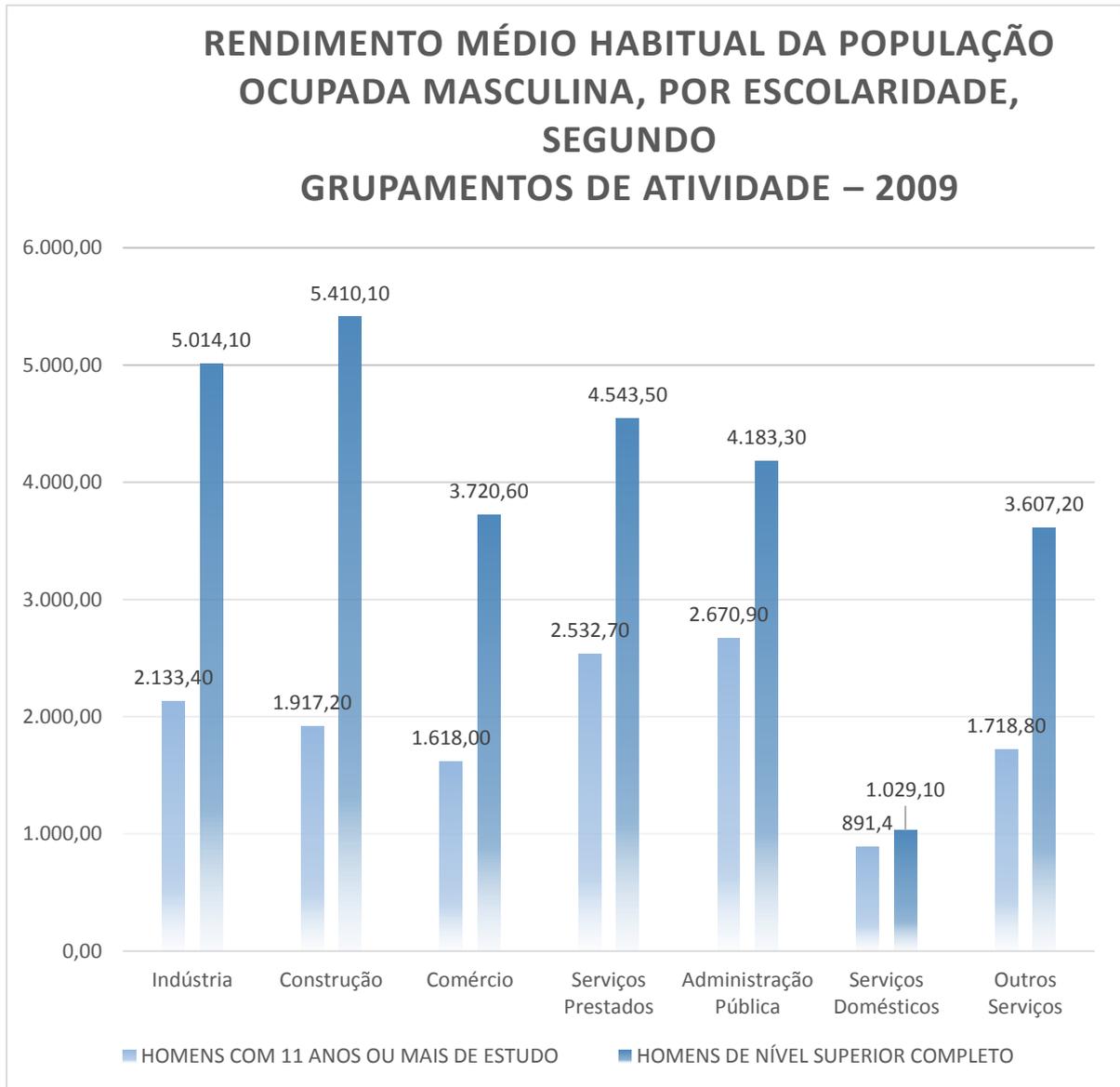
* Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2011

GRÁFICO IV - DISTRIBUIÇÃO DA POPULAÇÃO OCUPADA, POR GRUPAMENTOS DE ATIVIDADE, SEGUNDO O SEXO. 2009.



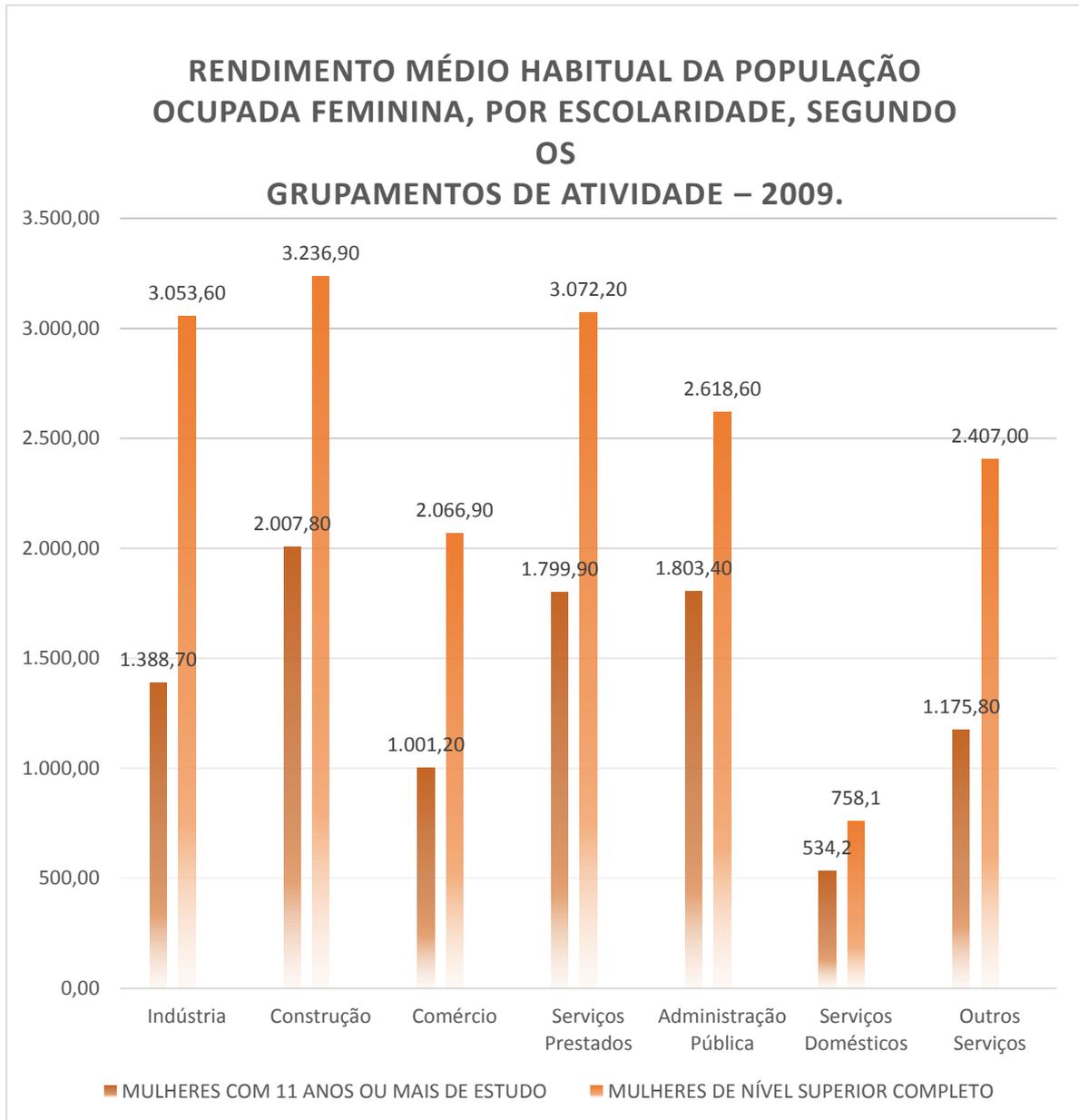
*Fonte: IBGE, Pesquisa Mensal de Emprego (PME), ano de 2009.

GRÁFICO V - RENDIMENTO MÉDIO HABITUAL DA POPULAÇÃO OCUPADA MASCULINA, POR ESCOLARIDADE, SEGUNDO GRUPAMENTOS DE ATIVIDADE – 2009



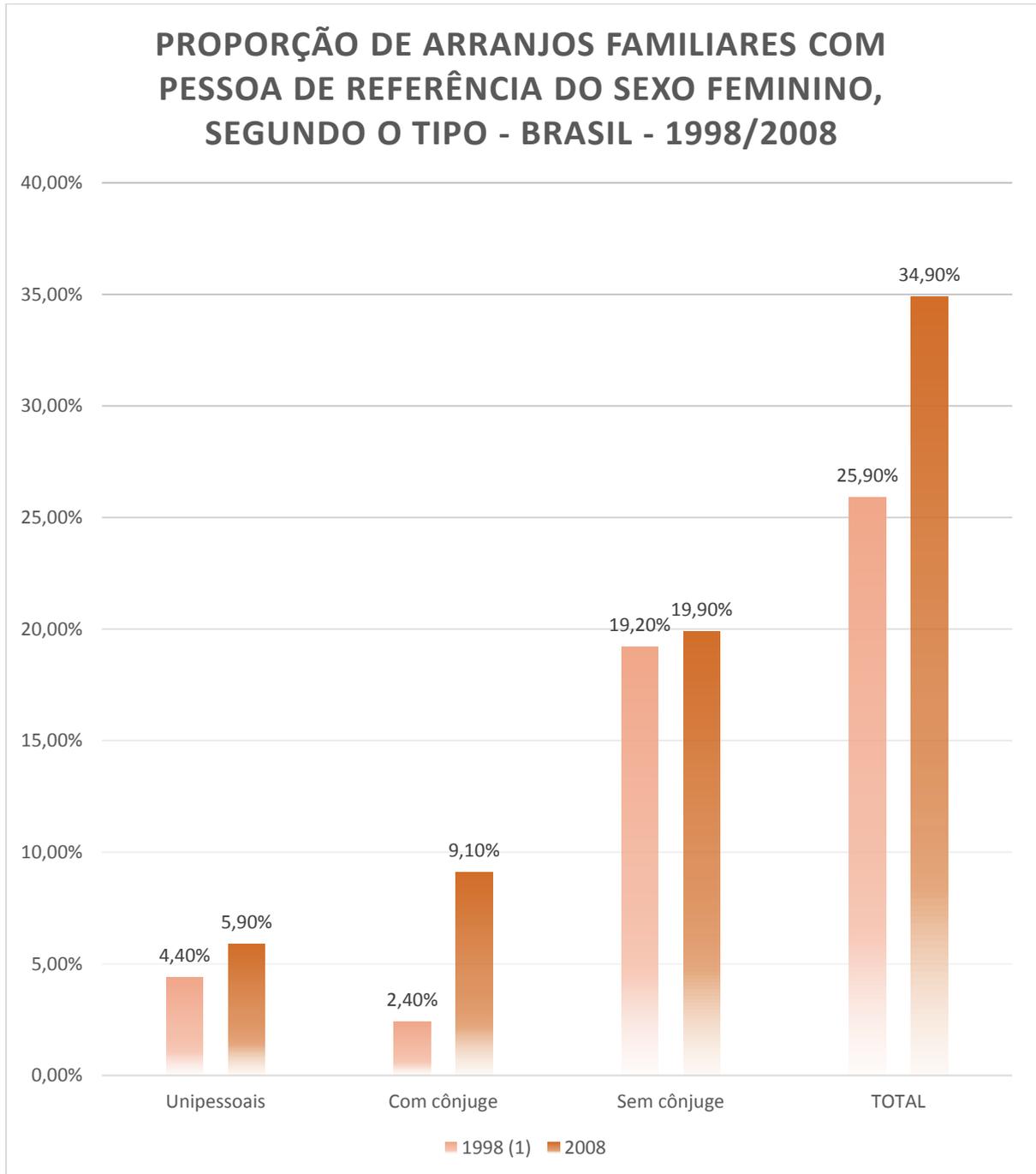
*Fonte: IBGE, Pesquisa Mensal de Emprego (PME), ano de 2009.

GRÁFICO VI - RENDIMENTO MÉDIO HABITUAL DA POPULAÇÃO OCUPADA FEMININA, POR ESCOLARIDADE, SEGUNDO OS GRUPAMENTOS DE ATIVIDADE – 2009.



*Fonte: IBGE, Pesquisa Mensal de Emprego (PME), ano de 2009.

GRÁFICO VII - PROPORÇÃO DE ARRANJOS FAMILIARES COM PESSOA DE REFERÊNCIA DO SEXO FEMININO, SEGUNDO O TIPO - BRASIL - 1998/2008



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1998/2008.

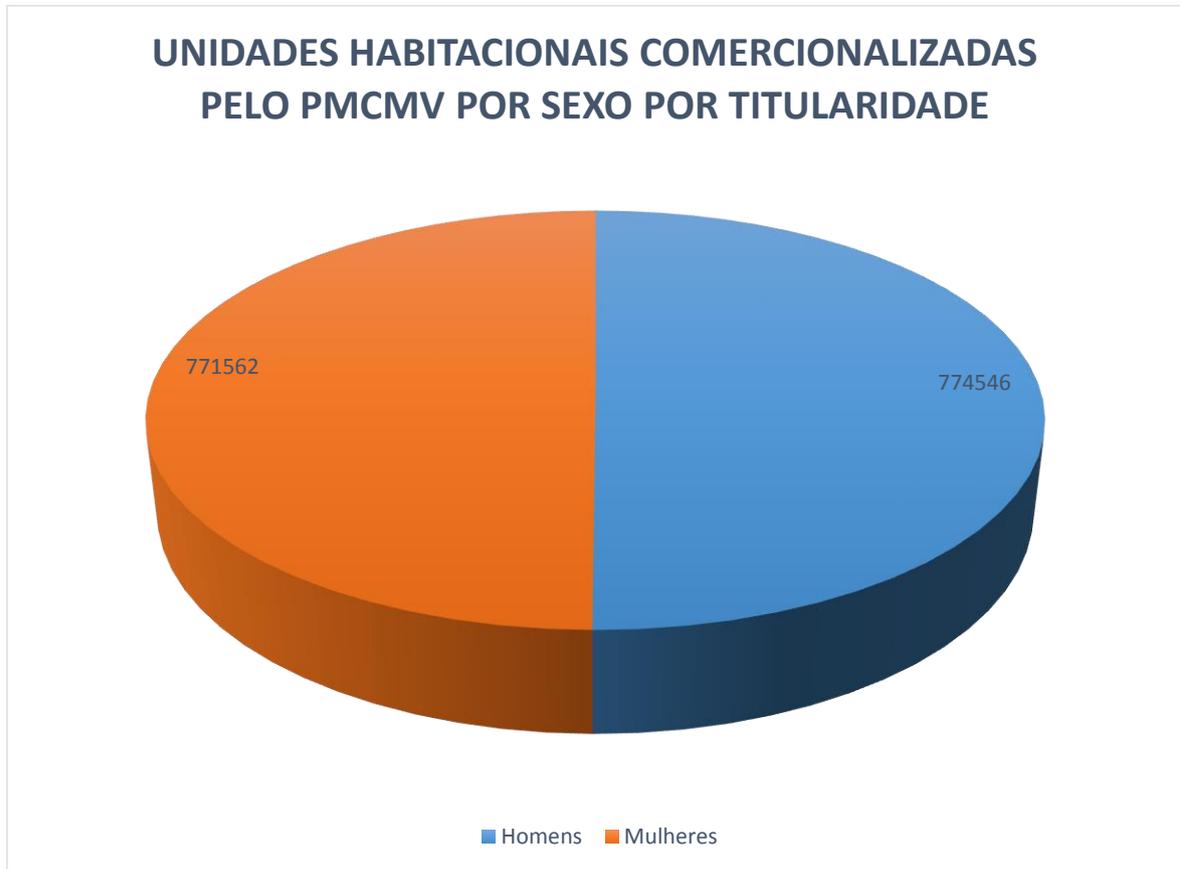
(1) Exclui a população rural de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá.

GRÁFICO VIII – NÚMERO DE FILHOS MENORES DE IDADE, POR RESPONSÁVEL PELA GUARDA DOS FILHOS, SEGUNDO O LUGAR DA AÇÃO DO PROCESSO (BRASIL) – 2011, IBGE.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2011.

**GRÁFICO IX – UNIDADES HABITACIONAIS COMERCIALIZADAS PELO
PMCMV POR SEXO (dados fornecidos em agosto/2013)**



Fonte: e-SIC. Solicitação pessoal.