

3.

Leis, família e afeto: mudanças legislativas no contexto histórico-cultural brasileiro

Neste capítulo serão delineados alguns fundamentos do direito de família brasileiro, sublinhando-se as principais alterações normativas e alguns princípios constitucionais que se correlacionam com o contexto de mudanças contemporâneo. Nossa intenção não é elaborar um estudo sobre as normas jurídicas, posto que esse não é o nosso foco de estudo, nem nosso referencial de saber. Tomaremos de empréstimo o discurso jurídico, para conhecer um pouco do seu significado.

No debate jurídico brasileiro contemporâneo, sobressai-se a temática da oposição do novo referencial normativo pela ótica do afeto em contraposição à legislação fundamentada no patrimônio ou no biológico, considerado como um referencial ultrapassado. Na abordagem do tema, os juristas utilizam argumentos não apenas fundamentados no direito, mas também na filosofia, na sociologia e, sobretudo, na psicanálise, como fica bem demonstrado nas seguintes passagens de conceituados juristas do campo do direito de família:

“O pensamento contemporâneo tomou outro rumo a partir do discurso psicanalítico. As noções de inconsciente, desejo e libido instalaram outro discurso sobre a sexualidade, que não está necessariamente ligada à genitalidade, mas muito mais ao afeto. Essa sexualidade está também vinculada a uma moral sexual dita civilizatória, segundo Freud. Por isso todas as questões com as quais lidamos no Direito de Família, direta ou indiretamente, passam pelo crivo de um viés da moral sexual vigente.” (Pereira, 2002).

“Como a Psicanálise se propõe debruçar-se sobre a compreensão dos sentimentos e emoções humanos, desde suas manifestações claras às raízes mais profundas, quem trabalha com este ramo do Direito – seja como advogado, promotor ou magistrado – não pode deixar de analisar esses conflitos atento a um fato: são os restos do amor que são levados ao Judiciário.” (Dias, 1999).

Observa-se que o novo discurso jurídico se apropria de uma leitura psicanalítica para embasar a necessidade de reformar o olhar dirigido ao sujeito e à família. Sustentam que é dever do Estado incluir o afeto como referencial jurídico e, via de regra, se fundamentam numa leitura de sujeito enquanto sujeito de desejo. Nesse sentido, Arend (2006) aponta que o advento da psicanálise influenciou nas transformações paradigmáticas dos últimos séculos, ao colocar em relevo as questões relativas à afetividade, que foram provocadoras de mudanças legislativas. Entendemos esse movimento como uma “psicanalização” do pensamento jurídico, e vamos recorrer à própria psicanálise para entender o fenômeno:

“A psicanálise, como discurso e prática clínica, desempenhou então a função de redesenhar as novas silhuetas da subjetividade no mundo modernizado. Daí a sua crucial importância no imaginário brasileiro desde então, ficando como uma marca indelével para nós. Tudo isso preparou o boom psicanalítico dos anos 70 e 80, que incrustou a psicanálise como ética na brasilidade. Constitui-se, assim, aquilo que alguns autores dos anos 80 denominaram de cultura psicanalítica, isto é, a construção de um ethos para a subjetividade sustentado em premissas e valores psicanalíticos. (...) A psicanálise se fez discurso teórico de referência para a medicina, a psiquiatria, a saúde pública e a pedagogia.” (Birman, 2007:80)

A esta análise empreendida por Birman, acrescentamos que a psicanálise também se fez presente no discurso jurídico, na medida em que o olhar sobre o sujeito de direito passou a ter uma leitura que inclui um sujeito de desejo (Altoé, 2004). Zimerman (2007) aponta que no direito de família a aplicação dos conhecimentos psicanalíticos está ganhando um significativo espaço de interesse nas mais distintas funções, exemplificando com uma recente prática instituída entre advogados, de participarem de grupos de reflexão juntamente com psicólogos no contexto da prática da mediação.

Christopoulou (2007) empreende uma análise sobre o diálogo entre direito e psicanálise interrogando se esta relação é legítima, na medida em que no passado muito se criticou o surgimento de uma "psicanálise aplicada", que implicava na utilização mecanicista e instrumental dos conceitos psicanalíticos, se constituindo como um deslocamento para fora de seu lugar de origem. A proposta deste autor objetivou “verificar a capacidade do método e da teoria psicanalítica no encontro com outras lógicas, não somente agregando-lhes um novo ponto de vista, mas sendo ela mesma esclarecida, em contrapartida, quanto à sua essência e sua eventual fecundidade” (pág.92). Em seu estudo concluiu pela legitimidade da relação entre as disciplinas, sustentando que a perspectiva transdisciplinar permite um empréstimo de modelos e uma penetração recíproca de conceitos, mas uma vez respeitadas as especificidades dos campos do saber, pode levar a um enriquecimento de ambas as disciplinas. Entendemos que a fundamentação do discurso jurídico utilizando referenciais psicanalíticos traduz-se como um grande avanço em direção à contemporânea compreensão de sujeito.

“Uma interlocução necessária: o direito que lança luz à realidade objetiva, às possibilidades e aos limites das relações; e a psicanálise que lança luz aos afetos, ao que é desconhecido e ao ilimitado do desejo. Nesta relação dialética encontramos-nos rumo a uma nova epistemologia, nos aproximando mais da verdade das relações e refletindo sobre a natureza e o valor do conhecimento.” (Groeninga & Pereira, 2003:10)

Neste capítulo, vamos fazer a interlocução, pelo caminho inverso, ou seja, vamos nos pautar no discurso jurídico, para conhecer como as normas estão se relacionando com as transformações da família contemporânea. Vamos

empreender uma mínima, mas necessária, exposição de algumas normas constitucionais, outras do novo Código Civil, e também da Lei Maria da Penha, para identificar o processo de mudança normativo dentro da perspectiva de transformação da sociedade e da família. Dessas novas normas emergiram conceitos de referência para o direito de família, que são denominados de princípios pelos juristas, neles vamos nos ater um pouco, pois é por seu intermédio que se pode conhecer a nova “personalidade” do direito de família.

O Direito de Família é regulado pelo novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), especificamente no Livro IV - Do direito da família e no Livro V - Do direito das sucessões. No âmbito constitucional, se encontra inserido especificamente entre os artigos 226 a 230, mas é pautado também em outros artigos que norteiam a nova concepção de pessoa humana e as relações entre indivíduos e Estado. A promulgação da Constituição em 1988 instituiu mudanças paradigmáticas no campo do Direito de Família, que permaneceram por quase quinze anos em dissonância com a legislação específica tratada pelo Código Civil, instalando-se um choque de referenciais, que a nosso ver é coerente com o processo de transformação das mentalidades, que implica num estágio de convivência e confronto entre o antigo e o novo para que possa ocorrer uma ruptura e a aceitação do novo referencial. Durante este longo período de dissonância entre um texto constitucional inovador e um Código Civil conservador, as normas constitucionais foram se tornando referência nas decisões e formando o que os juristas denominam de jurisprudência (uma decisão que abre precedentes e começa a pautar outras). Desta forma, o Código Civil foi se tornando obsoleto em relação ao direito de família.

As mudanças legislativas se inserem no contexto de transformações sociais e históricas, já referidas neste trabalho. No entanto, as mudanças pelas quais a família ocidental passou, e vem passando, desde o advento da modernidade, demoraram a se constituir como norma jurídica no Brasil. Manerick (2008) afirma que o direito de família é um dos ramos que mais sofreu alterações no último século em todo o mundo ocidental, no entanto, a “legislação, no Brasil em particular, mal tem acompanhado esta evolução, embora o Direito de Família brasileiro esteja, hoje, entre os mais avançados do mundo” (pág. 8).

O Estatuto da Mulher Casada (1962), a Lei do Divórcio (1977) e a Constituição Federal (1988), foram marcos significativos na evolução legislativa por confrontarem ou invalidarem muitos dos dispositivos do antigo Código, impulsionando os legisladores à atualização do texto. As críticas à antiga

legislação emanavam de vários campos do saber, inclusive do próprio universo jurídico, e tinham como foco principal, a defasagem entre as normas e os costumes e a excessiva interferência estatal na vida privada. Muito se enfatizava que o código anterior datava de 1916 para apontar sua obsolescência. No entanto, um outro fato gera ainda mais espanto: até 1916 não havia sido criado nenhum código para regular o direito das pessoas no Brasil, embora houvesse passados 94 anos da independência do Brasil (1822) e 27 anos após a proclamação da República (1889). Este atraso pode ser explicado em função das dificuldades em articular o individualismo moderno com a questão do pátrio poder (Cerqueira Filho, 2003), que no Brasil, prosseguia nos moldes medievais, com fundamentos conservadores e com forte influência da Igreja.

O modelo de família em nosso país ainda guardou por muito tempo as características da família tradicional, no qual o poder paterno era soberano, sendo mulheres e filhos a ele subjugados. O casamento era fundamentado num compromisso de união eterna e sua ruptura era rejeitada socialmente, fazendo com que os raros casos de separação conjugal fossem tratados de forma discriminatória. Mas a elevação do número de rupturas matrimoniais, o crescente aumento de uniões livres e o aumento do número de famílias chefiadas por mulheres levaram a que a insolubilidade do casamento passasse a ser relativizada e a supremacia masculina fosse abalada. Welter (2006), aponta que nossa legislação foi fortemente influenciada pela Igreja, e que o “princípio de unicidade familiar” estava assentado no Direito Divino. Essa ruptura entre Estado e Igreja, no tocante ao casamento, teve como marco a Lei do Divórcio em 1977, mas o modelo familiar adotado pela legislação ainda seguiu assentado no referencial patriarcal o que, indiretamente, contribuía para a defesa da insolubilidade do casamento.

“Essa pregação de insolubilidade do casamento faz com que o jurista defenda o prévio consentimento de habilitação e celebração, discuta a culpa e a necessidade de separação judicial e divórcio, como se o Direito eclesiástico ainda tivesse influência no Direito estatal.” (Welter, 2006:80)

A legislação foi englobando os arranjos familiares paulatinamente, mas a Constituição de 1988 deu um grande salto ao incluir num só artigo (art. 226) as uniões informais, as famílias monoparentais e retirar o poder familiar do exclusivo âmbito masculino. Para Lôbo (2000) os valores introduzidos pela Constituição de 1988 derrubaram o modelo de família patriarcal que regeram a nossa legislação ao longo do século XX. O parágrafo 3º deste artigo encerrou com a matrimonialização da família e rompeu com o referencial de família unicamente constituída pelo casamento: “Para efeito da proteção do Estado, é

reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. O parágrafo 4º deste mesmo artigo incluiu as pessoas solteiras ou descasadas que vivem sozinhas com filhos: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. No que diz respeito ao pluralismo das entidades familiares, este parágrafo revelou uma mudança paradigmática. Por intermédio dele o Estado passou a reconhecer as uniões livres e rompeu com uma orientação legal que vinha desde o período imperial. Até 1988 o Estado reconhecia apenas o casamento como entidade familiar, e como tal, a única entidade que merecia proteção legal. Dias (2010) se refere ao novo conceito de família como o “princípio do pluralismo das entidades familiares” e sustenta que, por meio dele, as outras entidades que não foram indicadas de forma expressa no texto constitucional, como as uniões homoafetivas e as uniões estáveis paralelas, passaram a ter reconhecimento e merecer o mesmo abrigo legal das outras entidades. O atual enfoque dado à família deixou de se pautar no modelo da entidade familiar e voltou-se muito mais à identificação do vínculo afetivo para assegurar direitos e oferecer proteção.

3.1

Princípios constitucionais ancorando o novo conceito de família

Com a Constituição da República, foram fundados alguns princípios específicos que estão intimamente ligados ao direito de família, conectados ao princípio maior de dignidade da pessoa humana. Os “princípios constitucionais transcendem a esfera constitucional e servem de embasamento para os diversos ramos jurídicos. Villas-Bôas (2010) aponta que “não se pode estudar o Direito de Família, sem conhecer os princípios constitucionais referentes a ele”. Dias (2010) nos oferece uma noção da importância dos princípios: “O ordenamento jurídico compõem-se de princípios e regras cuja diferença não é em grau de importância. Acima das regras legais, existem principalmente princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico.” (Pág. 58). Enumerar e nomear todos os princípios constitucionais que norteiam o direito das famílias, torna-se muito difícil, uma vez que alguns estão implícitos e “não estão escritos nos textos legais, mas têm fundamentação ética no espírito dos ordenamentos jurídicos para possibilitar a vida em sociedade”. (Dias, 2010:61). Esta mesma autora salienta que não há consenso no meio

jurídico quanto à quantidade de princípios, sendo elencados diferentes princípios pelos autores. No entanto, o que se mostra relevante, segundo Dias, é que existem os ‘princípios gerais’, que se aplicam a todos os ramos do direito e os ‘princípios especiais’, que devem nortear a apreciação das questões de família. Também se mostra importante esclarecer, principalmente para o leigo no direito, que um princípio pode se formar a partir de um único artigo, como é o caso do “princípio de dignidade da pessoa humana”, sobre o qual falaremos a seguir, mas pode ocorrer também, que um princípio advenha da junção de alguns artigos, que conectados entre si passam a formar um conceito de referência, ou um princípio, como chamam os juristas.

Neste trabalho, serão mencionados os princípios que se sobressaíram em nossa pesquisa teórica, por meio dos quais os juristas se pautam para decidir as demandas contemporâneas e para discutir as transformações no direito de família. Além do já destacado “princípio do pluralismo das entidades familiares”, destacaremos os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da solidariedade familiar, da igualdade, da igualdade entre filhos, da igualdade entre cônjuges e companheiros, da igualdade da chefia familiar, da liberdade, da autonomia e da proibição de retrocesso social. Cabe transcrever o texto constitucional que fundamenta o princípio considerado norteador e fundador de uma nova visão de sujeito pelo Estado brasileiro.

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;” (Constituição da República, 1988).

Com a promulgação deste artigo, a legislação brasileira se colocou num patamar universal mais democrático, incluindo o que fora pactuado pela Declaração Universal de Direitos do Homem desde 1948. Passou-se, com ele, a conceber a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura da organização do Estado e do Direito. Ele eleva o ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial. Por meio dele, a família passa a ser vista pelo Estado como uma entidade voltada para a afetividade, igualdade, solidariedade, sendo abstraídos desse artigo os princípios que passaram a se confrontar com o antigo Código Civil, representando um marco para o direito de família. O Estado passa a ter o dever de respeitar, proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade. E, nesse sentido, os juristas apontam a necessidade de fomentar a repersonalização do direito civil, referindo-se a necessidade de valorizar a dignidade humana por meio de

centralizar a tutela jurídica na pessoa. Lôbo (2000), vai afirmar que o “princípio de repersonalização” se baseia na tendência pós-contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram e não de seu patrimônio.

Tartuce (2006) se refere ao “princípio da dignidade da pessoa humana” como “princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios”, e enfatiza que pela supervalorização que é dada à pessoa neste princípio, derivaram-se os conceitos de personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado, conceitos estes, que estão sendo muito apontados e debatidos no meio jurídico por tocarem em questões controversas. Dias (2010) aponta que este princípio talvez “possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções” (pág. 62). Tartuce (2006) ressalta ainda, que por meio deste princípio têm sido fundamentadas algumas demandas jurídicas polêmicas e inovadoras, como as ligadas às uniões homoafetivas, as relativas à culpa nas ações de separação judicial e as referentes ao abandono paterno-filial, dentre outras.

Embora a palavra “afeto” não apareça no texto constitucional este sentimento é, contemporaneamente, considerado pelos juristas como o principal fundamento das relações familiares (Tartuce, 2006) e, sendo assim, se constituiu num princípio constitucional, o “princípio da afetividade”. Esse conceito, enquanto fundamento jurídico, foi abstraído tanto da valorização da pessoa humana quanto da priorização da igualdade nas relações de parentesco presentes no texto constitucional. Lôbo (2000) considera que com este princípio foi reconhecido o direito à relação de parentesco e enfatiza: “É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares.” O ordenamento vai passar a identificar a família pelo seu envolvimento afetivo, sendo nomeada de “família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros”. (Dias, 2010: 55). A autora encara este princípio como norteador do direito das famílias, possuindo primazia sobre as questões de caráter patrimonial e assinala que ao elencar um enorme rol de direitos individuais e sociais, a Constituição criou o compromisso de assegurar afeto e colocou o Estado em posição de ser o primeiro a assegurá-lo.

A nosso ver, este princípio, traduz o “sentimento de família” da forma como foi descrito por Ariès (2006), que o considerou o maior representante da grande transformação da família na era moderna. É interessante assinalar que este princípio faz a ponte entre o discurso jurídico e o psicanalítico. Ao reconhecer que a personalidade do sujeito se constrói no âmbito de suas relações afetivas, o

Estado, que tem por obrigação proteger o sujeito, passa a incluir os laços de afeto como bem a ser preservado, e para identificar esses laços, o direito recorreu à leitura psicanalítica de sujeito.

Originando-se do vínculo afetivo, surge um outro princípio, o “da solidariedade familiar”, contido no art. 3º, inc.III da CF/88, que revela um conteúdo acentuadamente ético. Ele compreende os valores de fraternidade e reciprocidade para balizar as relações sociais e familiares. Dias (2010) pontua que pelo princípio de solidariedade geraram-se deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, dos quais ressalta o dever de assistência aos filhos e o de amparo às pessoas idosas. “A pessoa só existe enquanto coexiste” (Pág. 67).

Um outro pilar de sustentação dos novos valores contemporâneos é o “princípio da igualdade”. Ele está expresso desde o preâmbulo do texto constitucional e se estende por vários outros artigos que se propõem a combater discriminações. O Art. 5º expressa-o de forma clara: “todos são iguais perante a lei.” Ele manifesta o desejo de banir as desigualdades e consiste em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Dias (2010) assinala, “aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades” (pág. 65). Tartuce (2006) vai distinguir dentro da concepção de igualdade, os seguintes princípios: “da igualdade entre filhos”, “da igualdade entre cônjuges e companheiros” e o “da igualdade da chefia familiar”.

O “princípio da igualdade entre filhos”, segundo Tartuce (2006) se encontra no art. 227, § 6º, da CF/88 e art. 1.596 do CC. Com ele todos os filhos foram igualados, havidos ou não durante o casamento. Foram também abrangidos os filhos adotivos e os havidos por inseminação heteróloga (com material genético de terceiro). As expressões ‘filho adulterino’ ou ‘filho incestuoso’, passam a serem consideradas discriminatórias, da mesma forma que as expressões ‘filho espúrio’ ou ‘filho bastardo’. Esse princípio vai repercutir tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, proibindo qualquer distinção jurídica entre filhos. Dias (2010) vai agrupar este princípio com o “da proteção integral a crianças, adolescentes e idosos”, e sinaliza que este princípio alterou profundamente os vínculos de filiação. Lôbo (2000) vê a filiação na perspectiva do princípio da afetividade e sustenta: “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue”. O direito à filiação confundia-se com o destino do patrimônio familiar e, na medida em que ocorreu um processo de emancipação dos filhos aliado a uma redução progressiva das

desigualdades e do poder despótico do pai, foi possível reduzir a patrimonialização das relações familiares.

O “princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros” é descrito por Tartuce (2006) como assemelhado ao princípio da igualdade entre os filhos, no sentido de igualar o direito dos cônjuges na família. Este autor reconhece este princípio nos art. 226, § 5º, da Constituição Federal e art. 1.511 do Código Civil. Ele se manifesta na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges no que diz respeito à condução da sociedade conjugal, ao planejamento familiar e à criação dos filhos, que devem ser exercidos com mútua colaboração. Adveio também deste conceito de igualdade entre cônjuges, a recente reforma sobre a guarda dos filhos, sendo instituída a guarda compartilhada pela Lei 11.698/08, que a define como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Dias (2010) aponta um interessante desafio no estabelecimento da igualdade entre os sexos. Ela aponta que não pode mais ser pensado que implementar a igualdade seja conceder à mulher o tratamento diferenciado que os homens desfrutavam. “O modelo não é masculino, e é preciso reconhecer as diferenças, sob pena de ocorrer a eliminação das características femininas.” (Pág. 66).

O “princípio da igualdade da chefia familiar” é descrito por Tartuce (2006) como incluso os arts. 226, § 5º, e 227, § 7º, da Constituição Federal de 1988, e arts. 1.566, incs. III e IV, 1.631 e 1.634 do Código Civil e tem semelhança lógica com o princípio da igualdade entre os cônjuges. Este autor aponta que segundo o conceito de família democrática, a chefia deve ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher, tendo também os filhos o direito de opinar. Ao tomar esse princípio como referência, foi instituído o regime de colaboração em contraposição ao de hierarquia, fazendo desaparecer a figura do “pai de família”, que obrigou a extinção da expressão “pátrio poder” e introduziu “poder familiar” em seu lugar (Código Civil, art. 1556, inc. III e IV). Tartuce (2006) chama a atenção para os outros artigos que complementam a execução do poder familiar, sublinhando o artigo 1634 do novo Código, que trata da competência dos pais quanto aos filhos menores, explicitando o inc. III, “exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”. O autor aponta que essa competência dos pais não pode ensejar “uma relação ditatorial, violenta ou explosiva” sob pena de ser gerada a suspensão ou destituição do poder familiar.

Outro princípio também se destaca no contexto das profundas transformações do pensamento jurídico: o “princípio da liberdade”. Ele é derivado do princípio de dignidade da pessoa humana e está intimamente ligado ao conceito de igualdade. O direito à liberdade foi bem explicitado na Constituição (art. 227) e no rol de direitos da criança e do adolescente (Lei 8069/90). Tartuce (2006) também o nomeia de “princípio da não-intervenção”, e aponta que este princípio guarda íntima ligação com o “princípio da autonomia privada”, que diz respeito ao poder que a pessoa tem de auto-regulamentar os próprios interesses, referindo-se à autonomia privada da família. “Quando escolhemos, (...), com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada”. Dias (2010) ainda completa: “Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para construir sua vida.” (Pág. 64). Em decorrência deste princípio são combatidos alguns artigos do Código Civil com a sustentação de serem inconstitucionais. Segundo esta mesma autora, podem ser considerados inconstitucionais, por exemplo, a imposição do regime de separação de bens aos maiores de 60 anos e a possibilidade do Estado negar uma separação pretendida pelos cônjuges, pois ambos os casos afrontam o princípio de liberdade.

“O papel do direito – que tem como finalidade assegurar a liberdade – é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto de igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade.” (Dias, 2010: 64)

Os princípios são considerados direitos subjetivos, e por isso servem de obstáculo às leis ordinárias que podem possibilitar retrocessos sociais. Dias (2010) ressalta que a Constituição delimitou para o direito de família três grandes eixos: a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar, o pluralismo das entidades familiares e o tratamento igualitário entre todos os filhos. Por meio desses eixos, as questões omissas na lei ou as que estiverem em confronto com o texto constitucional, podem ser julgadas pela “semelhança significativa”, ou seja, por meio de analogia. Esse mecanismo constitui um outro princípio: “da proibição de retrocesso social”. Algumas omissões da lei são citadas pela autora para exemplificar como se opera este princípio. A primeira, recairia nas omissões legais quanto à união estável, que devem ser supridas com a analogia com o casamento “onde se lê cônjuge, necessário passar-se a ler cônjuge ou companheiro” (pág. 70). O segundo exemplo se expressa no caso da lei tratar de

forma diferenciada a união estável e o casamento, para a autora esta referência deve ser simplesmente ignorada pelo juiz.

3.2

Reconhecimento da união homoafetiva – dos princípios à Lei Maria da Penha

Por meio de todos os princípios explanados, demonstramos o novo conceito de família ao qual o Estado brasileiro passou a se referenciar para sua intervenção nas relações familiares, no entanto, recentemente, surgiu uma nova norma carregada de um intenso clamor popular: a Lei Maria da Penha, que, apesar de ter como finalidade primordial a criação de mecanismos para combater a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, alargou ainda mais o conceito de família para abarcar todo e qualquer arranjo familiar, inclusive as uniões homoafetivas. Ressalta-se o parágrafo único do artigo, pela sua referência explícita à desvinculação da orientação sexual para definir o tipo de relação familiar a ser protegida pela lei:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.” (Lei 11.340/06)

Dias (2010) afirma que a partir desta lei, a família foi, pela primeira vez, conceituada e esta definição atendeu ao seu perfil contemporâneo. Por meio dela, foi reconhecida expressamente, no mundo jurídico, a união homoafetiva. Alves (2006) aponta que apesar do reconhecimento do moderno conceito de família instituído pela Constituição, a falta do reconhecimento expresso na lei, causava insegurança aos magistrados no julgamento de casos concretos, principalmente nas lides envolvendo uniões homoafetivas, levando-os a optar pelo não reconhecimento. A partir desta lei não há mais dúvidas ou pudores em reconhecer a união homoafetiva como uma entidade familiar, e em decorrência, o Estado não pode mais deixar de proteger seus direitos.

“Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade

de gênero, todas configuram entidade familiar. (...) Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade.” (Dias, 2007).

3.3

Casamento: o instituto da culpa em vias de extinção

Apesar das profundas mudanças paradigmáticas no Direito de Família, ainda se manteve uma vinculação de alguns direitos, quando da dissolução do casamento, à atribuição de culpa de um dos cônjuges. Groeninga (2003) discute as repercussões do exercício da autoridade estatal baseado na noção de culpa dos sujeitos e faz um alerta sobre a necessidade de considerar as consequências sociais e psíquicas que podem resultar da manutenção de tal instituto.

“Quando o ordenamento legal enfatiza a culpa, a tendência é que os indivíduos interpretem os conflitos mais subjetivamente, adotando um padrão que não desenvolve o pensamento e a responsabilidade. Por meio da reprodução de uma maneira emocional menos desenvolvida de interpretação da realidade, dos limites da lei, a consequência pode ser a intolerância, a vitimização, a infantilização e uma interpretação maniqueísta dos conflitos. De modo reverso, o indivíduo vai tender a culpabilizar o Estado, tendo com este uma relação infantilizada.” (Groeninga, 2003, p. 102)

Antes do advento do novo Código Civil (2002), este princípio norteava muitos artigos e impunha consequências sancionatórias ao cônjuge considerado culpado por violar os deveres matrimoniais, sendo criticado por muitos estudiosos, por considerarem tais princípios inspirados por um “juízo ético-jurídico de censura de comportamentos” (Pereira, 2002). Nesse sentido, ocorreram mudanças na legislação, representando um abrandamento da perquirição do culpado quando da dissolução do casamento, mas esse instituto, o da culpa, ainda se mantém no novo Código, norteando a anulação do casamento, a separação, a utilização do nome do cônjuge, os alimentos e a sucessão. Nos artigos que normatizam esses aspectos ainda são encontradas as palavras “culpado” e “inocente” vinculadas à resolução da demanda.

Dias (2010) entende que a justificativa de buscar um culpado pelo fim do casamento se vincula a idéia de família sacralizada que fundamentava o modelo tradicional de família. A intenção do Estado em inquirir a culpa se assenta numa tentativa de preservar a família que, em sua antiga concepção, só se fundava e se mantinha pelo casamento. O instituto da culpa seria um instrumento para desestimular as pessoas a dissolverem o laço matrimonial e, por conseguinte, a família. Esta autora assinala que a lei nunca observou a única causa que torna

insuportável a vida em comum: o fim do amor. Seria o esgotamento do vínculo que levaria à violação dos deveres do casamento.

Desde o advento do novo Código Civil em 2002, a crítica sobre a manutenção desse instituto é intensa. Dias (2002) aponta que as sanções de ordem patrimonial e pessoal impostas ao cônjuge considerado culpado têm nítido caráter intimidatório para forçar o cumprimento dos deveres do casamento. A autora nomeou de ‘estatização do afeto’ a ingerência do Estado na vida das pessoas, considerando algumas regras indevidas e excessivas, que revelariam uma pretensão onipotente do Estado. Groeninga (2003) enfatiza que a avaliação dos litígios sob essa ótica fomentaria intolerância, vitimização e uma interpretação maniqueísta dos conflitos, levando o indivíduo a culpabilizar o Estado e comportar-se de modo infantilizado na sua relação com o Estado. Também se referindo a este instituto, Peluso (2007) sustenta que seria uma pretensão o dever dos juízes de identificar a culpa de um ou outro cônjuge no contexto estreito e superficial do processo, e ainda, o que daria sustentação a valoração da culpa, seria uma visão contratualista do matrimônio, que o equiparava aos contratos de natureza patrimonial.

Este autor aponta que a ideia de família indissolúvel é confrontada com a noção de família como uma entidade histórica e como tal, entendida como estrutura que se movimenta e se transforma ao longo da história. Esta concepção atingiu, neste nosso momento atual da história, a conceituação de que a família é espaço de realização pessoal e afetiva. A noção de família como entidade histórica foi absorvida por nossa legislação, no entanto, o instituto da culpa se manteve como um paradoxo com o novo conceito de família, assim como já abordamos anteriormente.

O autor aponta ainda, o paradoxo do Direito em manter a perquirição do culpado frente ao novo conceito de família absorvido pela legislação. A nova forma de conceber a família se sustenta no maior princípio protegido pela Constituição, o da dignidade da pessoa humana. Baseado nele, a tutela estatal sobre a família só pode se dar para garantir a dignidade da pessoa humana e não para proteger o vínculo matrimonial, ou a coesão da família numa situação na qual esta entidade não estiver servindo para promover a pessoa. Com base nesta concepção, o Estado deveria facilitar a ruptura do casamento como um ‘remédio’ para o sofrimento individual dentro da família. Assim sendo, a perquirição do culpado perderia sentido, uma vez que feriria a dignidade da pessoa e se prestaria a resguardar a entidade familiar sobreposta ao indivíduo.

Pessoa (2006) aponta que a discussão da culpa nos litígios não é apenas tormentosa para os cônjuges que viam suas intimidades desnudadas, mas para todos os que interagiam no litígio. Este autor ressalta que a legislação abre uma brecha para que o Juiz não considere o rol elencado pelo Código, ao determinar: “O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.” (Art. 1.573, Código Civil, 2002). Com este texto a lei facultaria ao juiz considerar o poder de dissolver o casamento por situações não previstas na lei, podendo serem incluídas aí, as causas afetivas, ou o desamor. No entanto, a forma vaga do texto, coloca em cheque a pressuposição de uma neutralidade do julgador:

“Afinal, qual a verdade que o julgador tem a sua frente, após a instrução, em uma ação de separação judicial litigiosa? ‘O que não está nos autos não está no mundo’. De tanto ser repetido, parece que, efetivamente, o magistrado, muitas vezes, acredita estar julgando, isento de qualquer influência de sua visão de mundo (...) seu olhar depende de sua história, e só conseguirá ver conforme sua ideologia.” (Pessoa, pág. 414, 2006)

A partir do moderno conceito de família reconhecido pelo Estado, averiguar, identificar e punir um culpado pelo fim do casamento, se tornou dissonante. Questiona-se então, o que teria levado o legislador, tão afinado com o paradigma democrático das relações familiares, a manter tal instituto? Dias (2010) considera que a postura punitiva se relacione com a dificuldade de romper um vínculo que é estabelecido para eternidade. De acordo com Caruso (1981), a dor pela separação pode ser tão forte quanto a dor pela morte real de um ente querido. A separação provoca sentimentos de fracasso, impotência, perda e, em alguns casos, uma falta de sentido na vida. A situação de ruptura amorosa promove uma perda de identidade e, segundo Dias (2010) “é difícil aceitar o fim de uma união sem ceder a tentação de culpar e tentar punir quem tomou a iniciativa de, finalmente, pôr fim à infelicidade. (Pág. 113).

Peluso (2007) vai questionar se com a manutenção de tal instituto, não se estaria debilitando a família pelo receio de que sem sanções os deveres conjugais acabariam enfraquecidos. Nesta obra, o autor vai discutir o papel normativo da culpa, não só na dissolução do casamento, mas como ideologia, e vai sustentar que atribuir juridicamente culpa a um dos cônjuges é impor um abalo à sua dignidade de pessoa humana.

Entendemos que a manutenção deste instituto se apóia não só na defesa da moral sexual vigente (Pereira, 2003), mas também numa dor que é universal: a dor da perda, a dor da separação do objeto de amor. Esse entendimento nos leva a pensar no legislador também como sujeito de desejo, e que seu texto

expressaria este sentimento, que estaria além dele e que seria partilhada por todos. Se por um lado a lei permite e ampara a solubilidade do casamento, por outro, ainda lamenta o fim de cada união, como se representasse o próprio fim da família, e tenta impedir o seu término, impingindo culpa ao responsável pelo desenlace. Também pensamos que os resquícios da mentalidade patriarcal baseiem a manutenção de tal instituto. Afinal, romper o casamento e levantar a possibilidade de uma infidelidade, principalmente a da mulher, se constituía numa afronta às bases patriarcais.

Ocorre que, após oito anos de debates em torno da manutenção do instituto da culpa, está em vias de ser aprovada uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 28/09) que vai alterar profundamente a concessão do divórcio, tornando desnecessária a condição de tempo para a sua concessão e, conseqüentemente, tornará dispensável a perquirição de culpa. Este projeto vem sendo chamado de “PEC do amor”. Dias (2010) aponta que mesmo que persistam os artigos do Código Civil, eles serão “letra morta”. No entanto, em alguns aspectos decorrentes da separação, como alimentos, ainda restará possibilidade desse instituto ser invocado.