

2. Proteção das famílias no Judiciário e a Constituição de 1988

2.1. Transformação da família à luz da legislação brasileira

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”

*Declaração Universal dos Direitos Humanos
Art. 1º - ONU – 1948*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, consagrou, definitivamente, a *dignidade* como valor essencial ao ser humano influenciando a maioria das Constituições da Era Moderna. No caso do Brasil, a mudança aconteceu com a nova Carta Política de 1988. O Princípio da Dignidade Humana é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, e se identifica com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A construção de um conceito jurídico de dignidade humana contou com as idéias iluministas, consolidadas nos trabalhos de KANT sobre o que o homem deve fazer, como agir em relação aos seus semelhantes, como proceder para obter a felicidade. Essas idéias são desenvolvidas em duas de suas obras que tratam da problemática da ação humana: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (2005) e *Crítica da Razão Prática* (2002).

Para KANT, a *liberdade* é que determina a ação humana (moral) e a *autonomia da vontade* – essa entendida como a capacidade do indivíduo em deliberar sobre seus objetivos de vida e agir no sentido de sua realização – é o único princípio de todas as leis morais, gerando para o ser humano a responsabilidade por seus projetos existenciais. Tal perspectiva identifica liberdade e autonomia com individualidade e pluralidade: o ser humano é único e únicos são **todos** os seres humanos.

A ampliação do espaço de discussão da dignidade para conter elementos de ordem prática permitiu a extensão de sua utilização à ordem jurídica. A discussão da moral (força coativa interna) foi enriquecida pela discussão do Direito (força coativa externa), que visa assegurar a liberdade e garantir a dignidade não só individual, mas de todo e qualquer indivíduo.

O que se percebe é que a modernidade, com base na doutrina jurídica do jusnaturalismo (direitos naturais) e nos direitos universais do ser humano, traz para o centro da discussão, o homem e a razão. Desde então, o princípio da dignidade humana – consubstanciado no ideal de liberdade e igualdade – ao integrar o mundo do Direito passa a limitar a ação do Estado e a estabelecer a *equidade* como parâmetro de interpretação, principalmente de suas instituições sociais, econômicas e jurídicas. Surge a necessidade da organização do Direito em um sistema lógico, codificado, bastante compreensivo e que acabou por substituir ou por limitar a vontade do indivíduo.

Historicamente, percebemos que os direitos são conquistados em condições circunstanciais, ou seja, na medida em que se tornam necessários ao ser humano ou representam limitação à sua liberdade (BOBBIO, 1990) e, portanto a sua dignidade. Assim, *os direitos da humanidade foram conquistados pela luta não só do Poder Público, mas de toda a população* (IHERING, 1872) no sentido de garantir as condições mínimas de defesa de seus projetos existenciais.

Usando as palavras de IHERING (1872) e a classificação de MARSHALL (1967), podemos dizer que *o fim do direito é a paz, a vida do direito é a luta*. A conquista de direitos deu-se de forma lenta através dos tempos. Direitos de primeira geração: direitos civis no séc. XVIII (direitos individuais: liberdade, igualdade, propriedade, de ir e vir, direito à vida, segurança etc) e direitos políticos no séc. XIX (direitos individuais exercidos coletivamente: liberdade de associação e reunião, de organização política e sindical, à participação política e eleitoral, ao sufrágio universal etc) e direitos de segunda geração: direitos sociais e econômicos no séc. XX (trabalho, saúde, educação, aposentadoria, seguro-desemprego etc).

MARSHALL (1967) inclui os direitos dos integrantes do grupo familiar como direitos de terceira geração. São direitos difusos e que tem como titular os grupos humanos como crianças, idosos, mulheres, negros, consumidores, etc. Igualmente importante, para as atuais e futuras entidades familiares é a categoria de direitos de quarta geração: o biodireito. A preocupação com a regulamentação e com a criação de famílias através de procedimentos ligados à engenharia genética tem sido objeto de debate aberto na comunidade científica, representando, talvez, um dos maiores desafios a ser enfrentado pela sociedade brasileira e que certamente ampliará muito as possibilidades de novas configurações familiares.

Mas, como disse BOBBIO (1992), os direitos nascem das necessidades do homem e de suas lutas: *não todos de uma vez e nem de uma vez por todas*. Vejamos os passos brasileiros.

Ninguém duvida que o modelo patriarcal trazido para o Brasil pelo Direito Português teve especial importância social na medida que forjou o tipo de família que só viria a ser libertada, formalmente, com a Constituição de 1988: uma estrutura familiar altamente repressiva, fundada na autoridade do marido/pai, onde a identidade da mulher e dos filhos confundia-se com os afazeres do lar (NEDER, 2002), sujeita não só a um conjunto de regras de disciplinamento familiar oferecido pelo Estado conservador, bem como aos modelos de disciplina e controle moral ditados pela Igreja.

O forte dirigismo religioso que acompanhou a sociedade brasileira desde os seus primeiros tempos, sempre influenciou a legislação voltada para a família. As Ordenações Filipinas estiveram em vigor do ano de 1603 a 1916, registrando, já no período colonial, o tipo de sociedade familiar repressiva dos próximos quatro séculos. Um exemplo do rigor desse modelo é informado por LOBO (2004):

“A mulher necessitava de permanente tutela, porque tinha *“fraqueza de entendimento”* (Livro 4, Título 61, § 9º, e Título 107). O marido podia castigar (Livro V, Títulos 36 e 95) sua companheira, ou matá-la, se acusada de adultério (Livro 5, Título 38), mas idêntico poder não se atribuía a ela contra ele; bastava apenas a fama pública, não sendo preciso *“prova austera”* (Livro 5, Título 28, § 6º). O Código Criminal do Império (art. 252) durante o século XIX, atenuou essa violência legal, permitindo apenas a acusação ao juízo criminal. No período de vigência das ordenações, os juristas entendiam que o marido e a mulher se reputavam na mesma pessoa para efeitos jurídicos. Ao fundir-se na pessoa do marido, a mulher despersonalizava-se. Em contra-partida, o marido não podia litigar em juízo sobre bens de raiz sem outorga de sua mulher (Livro 3, Título 48); neste caso o interesse protegido não era o da mulher, mas o da família, na sua dimensão econômica”.

Os movimentos sociais que mudaram o mundo no século XVIII e XIX trouxeram importantes alterações para o padrão de relacionamento do grupo familiar, transformando sua intimidade (GIDDENS, 1992), reconstruindo a noção de infância e deslocando a atenção da autoridade paterna para a figura materna.

Entretanto, a família, embora parte do todo social, era compreendida dentro de seu caráter privado. A crise da família não tinha visibilidade, era abafada pelos

mecanismos de controle social, entre eles os do Estado, da Igreja e dos preconceitos da própria família.

Por sua vez, a Lei era aplicada ao indivíduo, não levando em consideração as circunstâncias do caso concreto. A família não aparece como instituição importante aos valores de um Estado que ressalta normas individualistas. A Constituição Brasileira de 1824 – única do período imperial – diz que *a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um* (art. 179, XIII), não faz qualquer referência à mulher, tampouco à família do cidadão comum. Todavia, o Capítulo III é dedicado, em onze artigos (art. 105/115), a Família Imperial e sua dotação.

O professor Luiz Carlos de Azevedo, em estudo sobre a condição jurídica da mulher no Direito luso-brasileiro (2001), examinando os vínculos conjugais do período imperial, observa que era possível cessar o poder marital através do divórcio, o que determinava a separação material dos cônjuges, entretanto, impedia segundas núpcias enquanto o outro permanecesse vivo. Nesse caso dividiam-se os bens e obrigava-se o divorciado a prestar alimentos. Todavia, o divórcio era reprovado em razão dos valores religiosos e sociais da época.

Já a Constituição de 1891 – primeira do período republicano – mantém a igualdade de *todos* perante a lei, afasta os privilégios de nobreza (art. 72, § 2º) e dando ares de renovação introduz, timidamente, um único artigo na matéria que afirma que *a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita* (art. 72 § 4º). É a entrada da família na Constituição.

O Código Civil de 1916 que entraria em vigor a seguir, mesmo sem os exageros do período anterior, refletia os valores da época, priorizando o aspecto patrimonial e as relações individuais em detrimento do social, o que facilitava um conceito único de família no plano jurídico. A família era compreendida dentro do casamento, do parentesco e da proteção de seus integrantes, sob regras rígidas de autoridade masculina. Havia um engessamento das relações familiares que não possibilitava um sentimento de família como hoje experimentamos. A separação legal do casal passou a chamar-se desquite, nomenclatura que seria mantida até a Lei do Divórcio (1977).

A ruptura com a leitura política da família – individualista e patrimonialista – vem ocorrer no século XX para, através de nova mentalidade, prestigiar sentimentos, costumes e a organização do cotidiano, dando origem a um

sentimento moderno de família que desponta, inicialmente, nas camadas burguesas e estende-se a todas as classes sociais, permitindo uma nova especificação dos lugares que ocupam na sociedade (DONZELOT, 1986).

Se a família não se mostrou importante no Estado Liberal, já no Estado Social Brasileiro, com o Código Civil de 1916 em vigor há dezoito anos, ganha *status* constitucional junto com a Educação e a Cultura e passa a integrar o corpo da Constituição de 1934. A matéria é tratada em três artigos (art. 144 a 147) e será mantida nas edições seguintes. O preâmbulo do texto de 1934 assegura à Nação *a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico*. O direito de voto foi estendido à mulher através do Código Eleitoral de 1932 (Decreto 21.076/32) e integrado ao texto constitucional de 1934 (art. 108) junto com novos direitos trabalhistas e previdenciários (art. 121). A família é a constituída pelo casamento indissolúvel (art. 144) e deve ministrar a educação de seus integrantes junto com o Poder Público (art. 149). Diante das mudanças apresentadas, a família começa ter uma nova moldura.

Todavia, mesmo a identificação progressiva de um sentimento de família e a aquisição de alguns direitos pela mulher, não evitou a distribuição desigual de poderes no casamento, mantendo as responsabilidades do casal. SAMARA (1983) aponta que o modelo de estrutura familiar persistiu nas sociedades modernas, com papéis bem definidos: o marido é a autoridade sobre a mulher e filhos, relegando à esposa um papel mais restrito no âmbito doméstico e na assistência moral à família – evidenciando verdadeira “*monarquia doméstica*”. O padrão de responsabilidades desigual e preconceituoso baseado em suposta natureza feminina e masculina de seus integrantes, levava, igualmente, à opressão da mulher e dos filhos. Criou-se nova dinâmica afetiva sem haver uma redistribuição de obrigações nos papéis familiares.

A Carta Magna de 1937 acompanhando o período autoritário, mantém o casamento indissolúvel (art. 124), a Educação integral da prole como primeiro dever dos pais com a colaboração do Estado para facilitar sua execução (art. 125); equipara os filhos naturais aos legítimos (art. 126), garante cuidados especiais à infância e juventude (art. 127) e avoca para o Estado a responsabilidade pela sua segurança física e moral, em caso de abandono dos pais, garantido às famílias pobres o direito de auxílio e proteção do Estado para manter e educar a prole (art. 127, parte final).

A Constituição de 1946 reconhece o casamento como o civil, e torna obrigatória a assistência à maternidade, à infância e à adolescência em todo território nacional e institui o amparo de famílias numerosas.

É de observar-se que o Código Civil de 1916 considerava a mulher relativamente incapaz para os atos da vida civil, dependendo do marido na gestão do patrimônio e da família, considerando ser ele o chefe da sociedade conjugal. Todavia, a luta pela equiparação de direitos e deveres no âmbito doméstico levou, no Brasil, à edição do Estatuto da Mulher Casada - Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962. A mulher de relativamente incapaz, passaria a colaboradora do marido, função a ser exercida no interesse comum da família.

O descompasso entre a legislação ordinária e as Constituições brasileiras, em matéria de família, torna-se cada vez mais evidente. A Constituição de 1967 e a de 1969 foram promulgadas em período de forte repressão política. A de 1967 não traz grandes novidades em relação ao regramento anterior da família, no entanto a Lei de Alimentos – Lei 5478/68 – foi promulgada em 25 de julho de 1968 e trata da ajuda financeira à mulher e aos filhos; já a Constituição de 1969 teve o art. 175 alterado pela Emenda Constitucional de nº 9, aprovada em 28 de junho de 1977, que instituiu o divórcio no Brasil, rompendo com a supremacia da Igreja e com a indissolubilidade do vínculo conjugal, antes só desfeito com a anulação do casamento ou a morte de um dos cônjuges.

A regulamentação desse novo dispositivo constitucional deu-se através da Lei do Divórcio - Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Entre as principais inovações da nova lei, estaria a possibilidade do casamento válido ser dissolvido não só pela morte, mas também pelo divórcio (art. 2º, parágrafo único); a troca da nomenclatura *desquite* para *separação* (art. 39); uma seção destinada à proteção da pessoa dos filhos (art. 9º ao art.16) e a alteração do regime de bens do casamento, da comunhão universal para o da separação parcial, na falta de disposição expressa dos nubentes (art. 45). Vale lembrar que os conflitos familiares eram decididos em benefício do casal e não dos filhos. Não havia, pelo menos formalmente, a prioridade do seu melhor interesse.

As relações informais ganharam tratamento jurídico através da construção doutrinária e jurisprudencial dos Tribunais que a partir do julgamento de casos concretos, tentava corrigir as injustiças que a falta de legislação específica impunha, concedendo, por exemplo, alguns direitos à concubina, como a partilha

do patrimônio adquirido pelo esforço comum. As reiteradas decisões no mesmo sentido, que datam dos anos 60, deu origem a uma Súmula no Supremo Tribunal Federal - STF que passou a ser aplicada nos diferentes Tribunais brasileiros (Súmula 380 do STF, aprovada na Sessão Plenária de 3 de abril de 1964). Posteriormente viriam os direitos previdenciários, os sucessórios (Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994) e a Lei 9.278 de 10 de maio de 1996, que, em 11 artigos, regulou o §3º do art. 226 da Constituição de 88, definindo os critérios objetivos da caracterização da União Estável.

Diante da intensa produção legislativa, fácil perceber que o tratamento jurídico da família, até então excluído das Constituições, era dado por um microsistema de leis que passou a coexistir com os novos ares de dignidade trazidos pela Constituição de 1988 que elevou mulheres, crianças, adolescentes e idosos a sujeitos de Direito (art.226 a 230); equiparou homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 226 § 5º), e terminou com o dogma do casamento como única forma legítima de entidade familiar (art. 226 § 3º e §4º).

O que se seguiu foi uma fase de perplexidades na medida que a disciplina da família é inspirada na manutenção e no incremento da propriedade privada. A categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui “é”. Uma coisa é ler o Código naquela ótica produtivista, outra é relê-lo à luz da opção “ideológico-jurídica” constitucional, na qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana (PERLINGIERI, 2002).

Após a Constituição de 1988, a legislação em matéria de família começa a refletir essa nova leitura constitucional com a edição das já mencionadas leis de União Estável de 1994 e 1996, a Lei 8.009 de 29 de março de 1990 – protegendo a moradia única da família, a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 – ECA, a Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992 – Investigação de Paternidade, a Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996 – Planejamento Familiar e a Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso.

No entanto, apesar de tanta proteção formal à família ninguém duvida que o tratamento jurídico atual não dá conta da abrangência dos conflitos familiares. Isso porque a legislação privilegiou, e continua a privilegiar, a estrutura da família em detrimento de sua dinâmica e das expectativas individuais de seus integrantes.

A vida pessoal dos indivíduos tornou-se um projeto aberto a partir das novas *experiências sociais do cotidiano* (GIDDENS, 1992) que leva a diferentes arranjos

familiares onde critérios biológicos se confundem com critérios sócio-afetivos de parentesco e amizade, transformando a família em uma grande comunidade de parentes e amigos, de afeto e cuidados, que tem na qualidade dos vínculos a sua maior atenção. Sugere-se, inclusive, que essa família ampliada ajuda a enfrentar um dos impasses dos relacionamentos modernos: apesar da existência do discurso igualitário no cuidado da família, a mulher ainda sente-se responsável pela integralidade da organização da vida doméstica e o homem ressen-te-se da suposta perda de sua autoridade. Com efeito, se no plano formal de direitos existe um desafio em conciliar *tradição* e *novidade*, o mesmo parece acontecer na esfera íntima dos indivíduos.

Pesquisa sobre a família realizada pela Folha de São Paulo – Datafolha – e, publicada em 20/09/1998, já afirmava que a família brasileira da virada do milênio é diferente: a mãe emerge como a figura mais importante da casa e além de cumprir as tarefas de antigamente, tornou-se uma das principais fontes de renda e ganhou autoridade, sendo a responsável pela educação, disciplina e afeto de seus integrantes.

Observa-se que a família, historicamente, sempre teve a pessoa da mulher confundida em seu meio doméstico, ou seja, a ela cabia o cuidado do grupo familiar, sem espaço para projeção individual. Daí GOLDRICK (1995) afirmar que a expectativa em relação às mulheres tem sido de que cuidariam das necessidades dos outros: homens, crianças e idosos. O envolvimento da mulher com os integrantes do grupo familiar sempre se manteve por caminhos diferentes do homem, a quem competia a autoridade da casa e o papel de provedor.

O ingresso da mulher no mercado de trabalho, a revolução sexual e tantas outras novidades do mundo moderno trouxeram alterações dramáticas para a família. A mulher ao “invadir” o papel masculino, parece ter esvaziado o papel conjugal e parental do homem. Isso porque não houve no processo de independência da mulher, a necessária discussão sobre a divisão de autoridade e responsabilidades inerentes ao grupo. RIZZINI (2001), observa que em relação aos filhos é ainda da mãe o papel central nos cuidados essenciais. Ambos os pais são provedores; entretanto, a mãe continua sendo a figura central da família. Assim, parece natural que a transformação do vínculo familiar junto ao Judiciário venha acompanhada de diferentes expectativas por parte dos envolvidos, o que dificulta o acordo nas Varas de Família.

Parece verdade, no entanto, não podemos deixar que o empolgante discurso da liberação feminina no espaço doméstico obscureça o outro lado da questão: os homens *continuam pagando o terrível preço, em termos físicos e emocionais, pelos valores de uma cultura que exige que ignorem seus sentimentos e necessidades de relacionamento* (McGOLDRICK, 1995).

Verificamos na trajetória da família no Judiciário, desde o atendimento dos indivíduos até o término do processo, a existência de uma dualidade de sentimentos que leva a situações-limite onde não é possível, para ambos os litigantes, resolver os conflitos familiares de modo consensual. Concordamos com BIASOLI-ALVES (2000) que essa crise possa ser resultado da discussão entre *o velho e o novo*.

Como observa a autora, o final do século XIX e início do XX é marcado por valores tradicionais (respeito, obediência, honestidade, trabalho) que ao lado de valores entendidos como privativos da natureza feminina (submissão, delicadeza no trato, pureza, capacidade de doação, prendas domésticas e habilidades manuais) cunharam o perfil de mulher que seria reproduzido e mantido nas próximas gerações. É certo que muitos desses valores não persistiram no tempo, mas não se pode afirmar que nessas rupturas com o passado, a mulher tenha se libertado das amarras que a prendiam ao cuidado exclusivo com a organização da casa e da família, e o homem de suas expectativas de autoridade. Apesar de uma suposta vida com mais liberdade e igualdade entre os gêneros, a realidade ainda é desigual (JABLONSKI, 2003).

Parece que a Lei, a Família e o Judiciário evoluíram por caminhos diferentes e devem se aproximar. Enquanto isso, como enfrentar a tormentosa questão da proteção da família no Judiciário?

- A igualdade entre o homem e a mulher faz surgir igual responsabilidade com o sustento material e a formação moral da família? Como tratar as famílias reconstituídas a partir de novos relacionamentos? Qual a expectativa do papel da madrasta e do padrasto? Têm direitos e obrigações em relação aos filhos do outro? Quais os direitos e deveres do idoso, cada vez mais integrado à família? Deve-se obrigar um pai a visitar o filho? A Guarda Compartilhada deve ser imposta pelo Juiz?

- Afinal, como identificar o que a sociedade espera em termos de proteção jurídica do compromisso familiar?

É possível sugerir que a discussão “legal” da União Estável tem servido como pano de fundo para o exame crítico de alguns novos valores, no plano da afetividade, que envolvem essas configurações familiares. Entretanto, o debate não tem sido acompanhado de outro de igual importância: como estender a compreensão jurídica desses novos valores à população a fim de possibilitar o diálogo social?

A tendência moderna da aplicação do direito se faz a partir de uma leitura civil-constitucional. O caso concreto deve ser decidido à luz dos princípios constitucionais. Tal perspectiva é importante para as demandas de família, reconhecidamente casuística.

Entretanto, a militância junto às Varas de Família do TJ/RJ tem demonstrado a dimensão desse desafio. Muitos são os casos em que estão envolvidos, por exemplo, os direitos da criança e do idoso, em aparente conflito de interesses. Cabe ao julgador ter sensibilidade para examinar e decidir as questões considerando também a diversidade social e cultural, bem como as expectativas individuais, o que, infelizmente, nem sempre acontece. A formação dos profissionais do Direito tem sido objeto de inúmeras pesquisas no ramo da Sociologia e da Antropologia Jurídicas, justamente para identificar sua implicação nos julgamentos das causas.

De nossa parte, basta acrescentar, que acreditamos que a maior apreensão da dinâmica familiar contemporânea, a discussão e identificação dos direitos e dos deveres familiares, bem como o conhecimento dos mecanismos de proteção disponíveis para essas novas famílias, ajudariam no encontro de soluções mais justas, favorecendo uma melhor prestação jurisdicional.

É o que ensina o magistério da Professora Maria Cláudia BRAUNER (2004):

não devemos incorrer nos mesmos erros do passado, ressuscitando os dogmas que acorrentaram e negaram a diversidade das relações afetivas. O respeito aos princípios consensuais da humanidade, consubstanciados na dignidade da pessoa humana, na igualdade, na liberdade e na intimidade, servirão de fundamento para a construção da nova literatura

jurídica no Direito de Família e das decisões judiciais no âmbito dessas relações (p. 277).

Nunca antes, no mundo jurídico, escreveu-se tanto sobre o Direito de Família, hoje, reconhecidamente de natureza interdisciplinar. A observação das questões familiares que surgem do esgarçamento do tecido social contemporâneo deve ser acrescida de outros olhares para dar conta da complexidade de suas relações.

Em 1988, o constituinte descobriu a família, mudando os rumos e as tendências históricas no país. O que se observa a partir daí é a descoberta progressiva de um ramo especial do Direito, por certo mais sensível à aplicação de soluções padronizadas e, por isso, merecedor de uma aplicação diferenciada da Lei. O que se espera é que o Direito caminhe junto com o Estado e a Sociedade e que se consiga alcançar uma concepção de Justiça que envolva compromissos recíprocos e respeite a diversidade existente no mundo moderno – o que só será possível a partir da discussão aberta de suas expectativas e responsabilidades sociais.

Vale a lição de DWORKIN (1999):

A atitude do direito é (...) uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que queremos ter (p. 492).

2.2. Famílias e o imperativo constitucional: o casal, os filhos e os idosos

• O casal e os filhos

A Constituição de 1988, conforme já assinalado, prevê que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226) e que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (a que a União Estável é equiparada) serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226 § 5º) mediante um planejamento familiar responsável (art. 226 § 7º). Os pais têm o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (artigo 229 e art. 22 do ECA).

Não há mais dúvida, pelo menos formalmente, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I). No entanto, a experiência no Judiciário

tem demonstrado que nem mesmo os dezoito anos da Constituição, tampouco os três anos do Novo Código Civil, foram capazes de afastar o estigma do cuidado feminino, o mito do sexo frágil, tão fortemente forjado pela cultura patriarcal (BOFF, 2004).

Parece que a transformação dos vínculos familiares é diferente para homens e mulheres. Isso porque, de modo geral, ainda é a mulher quem fica com as responsabilidades sem, entretanto, ter recursos para cuidar de sua família. A ruptura da relação do casal redimensiona a família e pode ter como efeitos, entre outros, o afastamento dos pais de seus filhos e a modificação do orçamento familiar que passa a contar quase que exclusivamente com os ganhos da mulher sem, contudo, alterar os gastos dos integrantes do núcleo, o que leva a um severo empobrecimento moral e material da família.

O Código Civil estabelece os direitos e as obrigações do indivíduo em sua relação com os outros indivíduos; no caso específico da família, trata do casamento (art. 1.511 a 1.582); da proteção da pessoa dos filhos (art. 1.583 a 1.590); das relações de parentesco e filiação (1.591 a 1.617); da adoção (art. 1.618 a 1.629); do poder familiar (art. 1.630 a 1.638); do regime de bens do casamento (1.639 a 1.688); da administração dos bens dos filhos menores (art. 1.689 a 1.693); dos alimentos (1.694 a 1.710); do bem de família (art. 1.711 a 1.722); da união estável (art. 1.723 a 1.727) e da tutela e curatela (art. 1.728 a 1.783). Para a proposta do nosso estudo, examinaremos a proteção dos filhos e os deveres comuns ao casal na proteção da família. Os direitos e deveres decorrentes da União Estável, são tratados em Capítulo próprio (1.723 a 1.727).

O Novo Código Civil entrou em vigor em janeiro de 2003. Se é certo dizer que reflete as atuais expectativas dos brasileiros, veremos que, em relação ao casamento, o que a sociedade quer é que ambos os cônjuges sejam responsáveis pelos encargos da família (art. 1.565), pelo livre planejamento familiar (1.565 § 2º) e que cumpram com seus deveres de fidelidade recíproca, coabitação, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos menores e respeito e consideração mútuos (art. 1.566). Quer ainda, que a direção da sociedade conjugal seja exercida pelo marido e pela mulher sempre no interesse do casal e dos filhos (1.567) e que cada qual concorra na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e para a educação dos filhos (1.568).

Do mesmo jeito espera-se que, em caso de separação ou divórcio, sejam mantidos os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (1.579) e que o novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não importe restrições aos direitos e deveres parentais (1.579, parágrafo único).

Já em relação à proteção da pessoa dos filhos, espera-se que em caso de separação ou divórcio consensuais os cônjuges tenham livre decisão quanto a Guarda dos filhos (art. 1.583), já em caso de litígio, a Guarda deve ser atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la (1.584); se nenhum oferecer esta condição, deverá ser deferida a outra pessoa, preferencialmente, um parente (1.584, parágrafo único). O pai ou a mãe que não tiver a Guarda tem direito de visitação (1.589). De toda forma é assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judicial para a solução da divergência (art. 21 do ECA).

A estrutura do Código parece prestigiar os casais casados, com filhos, com moradia comum, com patrimônio, com emprego e que ao se separarem manterão o vínculo com seus filhos na mesma qualidade, dando-lhes carinho, sustento material e emocional, cuidando de sua educação, e administrando bem o novo casamento, se for o caso, que em nada mudará os compromissos anteriores assumidos com os filhos.

Assim, o que temos é um novo paradigma de família a partir de 1988, com a valorização subjetiva de seus integrantes, e uma legislação que tenta dentro do possível atender aos novos ditames de *dignidade*, que, no entanto, parece funcionar mais no plano do ideal, do que no plano real. Na aproximação da família do Judiciário, a experiência pessoal tem permitido observar pelo menos, duas graves questões que impedem uma trajetória mais de acordo com as expectativas dos casais e que ao nosso ver tem sido subestimada pelos Tribunais: a influência da realidade sócio-econômica nos conflitos familiares e uma possível crise nos valores internos de cada um.

No que se refere a segunda questão, parece assistir razão aos que entendem que os valores da modernidade encontram um tipo de resistência nos padrões de tradição. Para GIDDENS (2005:53) existe uma complicada *simbiose entre modernidade e tradição* onde a família, a sexualidade e as divisões entre os sexos permaneceram imensamente saturadas de tradição e costume. Segundo o mesmo autor tradição e costume são coisas diferentes

As características distintivas da tradição são o ritual e a repetição. As tradições são sempre propriedades de grupos, comunidades ou coletividades. Indivíduos podem seguir tradições ou costumes, mas as tradições não são uma característica do comportamento individual de modo como os hábitos o são (p. 51).

Assim, vimos que a Constituição de 1988 iguala homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I) que serão exercidas igualmente na sociedade conjugal (art. 226 § 5º). No entanto, parece que nem mesmo os dezoito anos da Constituição foram capazes de afastar o estigma do cuidado feminino, o mito do sexo frágil, forjado pela cultura patriarcal (BOFF, 2004). Trata-se, portanto, do resultado de uma *tradição*, facilmente aceita pela sociedade, e que parece significar o sacrifício dos projetos pessoais da mulher para cuidar da família e a perpetuação da dominação masculina. BOURDIEU (2003) sugere que a dominação masculina persiste nas sociedades modernas e é ainda tão presente que as relações de força materiais e simbólicas que a mantém encontra-se fora da unidade doméstica, em instâncias como a Igreja, a Escola e o Estado.

Por sua vez, em relação a primeira, já vimos que a condição sócio-econômica da família influi na relação do casal, no cuidado que espera haver entre si e com os filhos. Afinal, é difícil manter o equilíbrio nas relações diante da falta de perspectivas materiais e morais.

Por sua vez, o conflito que chega ao Judiciário, carregado de *pobreza* e *tradição* será dirimido diante dos valores que compõe o paradigma da nova família brasileira, tendo que respeitar, entre outros, os direitos do casal e dos filhos. Vejamos o diálogo entre o social e o jurídico na questão do antigo Pátrio Poder, hoje, Poder Familiar. RIZZARDO (2005) citando (OLIVEIRA & MUNIZ, 1990) sugere que

O pátrio poder, que é um efeito da filiação, se apresenta como uma situação jurídica complexa que compreende poderes e deveres de guarda, vigilância, assistência e representação dos filhos. É poder inerente à personalidade dos pais, mas que encontra seus limites na personalidade dos filhos e nas necessidades da educação, que, antes de ser um dever jurídico, é um dever ético-social (p.3)

Esse é o discurso legal. Temos aí várias questões, ficamos com a possibilidade do cumprimento pelos pais de seu poder-dever de cuidar dos filhos e os limites entre os direitos dos pais e os dos filhos, impostos pela lei. Insistimos que o discurso legal é distanciado do mundo real, e é ele que será cobrado no Judiciário. Vamos chamar os poderes e deveres legais – guarda, vigilância, assistência e representação – de *poder-dever de cuidado* para sugerir a seguinte questão: considerando todas as dificuldades sociais, econômicas, culturais, etc do país, é possível a família ter a consciência da dimensão de seu *poder-dever de cuidado* com os filhos?

Considerando que mesmo que tivessem essa consciência, como exigir o cumprimento desse *poder-dever de cuidado*?

E, sabemos que o Poder Familiar pode ser suspenso ou extinto por decisão judicial (art. 1.635, V e art. 1637, ambos do Código Civil de 2002) em decorrência de abuso de autoridade, descumprimento dos deveres, castigo imoderado, abandono, atos contrários à moral e aos bons costumes, o que nos parece uma cruel contradição.

Diante do conflito entre os direitos adquiridos, os valores da modernidade, os valores internos dos sujeitos e as questões sociais do país, a família se aproxima do Judiciário sem muita opção. Os princípios constitucionais que visam garantir dignidade à família parecem mais, asseverar a sua exclusão social.

- **Os idosos**

A Constituição da República de 1988 integrou de forma definitiva o idoso nos cuidados da família. O legislador constituinte em capítulo próprio – Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso – fez referência expressa ao dever dos filhos de ajudar e amparar os pais na velhice, na carência ou na enfermidade (art. 229) e da responsabilidade solidária da família, da sociedade e do Estado na defesa da dignidade e do bem-estar da pessoa idosa (art. 230).

Temos que os direitos e deveres dos idosos, em sua interação familiar, têm por base o Princípio da Dignidade Humana, imperativo constitucional; e por objetivo, o fortalecimento da instituição familiar. (art. 1º, III e art. 3º, IV da CRFB 88);

O Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003 – interpretou e definiu a disposição constitucional, acrescentando a indispensável sistematização social e jurídica para

esse compromisso, valorizando a convivência familiar como aspecto do direito à liberdade (art. 10 § 1º, V) e priorizando o atendimento do idoso em seu lar, no seio da família natural ou substituta (art. 37), em detrimento do atendimento asilar (art. 3º e art. 3º, parágrafo único, V). Reconhecida a condição de idoso aos maiores de 60 anos (art. 1º), esses deverão ser cuidados, preferencialmente, pela sua família, possibilitada a sua inscrição como dependente econômico para fins legais (art. 36).

Por sua vez, o Estatuto estabelece que a obrigação alimentar em favor dos idosos é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores (art. 12); pode, ainda, realizar um acordo perante o Promotor de Justiça, membro do Ministério Público, valendo o mesmo como título extrajudicial (art. 13) e, finalmente, é assegurado ao idoso o seu sustento pelo Poder Público, em caso de impossibilidade própria ou de seus familiares (art. 14). O papel do Ministério Público foi ampliado para promover, se necessário, e acompanhar todas as ações de alimentos e as de interdição total ou parcial dos idosos, bem como officiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em situação de risco (art. 74, II).

O Código Civil é o diploma que normatiza as relações entre os indivíduos, a família e o patrimônio. Assim, também ele retrata a preocupação da sociedade com as pessoas idosas e a sua inserção na família. Entretanto, se a preocupação, no antigo Código Civil, era de caráter patrimonial, o novo Código Civil, tenta adaptar-se aos ideais constitucionais de dignidade humana, transferindo o foco de sua atenção com o idoso para os princípios éticos da convivência familiar.

A proteção aos idosos no Código Civil de 2002 vem, em poucos artigos, trazendo preocupação com a questão patrimonial e sustento material: estabelece a obrigatoriedade do casamento do maior de 60 anos pelo regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641); reitera a obrigação alimentar entre os parentes (art. 1.694 e 1.696).

A perspectiva da legislação traz para o âmbito da família importante discussão sobre seus novos compromissos, que, se antes existiam tão somente sob a ótica moral, hoje existem por previsão legal, ampliando as frentes de enfrentamento à lesão de direitos dos idosos, pela via judicial, ainda que se tenha que conhecer e realizar uma varredura em toda a legislação do idoso para propor a

ação no Juízo de Família. Trata-se, principalmente, mas não exclusivamente, dos dispositivos constitucionais, os do Estatuto do Idoso e os do Código Civil.

Esse alerta é no sentido da responsabilidade dos profissionais do Direito com o estudo sistemático da legislação e dos entendimentos que vão surgindo nos Tribunais sobre a matéria e da preocupação com a vulnerabilidade do cidadão frente a essas questões. Um processo *mal ajuizado* pode causar prejuízo irreparável ao cidadão.

Para efeito desse estudo analisaremos a interação do idoso com a sua família natural, ou seja, a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25 do ECA) e cujo eventual conflito será dirimido nas Varas de Família; tal proposta afasta a discussão da Vara da Infância, Juventude e do Idoso que recebe as demandas dos idosos em *situação de risco*; o que, na prática, é de difícil distinção.

O art. 70 do Estatuto do Idoso prevê a criação de Juízos especializados para o atendimento ao idoso. O Estado do Rio de Janeiro, através da Lei 4.504/2005, ampliou a competência da 1ª Vara de Infância e da Juventude, que passou a denominar-se Vara da Infância, da Juventude e do Idoso e que segundo as atribuições do art. 92 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro – CODJERJ, permite acolher a pretensão dos idosos abrigados, abandonados ou em situação de risco, nos termos do art. 43 do Estatuto do Idoso, ou seja: na falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento.

Questão tormentosa é estabelecer o que é *situação de risco* e o que não é, quando então o conflito será tratado pelas Varas de Família. Várias são as dúvidas: Diante da situação da Saúde Pública nesse nosso Brasil, demandar no Judiciário ajuda financeira aos filhos para o pagamento de plano de saúde é situação de risco? E a privação da convivência familiar com os netos? Vara de Família ou Vara do Idoso?

As garantias especiais de acesso à justiça pelo idoso, além das Varas Especializadas, contam com a prioridade de tramitação nos processos em que são partes (art. 71), a prioridade de atendimento pela Defensoria Pública (art. 71 §3º), e o foro privilegiado que determina o ajuizamento das demandas no local de domicílio do idoso (art. 80).

Uma pesquisa informal, realizada em janeiro de 2006 no *site* eletrônico do TJ/RJ, buscando ementas de decisões de 2ª Instância, no período 2003 a 2005, em processos envolvendo idosos, permitiu observar o elevado número de demandas judiciais ajuizadas pelos idosos nas Varas de Fazenda Pública, nas Varas Cíveis e nos Juizados Especiais Cíveis. Essas demandas em sua maioria são relacionadas com o fornecimento de medicamentos pelos Órgãos Públicos, a aquisição e utilização de passes livres nos transportes públicos, os aumentos abusivos nos contratos de plano de saúde e os serviços bancários.

Por sua vez, a mesma busca realizada nas Varas de Família seguindo os mesmos critérios, não obteve tantos resultados, sugerindo que os conflitos familiares envolvendo os idosos, ainda não têm muita visibilidade; no entanto, é possível perceber que as demandas existentes dizem respeito não só à assistência material, mas também à assistência moral: são ações de divórcio, separação, pensão alimentícia, mas também, novas questões, como pensão alimentícia dos idosos para os netos, visitação e guarda dos netos e dos próprios idosos, além de maus tratos pelos familiares.

Essas questões transcendem os limites das definições legais e se aprofundam no plano sociológico. No entanto, há uma cultura residual fundada em conceitos conservadores no Tribunal que não permite a apropriação da dinâmica nas relações familiares, dificultando uma solução efetiva. Resolve-se, momentaneamente e pontualmente a questão, que, por isso mesmo retornará ao Judiciário a seguir.

Vejamos a decisão da Apelação Cível 2004.001.09162 (Des. Rudi Loewenkron - Julgamento: 01/09/2004 - Décima Sétima Câmara Cível do TJ/RJ) apenas para ilustrar a densidade e a complexidade das questões que envolvem os idosos no âmbito familiar e que chegam ao Judiciário para “*solução*”.

2004.001.09162 - APELACAO CIVEL

DES. RUDI LOEWENKRON - Julgamento: 01/09/2004 - DECIMA SETIMA
CAMARA CIVEL

ACAO CAUTELAR. AFASTAMENTO DO LAR. FILHO MAIOR. AGRESSAO FISICA. POSSIBILIDADE DA MEDIDA

CIVIL - PROCESSUAL - FAMÍLIA - MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DO FILHO MAIOR DO LAR DOS SEUS GENITORES IDOSOS. É inteiramente cabível e pertinente que a Justiça acate o pedido de uma mãe, senhora idosa com problemas de saúde para o afastamento do seu filho maior, advogado, da sua residência, moradia própria, quando patente a desintegração familiar, a total incompatibilidade de relacionamento, já registradas ocorrências policiais por mútuas agressões físicas e ameaças, estando provada também a inimizade entre esse filho e a sua irmã, moradora em outro local, constando pela versão do descendente, que tudo remonta a fatos ocorridos a partir do berço e sabendo-se que o marido da autora, pai do réu embora não comungue dos ataques consignados nos autos, confessa a sua inoperância na tentativa de conciliar os litigantes e ainda se prestou a acompanhar a sua esposa a um cartório de notas onde por instrumento público firmaram testemunhos com a intenção de endereçar toda a sua parte disponível para a filha registrando a ingratidão do filho. É que para o respaldo judiciário era o bastante constatar o alto grau de deterioração das relações; trata-se o imóvel de propriedade por meação da autora do pedido; inexistir providência objetiva do outro meeiro opondo-se ao exercício do direito; não haver obrigação legal da garantia da residência nas condições justificadas com a prestação por pais idosos com saúde abalada a filho maior, formado e em tese capaz de prover a própria subsistência, presente finalmente o risco de repetir-se atos de violência entre os desavindos.

É possível perceber que as questões são bastante complexas, envolvendo desatenção, desafeto, maus tratos físicos e psicológicos, ou seja, a falta do mais elementar sentido de compreensão, solidariedade e de respeito mútuo, o que reforça a importância da presença de uma equipe interdisciplinar nas Varas de Família com a finalidade de melhor informar a decisão dos Tribunais também nos conflitos envolvendo idosos. O abandono, a agressão, o isolamento e a desassistência na velhice estão com frequência nos relatos que são levados ao Judiciário a despeito da enorme quantidade de informação e de literatura disponível e das numerosas políticas públicas de defesa ao idoso, configuradas no Plano Nacional de Proteção ao Idoso e no Plano Nacional de Direitos Humanos.

A condição, por muitas das vezes, vulnerável dos idosos na relação familiar faz com que sejam maltratados sem reagir, em fenômeno análogo ao da violência contra a mulher e a criança, engrossando, com o seu silêncio, as estatísticas da violência doméstica.

Observamos, por tudo o que vimos até agora, ser de difícil aplicação pelas Varas de Família os princípios constitucionais quando há direitos, aparentemente, em conflito como no caso da criança, do idoso e do Estado, envolvidos em um

mesmo processo, principalmente quando confrontados com as questões sociais do país. Como resolver? Buscando a prevalência do social sobre o individual? Investindo em equipes multidisciplinares capazes de avaliar as situações de risco? Discutindo abertamente com a sociedade essas questões?

Vivemos novos tempos, com dinâmica familiar única em cada caso concreto. Difícil aplicar bem o direito sem levar em consideração a expectativa das famílias e dos indivíduos, bem como a realidade social das partes envolvidas. A intervenção do Estado no plano privado deve vir acompanhada da preocupação de um Judiciário *competente e atuante*, capacitado a tratar os conflitos familiares de forma integrada a outros saberes, possibilitando ampla discussão da realidade e das preocupações da família contemporânea em um país de graves questões sociais – única possibilidade de assegurar a proteção aos direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Brasileira.

Assim, em que se preze o teor das decisões, muitas delas verdadeiros tratados de direitos, essas de nada valem se não forem capazes de alcançar sua primordial função: pacificar as relações sociais.

2.3. Famílias no Judiciário: a difícil convivência entre direitos sociais e direitos individuais

A Constituição de 1988 inovou ao trazer um capítulo próprio para os direitos sociais (art. 6º da Constituição de 1988). No entanto, mesmo com esses direitos tão bem delineados no texto constitucional ninguém duvida que a maioria dos brasileiros enfrenta problemas com o acesso à educação, a saúde, ao trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e que, certamente, esses problemas representam entrave ao alcance da cidadania plena.

Por outro lado, muito se tem avançado na discussão da garantia dos direitos individuais e coletivos no Brasil consagrados no art. 5º na mesma Constituição. Esse artigo estabelece a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como assegura os direitos e garantias adotados em todas as convenções e pactos internacionais em que o Brasil é signatário.

Assim, percebe-se uma difícil convivência entre os direitos individuais e os direitos sociais. A discussão dos direitos individuais no Brasil integra a discussão dos Direitos Humanos, com especial ênfase aos Princípios que deram origem a sua recepção pela maioria das Constituições dos países ocidentais na Era Moderna. A generalização afasta a discussão dos direitos sociais, estes específicos de cada país, gerando prejuízo à concretização da justiça enquanto valor e instituição.

Com efeito, a *Justiça* enquanto valor é, visceralmente, ligada à idéia de liberdade e de igualdade. O homem enquanto pessoa deve ser livre e enquanto ser social deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade. Daí que a sua maior ou menor presença na vida dos cidadãos é justamente a medida de *democraticidade* de determinado regime político. (BOBBIO, 1996).

No entanto, se por um lado a liberdade é um valor individual, uma propriedade do homem, já a igualdade é uma relação que se estabelece entre pessoas ou situações.

Daí também que a aplicação da justiça através do Poder Judiciário não pode prescindir da cuidadosa observação do valor individual de liberdade e tampouco pode se afastar das relações sociais de igualdade entre os cidadãos, sob pena de não cumprir o objetivo de pacificação dos conflitos e da necessária contribuição para o alcance da cidadania.

A cidadania, por sua vez, é um *status* que só pode ser concedido, na visão de MARSHALL (1967), àqueles que são iguais em direitos e obrigações e que só pode ser alcançado com o combate às desigualdades através do incremento dos direitos sociais. Segundo SILVA (1995), direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais do homem são

prestações positivas proporcionada pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a *igualização* de situações sociais desiguais (p. 277).

A Constituição de 1988 estabelece que os titulares dos direitos sociais sejam todos os cidadãos, em especial, os menos afortunados que dependem da implementação de políticas públicas para lidar com suas carências sociais, o que coloca o Estado na posição de principal sujeito passivo na exigência desses direitos e o Judiciário como garantia da promessa constitucional. É, nesse caso,

assegurar o *direito a ter direitos* (ARENDT, 1988). Os direitos sociais, direitos de segunda geração, nascem, justamente, para garantir as condições materiais para se alcançar os direitos individuais anteriormente adquiridos, direitos de primeira geração.

A idéia de cidadania, segundo a Prof. Maria Victoria BENEVIDES, é uma idéia eminentemente política que não está necessariamente ligada a valores universais, mas a decisões políticas. Segundo a Autora,

É conhecida a relação muitas vezes vista como dilemática entre igualdade e liberdade. Ora, os direitos civis e políticos exigem que todos gozem da mesma liberdade, mas são os direitos sociais que garantirão a redução das desigualdades de origem, para que a falta de igualdade não acabe gerando, justamente, a falta de liberdade. Por sua vez, não é menos verdade que a liberdade propicia as condições para a reivindicação de direitos sociais.

Assim a discussão de *justiça* integrada unicamente a discussão dos direitos individuais, principalmente, através dos Direitos Humanos, pouca contribuição tem trazido para a discussão dos direitos sociais no Brasil. Compreender a *justiça* como parte integrante dos direitos individuais e dos direitos sociais parece conveniente e pode significar o liame necessário à solução dos problemas da duvidosa efetividade das decisões no Judiciário. Esse exercício de reflexão leva ao reconhecimento dos ditames da justiça social, expressamente, adotados pelo legislador constituinte de 1988: a ordem social brasileira tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

Temos que a *justiça* encontra seu caminho no Estado Democrático de Direito traduzido, em sua melhor forma, na Constituição Federal de 1988. No entanto, sua concretização depende, inexoravelmente, da observação pelos magistrados do significado dos objetos sociais (SILVA, 1995) e do tratamento prioritário da questão social no país. **E como essa problemática se insere na discussão da família brasileira no Judiciário?**

Vimos não só que a intervenção do Estado na regulação da vida privada evidenciou o Judiciário como alternativa para as soluções dos conflitos familiares, mas também que a família mudou em razão dos novos costumes, da aquisição de novos direitos, da evolução científica e da globalização econômica. O distanciamento do Judiciário das questões sociais e a falta de efetividade das

decisões judiciais frustra as expectativas das famílias e aumenta as contradições sociais significando, para as famílias pobres, desagregação e ainda maior desigualdade e exclusão social.

De acordo com YASBECK (2003) *são pobres aqueles que, de modo temporário ou permanente, não têm acesso a um mínimo de bens e recursos sendo, portanto, excluídos em graus diferenciados da riqueza social.*

Já para TELLES (1996) a questão social é uma categoria que expressa as contradições socialmente construídas. Segundo a autora

“... a questão social é a aporia das sociedades modernas que põe em foco a disjunção, sempre renovada, entre a lógica do mercado e a dinâmica societária, entre a exigência ética dos direitos e os imperativos de eficácia da economia, entre a ordem legal que promete igualdade e a realidade das desigualdades e exclusões tramada na dinâmica das relações de poder e dominação” (p. 85).

Ora, se família tem especial proteção do Estado por imperativo constitucional é possível afirmar que o vínculo familiar é prestigiado na atual ordem de valores da sociedade brasileira e passa a ser questão social. Passa a ter dimensão política, quando, para sua manutenção e desenvolvimento, necessitar da proteção do Estado (VICENTE, 2002). Por sua vez, se é questão social, é passível de políticas públicas e o Estado deve participar coibindo a injustiça social que pode levar a desagregação familiar.

Em uma interpretação sistemática da Constituição de 1988, percebe-se que os direitos sociais, apesar de serem objetos de capítulo próprio inserido nos direitos e garantias fundamentais não podem, em sua interpretação, serem afastados de seu conteúdo, o que só vem a ser definido no Título VIII: Da Ordem Social (art. 193 a 232). Assim, se é verdade que os princípios norteadores da aplicação do direito de Família encontram-se especialmente definidos no texto constitucional nos arts. 226 a 230, não é menos verdade que essa matéria está inserida no título dedicado a ordem social.

Assim, a família deve ser compreendida como uma entidade que engloba diferentes necessidades na medida em que são diferentes suas realidades e os seus integrantes. A visão de conjunto é importante na promoção de políticas públicas a fim de garantir a família como espaço de sobrevivência e proteção integral de seus membros. Sem a devida intervenção do Estado, a prioridade dada à família no

cuidado de seus vínculos e manutenção de sua estrutura torna-se tarefa por demais árdua em razão de sua evidente situação de vulnerabilidade sócio-econômica.

A decisão judicial distanciada da realidade do cidadão que não tem creches para deixar seus filhos pequenos, tampouco escolas em horários compatíveis com a sua jornada de trabalho, empregos com carteira assinada com benefícios e salários regulares, moradia adequada às suas necessidades, sistema de saúde confiável e tantas outras privações que se apresentam aos brasileiros, é uma decisão fadada ao insucesso e que gera um gasto público desnecessário por parte do Judiciário.

Junto às grandes políticas nacionais direcionadas à família parece ser preciso ampliar as redes de apoio social, incrementando estratégias comunitárias, colocando a família como alvo das políticas locais de promoção do bem estar e da justiça social.

Torna-se, portanto, difícil falar em direitos individuais sem falar em direitos sociais já que a garantia de um é justamente a existência do outro. O discurso dos direitos individuais e dos direitos sociais para caminharem na direção de políticas públicas efetivas voltadas para a família deve incluir-se reciprocamente, bem como deve ser o resultado de uma parceria com a própria família e a sociedade, resgatando a necessária dimensão humana e social, ofuscada pelas políticas meramente econômicas.

2.4. Judiciário e o acesso à justiça pelo cidadão comum

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

(Preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988)

A Constituição da República prevê que todos são iguais perante a lei (art. 5º), que, por sua vez, não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito do cidadão brasileiro (art. 5º, XXXV) assegurado, com base na Emenda Constitucional 45/2004, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII).

A Advocacia e a Defensoria Pública e o Ministério Público são consideradas funções essenciais à justiça. O art. 133 da Constituição da República de 1988 diz ser o advogado indispensável à administração da justiça. Por sua vez, a previsão constitucional da Defensoria Pública está no artigo 134, que lhe atribui a orientação jurídica e a defesa dos necessitados. Já o Ministério Público (art. 127) tem, entre suas atribuições, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Parece ser possível afirmar que o individualismo da origem do Estado, a preocupação com questões políticas em detrimento das questões sociais e o desinteresse por políticas públicas voltadas para educação da família, cedeu em face de uma perspectiva mais solidária de direitos que teve como um de seus resultados, a maior aproximação do cidadão do Judiciário. Assim, o protagonismo do Judiciário parece ser fruto da *reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade* (VIANNA et al., 1997).

Todavia, a maior (e inesperada) aproximação do cidadão do Judiciário e o necessário enfrentamento de novos casos concretos, parecem ter evidenciado diversas questões, entre elas o possível despreparo do Poder Judiciário para receber e lidar com o aumento e a complexidade dessas demandas, sugerindo uma inadequação *material, conceitual e doutrinária para dar conta dos novos problemas* (VIANNA et al.; 1997) e o fato de que as garantias constitucionais de acesso à justiça não afastam a *pobreza no sentido legal* – essa identificada com a incapacidade que muitas pessoas têm em utilizar plenamente a justiça e suas instituições (CAPPELLETTI, 1988).

A obra de Mauro CAPPELLETTI (1988) vem responder as inquietações de *como, a que preço e em benefício de quem* os sistemas jurídicos modernos funcionam. Segundo o autor o sistema jurídico tem duas finalidades básicas: reivindicar direitos e resolver litígios. Para isso, deve ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. O autor identificou três movimentos em torno do acesso à justiça a partir de 1965, a que chamou de *ondas*: a primeira onda foi a assistência judiciária para os pobres; a segunda, a representação jurídica para interesses difusos, especialmente na área ambiental e do consumidor e a terceira, chamou de *ênfase de acesso à justiça*, que se revestiu em uma tentativa de atacar as barreiras de acesso de modo articulado e compreensivo. Por sua vez essa barreiras seria em relação ao

Judiciário e ao cidadão. Entre os problemas identificados para um e outro grupo estariam, por exemplo, os seguintes:

- **Judiciário:** a morosidade, formação dos profissionais, falta de transparência e mecanismos de controle, custo, corporativismo, impunidade e nepotismo.
- **Jurisdicionados:** desconhecimento de direitos e deveres, desconhecimento da legislação em vigor, desconhecimento do Judiciário e sua formação, dificuldade de compreensão do discurso jurídico e falta de efetividade das decisões judiciais.

Sugere-se que as dificuldades observadas reforçam a crença que a *justiça* não é voltada para o cidadão comum, bem como agravam os conflitos familiares na medida que não favorecem a sua solução.

Os problemas apontados por CAPPELLETTI (1988) como dificuldades do cidadão de acesso à justiça (desconhecimento de direitos e deveres, desconhecimento da legislação em vigor, desconhecimento do Judiciário e sua formação, dificuldade de compreensão do discurso jurídico e falta de efetividade das decisões judiciais) reveste-se de extrema atualidade para a realidade brasileira. A aquisição de direitos de acesso à justiça pelo cidadão comum no nosso país parece ainda estar no plano do *ideal*.

Sabemos que se vive hoje no Brasil uma contradição entre uma ampla garantia de direitos e as dificuldades de concretização; e o que impressiona ainda mais é a pouca importância que parece ter essa discussão. TELLES (1998), por exemplo, sugere que a pobreza é figurada como problema que não diz respeito aos parâmetros que regem a vida em sociedade, e não coloca em questão as regras da equidade e justiça nas relações sociais.

Vejamos, por exemplo, a questão do desconhecimento de direitos e deveres: como é possível ao cidadão cumprir com o compromisso ético assumido com a sociedade através da observância de certos direitos e deveres sem os conhecer? Os direitos e deveres que lhe são reconhecidos através das leis parecem ficar confundidos uns com os outros em um emaranhado de leis que lhes são desconhecidas ou não têm aplicação concreta na sua vida cotidiana (CHUAIRI, 2001), criando situação de extrema desigualdade e insegurança social.

A situação é ainda mais grave se lembrarmos que *ninguém pode se escusar de cumprir a lei, alegando que não a conhece* (art. 3º da Lei de Introdução do

Código Civil – Decreto-Lei 4.657/42) e em um país de tantas leis, tal dispositivo legal chega a ter ares de crueldade, principalmente diante da ignorância em que é mantida a maioria dos cidadãos brasileiros.

O que parece funcionar para as famílias pobres, mais do que o Judiciário, ainda são as formas alternativas de resolução de conflitos oferecidas por algumas instituições de apoio social: igreja, hospitais, escolas, etc. Os cidadãos convivem com regramentos de conduta paralelos aos oficiais.

Nesse sentido, SANTOS (2002) em estudo realizado em uma favela carioca em 1970, já identificava o pluralismo jurídico a que estavam sujeitos os moradores da comunidade. Segundo o autor, *existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica*. Sugere-se uma atitude de omissão do Estado na solução dos conflitos jurídicos do cidadão pobre, na medida em que o estudo de Boaventura Sousa SANTOS, realizado há 36 anos atrás, anterior a Constituição de 1988, reveste-se, assim como os estudos de Mauro CAPPELLETTI (cuja versão preliminar foi publicada em 1976), de inegável atualidade. Diz SANTOS que

em primeiro lugar, juízes e advogados eram vistos como demasiado distanciados das classes baixas para poder entender as necessidades e as aspirações dos pobres. Em segundo lugar, os serviços profissionais dos advogados eram muito caros (...) uma terceira razão invocada para não recorrerem aos tribunais reside no fato de saberem desde o início que a comunidade era ilegal à luz do direito oficial (p. 91)

A descrição de um dos moradores entrevistados na pesquisa dá a dimensão do descrédito e da impotência do cidadão pobre diante do aparato jurídico que o afasta das reais possibilidades de acesso à justiça.

“nós estávamos brigando por barracos e pedaços de terra que, do ponto de vista dos advogados, não valiam nada. Além disso, quando você contrata um advogado, você é de uma classe mais baixa do que a dele e ele fica muito a fim de fazer acordos com outros advogados e com o juiz, que podem prejudicar os seus interesses. Então ele vem a você com aquele jeito de falar de advogado e tenta convencer que foi o melhor que podia fazer por você, e que, afinal de contas, o acordo não era tão mal assim. E você não pode fazer nada” (...) **“nós éramos e somos ilegais”** (...) “os tribunais têm que seguir o código e pelo código nós não tínhamos nenhum direito” (...) “nos jogar na cadeia” (p. 91)

O autor continua para expressar a relação entre a ilegalidade e a condição do próprio sujeito.

A expressão **“nós éramos e somos ilegais”**, que, no seu contexto semântico, liga o *status* de ilegalidade com a própria condição humana dos habitantes de Pasárgada, pode ser interpretada como indicação de que nas atitudes destes para com o sistema jurídico nacional tudo se passa como se a legalidade da posse da terra se repercutisse sobre todas as outras relações sociais, mesmo sobre aquelas que nada tem a ver com a terra ou com a habitação (p.92)

Acreditamos que muitos dos problemas da população pobre não são (e não podem juridicamente ser) levados ao Judiciário: a questão da posse, por exemplo, é um deles, já que não existe tratamento jurídico que assegure ao detentor da posse a sua propriedade. A instância utilizada para resolver inúmeras situações, principalmente em relação à habitação e à violência doméstica, é Associação de Moradores, ou até mesmo, as facções criminosas locais.

Para aqueles que chegam ao Judiciário, nos dias atuais, a porta de entrada tem sido a Defensoria Pública, os Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito, os Centros de Defesa de Direitos e os escritórios particulares dos Advogados. No entanto, os problemas são inúmeros em todas essas frentes, não só pelo volume da demandas, mas também, como vimos, pelo maior ou menor comprometimento dos profissionais com a causa.

A Defensoria Pública é quem recebe a maior demanda da população pobre, mas não é novidade que, justamente, é o excessivo número de demandas que tem comprometido os seus resultados. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro é considerada uma das mais eficientes do Brasil. O defensor público é profissional concursado, com o necessário conhecimento técnico e, geralmente, bastante comprometido com as causas que defende. Entretanto, percebe-se a partir dos dados da Pesquisa sobre as Defensorias Públicas realizada pelo Ministério da Justiça – *Pesquisa Defensorias Públicas, Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário/PNUD, 2004* – que a estrutura de funcionamento ainda é precária diante da imensa demanda gerando duvidosa articulação entre os defensores e os estagiários, prejudicando o ajuizamento e o bom andamento dos processos.

As dificuldades da representação processual do cidadão, como vimos, já era uma das questões de CAPPELLETTI (1988) e SANTOS (1987) desde os anos 70.

No mesmo sentido é a preocupação atual de MARINONI (2004) que propõe que a desigualdade na representação processual do cidadão pelos advogados passa por questões de várias ordens, principalmente, no que diz respeito às vantagens e desvantagens dos pequenos e os grandes escritórios. Segundo o autor, o cidadão pobre que procura um advogado pode acabar preso aos pequenos escritórios de bairro que enfrentam problemas para se manter e não tem como oferecer uma boa assistência jurídica. Por sua vez, o cidadão não tem como avaliar o trabalho do profissional que contrata.

Já os Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito e os Centros de Defesa de Direitos ou realizam apenas a orientação jurídica e o encaminhamento do cidadão, geralmente para a Defensoria Pública; ou tem estrutura limitada o que não permite muitos atendimentos.

A representação processual é um dos problemas do cidadão comum, mas não é o único. Voltamos a CAPPELLETTI (1988): o cidadão fica paralisado diante do desconhecimento de direitos e deveres, da legislação em vigor, do funcionamento do Judiciário, do discurso jurídico e da falta de efetividade das decisões judiciais, em evidente prejuízo aos seus direitos.

Sabemos que a ignorância gera a inércia diante dos fatos da vida. A ignorância para aqueles que ainda conseguem se inserir no mercado formal de emprego – contribui para manter o trabalhador preso a sua condição subalterna, refém do empregador e afastado do universo jurídico. Para parte da população brasileira que sequer emprego tem o que resta é o total abandono ou como quer FARIA (1994): passa a viver mais no “estado de natureza” – sem leis, à mercê das inúmeras formas de violência física ou moral – do que no “estado civil” – esse último fundado no império da lei, na segurança jurídica e no direito a ter direitos. Para todos, falta consciência que à violação de um direito se contrapõe o dever moral de defendê-lo.

Parece que o modelo liberal clássico não conseguiu manter um padrão mínimo de vida para os cidadãos e o Estado chamado a regular a economia de mercado de forma a assegurar o pleno emprego, serviços sociais universais e assistência social (SILVA, 1999).

Entretanto, nem mesmo a duvidosa concretização dos ideais do Estado de Bem Estar Social no Brasil – com a intervenção do Estado na economia em busca de melhor qualidade de vida do administrado e a minimização da injustiça social –

conseguiu a tão necessária aproximação do cidadão do Judiciário garantindo a plena realização dos direitos sociais indispensáveis à efetividade das conquistas sociais (AZEVEDO,1999). Não obstante, é nesse período, mais precisamente no período da redemocratização (1945-1964) que foi instituída a Lei 1.060/50 concedendo Gratuidade de Justiça para os cidadãos necessitados. Assim, tentou-se solucionar o aspecto *econômico* do acesso à justiça que isolado dos aspectos sociais e culturais, não deu conta de resolver a questão. A preocupação com a identificação da dimensão do problema do acesso à justiça, como vimos em CAPPELLETTI (1988), viria a partir de 1965.

O investimento do Estado nos serviços públicos representou significativa aquisição de novos direitos sociais e a integração das classes trabalhadoras no mercado de consumo. Essa mudança nas relações sociais causou um aumento natural no número de demandas junto ao Judiciário trazendo, então, para discussão a questão do acesso à justiça. Esse fenômeno é assim compreendido por BOAVENTURA SANTOS (2003):

A igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, uma confrontação que em breve se transformou num vasto campo de análise sociológica e de inovação social centrado na questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais (p. 165)

A discussão sobre o acesso a justiça ajudou a evidenciar a própria contradição legal que envolve a população de baixa renda. AZEVEDO (1999) referindo-se ao período do Bem Estar Social e sua expressão no país sugere a existência a distância entre o país legal e o país real.

A retomada dos ideais de justiça a partir da crença que o igualitarismo promovido pelo Estado do Bem-Estar social destruía a liberdade dos cidadãos e que a desigualdade era necessária à prosperidade da sociedade (ANDERSON, 1995), significou um agravamento das condições sociais no país, evidenciando expressões como pobreza, exclusão, desemprego e violência.

Não obstante, a produção legislativa divorciada dos problemas da pobreza no país segue seu curso em todas as áreas do Direito, com a promulgação de inúmeros diplomas legais, gerando uma pacífica convivência entre a miserabilidade do mundo real e a aquisição de direitos no plano formal. O Brasil consolidou instituições e práticas políticas formalmente democráticas sem, no entanto,

conseguir dar conta da questão social (WANDERLEY, 2001). Tanto é verdade que em meio à problemática social foram promulgados, entre outros: a Constituição de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), Código de Defesa do Consumidor (1990), Lei dos Juizados Especiais Cíveis (1995), Novo Código Civil (2002) e o Estatuto do Idoso (2003).

Se por um lado os diplomas legais asseguram ao cidadão no plano formal a existência de direitos; por outro, se o seu conhecimento não for difundido e debatido junto ao cidadão, de nada vale. Em tempos de idéias neoliberais e de globalização – onde a informação e a especialização tornam ainda mais competitivo o mercado de trabalho e asseveram a condição de pobreza e exclusão de milhares de brasileiros e transformam as relações familiares – o espaço de discussão do Judiciário se torna em especial importante.

A família, como toda e qualquer instituição social sofre os efeitos de sua transformação através dos tempos adaptando-se ao reclames das relações contemporâneas e deve poder conhecer e contar com um Judiciário apto a ajudar nas soluções de seus conflitos a partir de suas reais necessidades, o que se percebe é que *o tempo do Judiciário tornou-se incompatível com a velocidade da vida* (ALVES, 2000).

O acesso à justiça é um direito individual, uma expressão de cidadania, e muitos são os brasileiros que não são tratados como cidadãos. Entretanto, o Judiciário deve ser finalmente reconhecido como espaço do cidadão comum e o acesso à justiça reconhecido como direito individual e passível de políticas públicas que, por sua vez, devem trazer a família contemporânea para o âmbito de suas discussões.