

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANTROPOLOGIA

**“*AQUI A GENTE ADMINISTRA SENTIMENTOS*”:
FAMÍLIAS E JUSTIÇA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**

DAYSE AMÂNCIO DOS SANTOS

**Recife
2010**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANTROPOLOGIA

**“AQUI A GENTE ADMINISTRA SENTIMENTOS”:
FAMÍLIAS E JUSTIÇA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**

DAYSE AMÂNCIO DOS SANTOS

*Tese de Doutorado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em
Antropologia da Universidade Federal de
Pernambuco como parte dos requisitos
necessários para obtenção do título de
Doutora em Antropologia.*

Orientador: Professor Dr. Russell Parry Scott

**Recife
2010**

Santos, Dayse Amâncio dos

“Aqui a gente administra sentimentos”: famílias e justiça no Brasil contemporâneo / Dayse Amâncio dos Santos. – Recife: O autor, 2010.

XII, 238 folhas : il., fig., tab.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CFCH. Antropologia, 2010.

Inclui: bibliografia.

1. Antropologia. 2. Família – Parentesco. 3. Afeto(psicologia). 4. Direito de família. 5. Judiciário. I. Título.

**39
390**

**CDU (2. ed.)
CDD (22. ed.)**

**UFPE
BCFCH2010/53**

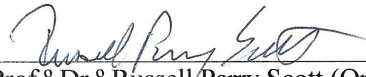
DAYSE AMÂNCIO DOS SANTOS

**“AQUI A GENTE ADMINISTRA SENTIMENTOS”: FAMÍLIAS E JUSTIÇA NO
BRASIL CONTEMPORÂNEO**

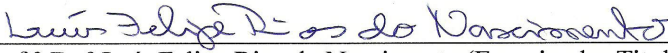
Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Antropologia.

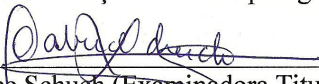
Aprovada em: 13/12/2010.

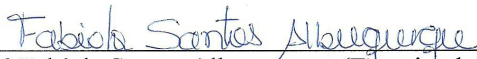
BANCA EXAMINADORA


Prof^o Dr^o Russell Parry Scott (Orientador)
Programa de Pós-Graduação em Antropologia – UFPE


Prof^a Dr^a Roberta Bivar Carneiro Campos (Examinadora Titular Interna)
Programa de Pós-Graduação em Antropologia – UFPE


Prof^o Dr^o Luís Felipe Rios do Nascimento (Examinador Titular Interno)
Programa de Pós-Graduação em Antropologia – UFPE


Prof^a Dr^a Patrice Schuch (Examinadora Titular Externa)
Departamento de Antropologia - UNB


Prof^a Dr^a Fabíola Santos Albuquerque (Examinadora Titular Externa)
Departamento de Direito Privado – UFPE

Dedicatória

Aos meus pais

Jonas Amancio e Maria do Socorro

Pelo carinho, amor, cuidado, pelas orações e conselhos, por terem dedicado suas vidas a trabalhar para que eu estudasse. Obrigada por me proporcionar uma família cheia de afeto.

Agradecimento

Especial

Agradeço ao professor **Russell Parry Scott** por ter sempre me incentivado, por ter me estimulado a cursar o doutorado. Por ter acreditado nas minhas ideias. Pelo respeito, pelo profissionalismo, competência, paciência, disponibilidade, bom humor. Pela tranquilidade que transmite. Obrigada pela experiência de vida e aprendizado constante. Obrigada por ter sido sempre para mim, ao longo desses anos de orientação, um exemplo a ser seguido.

Agradecimentos

A **Deus**, minha fortaleza. Fonte de toda sabedoria.

A **Flavinho**, pelo amor, companheirismo, incentivo, paciência... Pela história que estamos construindo juntos.

Às minhas irmãs **Ângela**, **Elaine** e **Vanessa** pelo carinho, compreensão e apoio constante. Vocês alegram a minha vida. **Anjinho**, que me acompanha em cafés maravilhosos e tardes divertidas, e tem sido um exemplo para mim. **Anne**, pelo estímulo para tentar o doutorado, pelos nossos interesses compartilhados. **Nessa**, pela companhia e por me ajudar sempre, por ser tão atenciosa e prestativa.

A professora Vera Della Santa, pelo apoio fundamental neste trabalho. Pela simpatia, simplicidade e disponibilidade em me ajudar. Meu profundo agradecimento e admiração.

Aos professores Roberta Campos, Felipe Rios e Marion Quadros, pelas valiosas sugestões na qualificação e por aceitarem integrar a banca examinadora.

Às professoras Fabíola Albuquerque, Patrice Schuch e Larissa Leal pela disponibilidade para participar da banca examinadora.

Aos professores do Programa com quem tive a oportunidade de cursar disciplinas.

A todos os que fazem o Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal de Pernambuco.

Aos integrantes do Núcleo de Família, Gênero e Sexualidade (Fages).

À Cecília, Valdonilson e Kaliane, pela ajuda em momentos difíceis.

Aos muitos amigos que enriqueceram minha vida, torceram por mim, desculparam as minhas ausências.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)
pelo apoio financeiro.

Aos informantes, que me receberam, cederam seu tempo e atenção, que
possibilitaram a realização deste estudo.

“E aprendi que se depende sempre
De tanta, muita, diferente gente
Toda pessoa sempre é a marca
Das lições diárias de outras tantas pessoas”

A todos minha profunda gratidão.

SUMÁRIO

RESUMO	X
ABSTRACT	XI
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	XII
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO 1	11
1 – Aproximando as lentes: família e parentesco	12
1.1 – Família e parentesco: contribuições antropológicas	12
1.1.1 – Família no Brasil	22
1.1.2 – Centralização na infância	26
1.1.3 – Diversidade familiar e direitos	30
CAPÍTULO 2	32
2 – Direito de família: que família é esta?	33
2.1 – Família, famílias, princípios	33
2.1.1 – Constitucionalização do direito civil	39
2.1.2 – Princípios	41
2.1.2.1 – A afetividade e o direito	50
2.2 – Estatuto das famílias	53
2.3 – Pluraridade de famílias, pluralidade de visões	60
CAPÍTULO 3	62
3 – O campo e o método	63
3.1 – A entrada no campo	63
3.2 – O cenário, os atores	64
3.3 – O antropólogo em campo	71

CAPÍTULO 4	74
4 – Famílias que se (des)constroem	75
4.1 – Família e individualização	75
4.2 – A família psicologizada e o judiciário protetor	78
4.2.1 – Saberes e poderes: o parecer psicossocial	83
4.2.2 – O judiciário protetor	93
4.2.3 – O judiciário: depositário das dores das famílias que se separam	95
4.3 – Família, afetos, direitos	98
 CAPÍTULO 5	 100
5 – Criança: prioridade absoluta	101
5.1 – Da vontade do pai ao interesse da criança	101
5.2 – Filiação	105
5.3 – Guarda compartilhada e afeto	106
5.3.1 – Guarda compartilhada e (des)igualdade de gênero	108
5.4 – Pensão alimentícia e visitas	118
5.5 – O outro lado da moeda: a alienação parental	122
5.6 – Abandono afetivo: como mensurar o dano?	125
5.7 – Adoção: a preponderância da verdade afetiva?	132
5.7.1 – Legislação brasileira sobre adoção	134
5.7.2 – Paternidade na adoção à brasileira	136
5.8 – Finalizando...	147
 CAPÍTULO 6	 149
6 – Conjugalidade e direitos	150
6.1 – Mudança nos padrões de conjugalidade	150
6.1.1 – Conjugalidade e individualização	153
6.1.2 – Separações	160
6.2 – Novas famílias?	168
6.2.1 – Até que a morte os separe	180
6.2.1 – Cresce e multiplica	185
6.3 – Finalizando...	193

CAPÍTULO 7	195
7 – Histórias de família: mudança e continuidade	196
7.1 – Rupturas e continuidade	196
7.2 – Casos de família	199
7.2.1 – Adoção por casal homossexual	199
7.2.2 – Reconhecimento de união homoafetiva	206
7.2.3 – Adoção em família	211
CONSIDERAÇÕES FINAIS	215
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	220

RESUMO

Este trabalho analisa o reconhecimento, no contexto jurídico, de novas formas de arranjos familiares tendo como base o afeto. A Constituição Federal de 1988 se pautou no pluralismo das entidades familiares e ampliou a força normativa dos princípios constitucionais, tornando-se a referência para a interpretação do direito civil. Na pesquisa de campo realizamos entrevistas com profissionais do campo jurídico (juízes, advogados, promotores, defensores públicos, psicólogas e assistentes sociais) realçando como os operadores do direito lidam com a maior abertura da área jurídica para a dimensão da afetividade nas relações familiares. O estudo contemplou também a pesquisa da doutrina e da jurisprudência de direito de família. A análise destaca a maneira como a aplicação dos princípios é dinamizada em situações diversas. Com relação à filiação, há a ênfase no princípio do melhor interesse da criança. Consideramos os elementos “sangue”, “criação”, “adoção” e “afetividade” para o estabelecimento dos vínculos. No que diz respeito à conjugalidade, é possível identificar exemplos de privatização das relações de família com mudanças na legislação. Ganha relevo também o debate sobre as uniões homoafetivas como propulsionadoras do reconhecimento do afeto. Em muitos dos processos o parecer psicossocial é considerado imprescindível pelo poder judiciário caracterizando uma espécie de terceirização de responsabilidade pelos campos mais subjetivos e demonstrando a tendência de psicologização das relações familiares. Concluímos evidenciando que as discussões no direito de família têm apontado um caminho de um maior reconhecimento do trabalho envolvido na fabricação do parentesco. Os profissionais do campo jurídico têm atuado no sentido de uma flexibilização das regras permitindo uma maior consideração das formas de conexão (*relatedness*) que se estabelecem entre os indivíduos na vida cotidiana.

Palavras-chave: Família, Parentesco, Afeto, Direito de Família, Judiciário.

ABSTRACT

This work analyzes the recognition, in the judicial context, of new ways of organizing families on the basis of affection. The Brazilian Federal Constitution of 1988 considers the plurality of families and consolidates the use of constitutional principles as rules. It became the reference to interpret civil rights. During field research, interviews were done with judicial professionals, including judges, lawyers, prosecutors, public defenders, psychologists and social assistants. They emphasized how professionals of the judicial area work with this opening in dealing with the family bar considering affection in family relations as a key factor. The study also contemplated the systematization and interpretation of doctrine and jurisprudence about family rights. This analysis shows the dynamics of the application of principles in several situations. In relation to filiation, there is an emphasis on the principle of the “best interest of the child”. “Blood”, “nurture”, “adoption” and “affection” are elements used to establishment the bond of the child with the family. Regarding conjugality, there are examples of privatization of family relations related to changes in Law. The discussions of homoaffective relations are important means to the recognition of affection as a guiding principle. In many of the prosecution cases investigated, psychosocial opinion is considered indispensable to judicial power. In these cases, the consultations constitute a kind of transfer of responsibility to more subjective fields, demonstrating a trend to a growth in the use of psychology to deal with family relations in the judicial context. In conclusion, evidence shows that legal discussions on family rights have contributed to an increase in the recognition of the construction of kinship well beyond the limits of blood relations. Judicial area professionals have acted to make rules more flexible, permitting a consideration of the multiple ways in which connections (relatedness) associated to affection are established between subjects on a day by day basis.

Key-words: Family, Blood relationship, Affection, Family rights, Judiciary.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CAP	Centro de Apoio Psicossocial
CCB	Código Civil Brasileiro
CF	Constituição Federal
DNA	Ácido desoxirribonucleico
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
MP	Ministério Público
PEC	Proposta de emenda à Constituição
PL	Projeto de lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

Introdução

INTRODUÇÃO

A frase que serve de título a essa Tese, “*aqui a gente administra sentimentos*”, foi proferida por uma juíza durante uma entrevista na pesquisa de campo. Na ocasião a magistrada narrava casos com os quais se deparou durante sua atuação. Sabido o contexto no qual foi proferida ela nos remete a algumas questões: é possível falar numa maior abertura do poder judiciário para a dimensão dos sentimentos? Sendo positiva a resposta, quais as possibilidades e limites existem no cotidiano dos profissionais do direito para o reconhecimento dos sentimentos nos litígios familiares?

Podemos apreender na frase acima citada a visão de que o papel dos profissionais de direito ao lidar com os litígios familiares não se limita ao que está consolidado no texto legal. Assim, trabalhamos com a hipótese de que a legitimidade das relações de família não se restringe ao direito positivo. Na verdade, a legitimidade dos arranjos vem se consolidando na esfera da justiça.

Neste trabalho buscamos compreender a noção vigente de família que tem sido amparada pela Justiça brasileira. No campo da antropologia é relevante analisar as alterações trazidas pelo atual Código Civil e, anteriormente, pela Constituição Federal, pois os aspectos da mudança na lei dão o caminho para a compreensão de como algumas categorias sociais são apreendidas segundo nosso direito positivo. A partir de tais mudanças é possível considerar também as práticas e concepções dos operadores do direito que concretizam o que está preconizado no direito normativo.

Diversos estudos nas ciências sociais têm demonstrado as mudanças pelas quais as famílias brasileiras vêm passando. Algumas noções como hierarquia, autoridade, reciprocidade e afeto são constituintes da moralidade familiar. Scott (2005) destaca seis processos que contribuem para as transformações das moralidades familiares e, a partir deles, se analisar a relação entre moralidades, leis e os processos sociais. Um dos fenômenos relevantes é o crescimento da chefia feminina. Outro aspecto que se destaca é

a transição demográfica, com a diminuição da fecundidade e o envelhecimento população, resultando numa família reduzida direcionada a uma individualização.

O desenvolvimento das tecnologias reprodutivas médicas é outro fator que contribui na transformação das moralidades familiares. É possível destacar também o aumento de divórcios e separações. As famílias assumem um padrão de “mosaico genealógico” com um conjunto de pessoas que envolvem padrasto, enteado, companheira do pai, companheiro da mãe. Temos ainda direitos sobre circulações e trabalho das crianças. O sexto fenômeno diz respeito às uniões homossexuais que trazem um questionamento ao modelo hegemônico heterossexual (SCOTT, 2005).

Todos estes fatores colaboraram para modificações nas moralidades e nas leis. Os fenômenos da individualização, privatização e pluralização das formas de família têm tido consequências nos discursos de juristas brasileiros que passaram a defender transformações no direito de família (ZARIAS, 2008).

As reflexões sobre o sistema jurídico brasileiro e as recentes transformações do direito de família no Brasil trazem à discussão um tema de significado político, a saber: as relações entre o campo jurídico e o do parentesco. É necessário considerar suas implicações sociais e culturais para a legitimação das relações de família por meio do sistema de justiça.

Nosso interesse por esse tema foi despertado quando passamos a ver na mídia, jornais e revistas, matérias como o pedido de indenização ao pai por abandono afetivo ou a concessão da adoção deferida a um casal homossexual. Tais notícias estimularam a reflexão a respeito de como as mudanças na família vem sendo percebidas pelo direito de família. A simples aceitação de tais pedidos, dito no jargão jurídico “possibilidade jurídica do pedido”, independente de ser obter a vitória ao final do processo, era inaceitável algumas décadas atrás. Dirigimos nosso olhar para o campo jurídico, área tradicionalmente demarcada pelo formalismo e conservadorismo. A partir daí nos direcionamos para leituras sobre as mudanças na família e na legislação.

No campo jurídico, diversos autores destacam o novo papel da família tendo o afeto como algo central. As expressões socioafetiva e homoafetivas denotam essa nova perspectiva. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira e

Marcelo Leonardo na apresentação dos anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família – realizado em 2003, ano do início da vigência do novo Código Civil: “*Nas diversas formas de concepção familiar, o afeto institui um novo ordenamento ético no Direito de Família*” (PEREIRA, 2004a, p. 3).

No Brasil atualmente tem havido uma grande ênfase nos testes de DNA para identificar o parentesco nas varas de família. Entretanto, simultaneamente ao crescimento do uso da tecnologia, tem aumentado também a consideração dos aspectos intencionais subjetivos dos indivíduos, dos afetos e sentimentos para a definição dos vínculos. Assim, tem ganhado espaço, dentre outras, a existência da paternidade / filiação socioafetiva e das uniões homoafetivas.

O reconhecimento pela justiça brasileira do domínio da afetividade tem sido um caminho na busca da justiça nas decisões dos litígios familiares. Dentro da perspectiva da antropologia situações como as acima exemplificadas permitem enfocar a dicotomia natureza / cultura quanto aos modos de apropriação jurídica na caracterização da parentalidade, e também questões concernentes ao casamento e suas configurações hegemônicas e a procura por reconhecimento de formas não-heteronormativas.

Scott destaca que

A legislação dá um espaço maior ao individualismo, para as pessoas poderem estabelecer seus laços para além das famílias e para além dos grupos de parentes. Pode-se ver inclusive que o afeto pode ser legislado, com a lei distribuindo orientações sobre como relacionar-se com filhos, com cônjuges e com pais. Com muita frequência, o que está se entendendo como afeto pode ser julgado de acordo com o quanto se está concedendo autonomia à pessoa, uma autonomia que tem o respaldo de uma legislação de ordem superior (2005, p. 51).

Tendo em vista que muitas das questões de família que chegam ao judiciário não têm uma previsão legal clara, caindo no que costumamos chamar de “brechas da lei”, nosso ponto de partida foi o chamado *Princípio da Afetividade*.

Diante de uma realidade que vem sendo caracterizada pela pluralidade e diversidade, nos colocamos a seguinte questão: Como as transformações nos comportamentos, no casamento e na família vêm sendo tratadas na Justiça e

no que se refere à criação de direitos? Levantamos a hipótese de que a utilização do afeto como argumento para as novas situações familiares põe em cheque o modelo naturalizado de família que é utilizado pela lei. Assim, buscamos analisar como o campo do direito trabalha a afetividade formalizada num campo de pluralidade.

Se podemos considerar que a família é uma ficção, no sentido de que é uma noção variável de um contexto para o outro (BOURDIEU, 1993), uma questão que se coloca para os antropólogos diz respeito às percepções culturais que demarcam o que é “família”. É preciso compreender a visão de família presente nas nossas leis e, mais além, como isto vem sendo interpretado pelos atores.

A família, que é uma instituição social juridicamente tutelada, se caracterizava por um forte viés patrimonialista. O Código Civil de 1916, primeira ordenação no Brasil voltada para as relações privadas, demarcava a família tendo como referência a família patriarcal e enfatizava a questão patrimonial.

O grande marco para a mudança na perspectiva no que diz respeito à família está na Constituição Federal de 1988 que deu maior amplitude a esta instituição. Uma das mais importantes inovações diz respeito ao pluralismo das entidades familiares. Passam a ser reconhecidas como entidade familiar a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Além disso, a CF de 1988 institui a igualdade entre o homem e a mulher e entre os filhos.

O Código Civil de 2002, seguindo a tendência de constitucionalização das leis civis, amplia o conceito de família tendo como parâmetro a Constituição de 1988. Deixa de lado a ideia de família legítima constituída pelo casamento que era apresentada no Código Civil de 1916.

Após a Constituição Federal de 1988 houve também uma grande mudança no direito brasileiro quanto à consagração da força normativa dos princípios constitucionais. Os princípios, tanto os implícitos quanto os explícitos, passaram a compor uma base de valores para as decisões. No exercício de suas funções os juízes passaram a ter um papel mais ativo na concretização do direito, inclusive na efetivação de determinados arranjos

familiares. Neste novo contexto passam a surgir nos tribunais demandas antes inimagináveis, como exemplificado acima.

Argumentamos que para a compreensão do que pode ser considerado como família é preciso analisar o que vem ocorrendo e sendo decidido na justiça brasileira. Dito em outras palavras, para compreender o que pode ser legitimamente considerado como família não basta analisar o direito positivo, o conjunto de normas imposto pelo Estado, é preciso considerar as questões que chegam cotidianamente nas varas de família e as concepções e decisões dos magistrados a respeito de tais situações.

O direito de família tem se pautado por um sentido interpretativista.

Ancorados nos princípios constitucionais, o Direito de Família “constitucionalizado” não deve ter como horizonte o texto constitucional expresso. Os princípios desbordam as regras e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz. (FACHIN, 2003, p. 311).

Se no início do século XX pelo código civil a família “legítima” era definida pelo matrimônio e constituía uma instituição fundamental para o desenvolvimento do Estado, atualmente prevalece a noção de pluralidade e de família como espaço de realização dos indivíduos. A Constituição Federal no art. 226 estabelece que “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*” Torna-se, portanto, imprescindível compreender que instituição é essa que merece proteção. Quais as possibilidades de arranjos que têm chegado à justiça e como tais situações são encaradas.

Ao fazer essas considerações é preciso ter em mente a distinção apresentada por Luis Edson Fachin (2003) entre “a família *do* direito” e “a família *no* direito”. No primeiro caso temos “a família” que é prescrita e sistematizada pela lei, que está ‘delimitada’ pelo Código Civil. Já a família *no* direito diz respeito à concretização do direito de família. Fazendo um paralelo com L. Oliveira (2004) há uma diferença entre falar *em* família e falar *com* a família, pois nesta segunda hipótese o sujeito participa como ator, é sujeito na interlocução.

Através da concretização das situações nos processos judiciais e do posicionamento dos atores envolvidos é possível apreender os arranjos que podem ser legitimados pela justiça, incluindo os que não estão prescritos legalmente. As decisões dos juízes, os argumentos dos advogados, os pareceres do Ministério Público e dos demais profissionais envolvidos revelam um jogo de forças para o reconhecimento ou não de determinadas situações.

Como argumenta Bourdieu (1989) o direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz de produzir efeitos. As mudanças ocorridas no direito de família têm dado legitimidade a arranjos familiares que anteriormente não tinham a prerrogativa de serem reconhecidos. Assim, o veredicto do juiz proclama o que pode ser aceito como verdade.

Ao longo da história, a instituição jurídica contribui para impor uma representação da normalidade segundo a qual as práticas diferentes apareciam como desviantes (BOURDIEU, 1989).

Da superação de um modelo único e hierarquizado de família, passa a ser destacado pelos autores do campo do direito como sendo a família um local de desenvolvimento pessoal e aspiração à felicidade (FACHIN, 2003). Para a tomada de decisões no âmbito da justiça passam a ser consideradas as contribuições de outras áreas, tais como psicologia e serviço social.

O jogo de forças com que tais profissionais se deparam na sua atuação revela tensões e dicotomias caras ao direito e à antropologia, tais como individual / social; optativo / obrigatório; afeto / direito; público / privado; direito pessoal / direito patrimonial; homens / mulheres; pais / filhos; natureza / cultura.

Já é amplamente conhecida a oposição clássica dentro da antropologia entre *indivíduo* e *pessoa* que “postula um ‘Eu’ individual, sede de sentimento e emoções, oposto ao ‘Eu’ social, feixe de direitos e deveres” (VIVEIROS DE CASTRO e ARAÚJO, 1977, p.132).

Chamando a atenção para as relações entre famílias e direitos Roberto da Matta utiliza as categorias sociológicas de casa e rua. Dentro dessa perspectiva a família está associada à casa, local do afeto, da amizade, lealdade; e o direito à rua, local das leis, da impessoalidade. Essas categorias tomam forma, fazem sentido, situadas em contraste, em oposição (DA MATTA, 1991; 1986).

Nas palavras de Da Matta:

Leituras pelo ângulo da casa ressaltam a pessoa. São discursos arrematadores de processos ou situações. Sua intensidade emocional é alta. Aqui a emoção é englobadora, confundindo-se com o espaço social que está de acordo com ela. (...) Leituras pelo ângulo da rua são discursos muito mais rígidos e instauradores de novos processos sociais. É o idioma do decreto, da letra dura da lei, da emoção disciplinada que, por isso mesmo, permite a exclusão, a cassação, o banimento, a condenação. (DA MATTA, 1991, p. 21-22).

A casa representando, portanto, o espaço amoroso, onde deve reinar a harmonia, sendo a desordem e a impessoalidade relegada à rua, que é o local do anonimato. A ordem jurídica, pertencente ao mundo da rua, se caracterizaria pelo formalismo da emoção disciplinada.

Buscamos entender uma maior abertura para a dimensão do afeto pelo mundo jurídico. Mas aqui é o reconhecimento do indivíduo que possibilita a aceitação da emoção.

Pensar a ideia de afeto nos processos de direito de família nos remete às noções de filiação, conjugalidade, conexões e gênero. A análise da família dentro da antropologia tem sido feita a partir de duas perspectivas principais, a saber: os estudos de parentesco e os estudos de gênero. A consideração do enfoque de gênero torna-se imprescindível na nossa análise, sobretudo porque nos processos judiciais envolvendo famílias fica evidente uma diferenciação: as mulheres são em regra quem dá início ao processo, sendo elas próprias as demandantes ou como representantes dos filhos.

O conceito de gênero, que tem sido bastante problematizado na teoria feminista e nas ciências sociais, será aqui compreendido a partir das formulações de Joan Scott, como sendo um elemento constitutivo das relações sociais baseado nas diferenças entre os sexos, uma forma de desigualdade social, definida e constantemente construída em um contexto concreto, articulada com outras formas de desigualdade social, como classe, etnia e geração, uma forma primeira de significar relações de poder (J. SCOTT, 1995).

Este trabalho está organizado em sete capítulos. No primeiro capítulo serão feitas considerações quanto aos estudos antropológicos sobre família e parentesco. Procuraremos mostrar como as diversas perspectivas

antropológicas demonstram que tais categorias não são naturalmente definidas. Enfocaremos também estudos mais recentes que levam em conta as conexões estabelecidas para a definição do parentesco. Abordaremos ainda um panorama dos estudos da família no Brasil procurando demonstrar que esta instituição, a rigor, nunca correspondeu ao modelo hegemônico que lhe foi atribuído pelo discurso jurídico. O capítulo será concluído com uma análise do processo de valorização da criança na sociedade ocidental moderna

O segundo capítulo versará sobre a família na legislação brasileira com ênfase nas mudanças que culminaram no reconhecimento de uma pluralidade de entidades familiares. Enfocaremos também os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família. O capítulo discute ainda o Estatuto das Famílias, projeto de lei que busca a descodificação do direito de família no Brasil para uma maior adequação das normas à realidade social.

No terceiro capítulo abordaremos o caminho metodológico trilhado. Inicialmente serão feitos comentários sobre uma fase anterior à pesquisa de campo propriamente dita, ainda durante a escrita do projeto com interfaces com o mundo jurídico. Em seguida descreveremos a caminhada no decorrer da pesquisa de campo. Finalmente apresentaremos alguns aspectos da realização da pesquisa antropológica que aborda dimensões do campo jurídico.

No quarto capítulo analisaremos a compreensão da família psicologizada que necessita da intervenção dos profissionais do setor psicossocial para a resolução de seus conflitos. Consideraremos também as implicações da delegação para o judiciário do papel de solucionar os problemas das famílias. O capítulo será finalizado com uma reflexão a respeito da família caracterizada por uma forte conotação afetiva e os impasses do mundo jurídico ao lidar com tal dimensão nos processos.

O capítulo cinco aborda a noção de prioridade da infância e adolescência que prevalece atualmente no direito e traz um novo modo de abordar os litígios familiares. Para o direito de família prevalecia a vontade do pai / *pater familias*, hoje o cerne da discussão diz respeito ao interesse da criança. Ao falar sobre crianças e adolescentes é presente o argumento da consideração das relações de afeto para alcançar o melhor interesse. Consideramos os elementos “sangue”, “criação”, “adoção” e “afetividade” para

o estabelecimento dos vínculos. Serão enfocadas ainda as relações de gênero na discussão do interesse da criança.

O sexto capítulo explora a discussão sobre afeto e conjugalidade. Inicialmente serão feitas considerações sobre a constituição e dissolução de vínculos conjugais. São as separações com suas diversas implicações a maior parte das demandas nas varas de família. Posteriormente será tratada a emergência das uniões homoafetivas e o debate a respeito da homoparentalidade. Na análise da conjugalidade ganha relevância o *princípio da igualdade*.

Finalmente, no sétimo capítulo analisaremos três processos que nos ajudam a problematizar as noções de família biogenética e família escolhida buscando demonstrar as aberturas e os percalços no caminho de uma efetiva ampliação das possibilidades de arranjos familiares existentes no âmbito do direito. Os processos abordam sucessivamente as seguintes situações: a) a adoção por um casal homossexual; b) o reconhecimento de união estável homoafetiva; c) a adoção de uma criança pelo tio materno. Concluimos evidenciando que as discussões no direito de família têm apontado um caminho de um maior reconhecimento do trabalho envolvido na fabricação do parentesco.

Capítulo 1

APROXIMANDO AS LENTES: FAMÍLIA E PARENTESCO

Este capítulo aborda as contribuições da antropologia para o estudo da família e do parentesco. Será discutido como as diferentes perspectivas antropológicas foram gradativamente demonstrando que as noções de família e de parentesco não são naturalmente definidas. Enfocaremos as teorias do parentesco de descendência e da aliança, os estudos de Schneider que problematizam a discussão da consanguinidade e as abordagens que levam em conta as conexões estabelecidas para a definição do parentesco. Estas considerações buscam fundamentar a análise dos litígios que chegam às varas de família, já que grande parte das demandas pode ser compreendida dentro das noções de filiação e conjugalidade. Trataremos também da discussão sobre mudanças na família no contexto brasileiro destacando que esta instituição, a rigor, nunca correspondeu ao modelo hegemônico que lhe foi atribuído pelo discurso jurídico. O capítulo será finalizado com uma análise da importância da infância para a sociedade Ocidental. Este aspecto tem sido de fundamental relevância para as modificações legais tocantes à família.

1.1 - FAMÍLIA E PARENTESCO: CONTRIBUIÇÕES ANTROPOLÓGICAS

Um dos temas que mais tem despertado interesse dos antropólogos desde o início da disciplina diz respeito à problematização da família na humanidade. As pesquisas têm constatado que todas as sociedades humanas tem uma forma de organizar suas relações familiares e de parentesco. Entretanto, não há uma unanimidade sobre a natureza da família. Um aspecto fundamental na análise deste tema diz respeito à relação entre natureza e cultura, uma vez que na definição desse fenômeno estão imbricados aspectos biológicos e culturais.

Sendo um tema fundante da disciplina os primeiros antropólogos se utilizam da compreensão do parentesco como estratégia para a análise das demais relações sociais. Como argumenta Laraia (1969) o parentesco

se constitui num aspecto importante na organização social na maioria das sociedades humanas, notadamente nas chamadas primitivas, onde detém a maioria dos status que abrange a estrutura social, e assim sendo torna-se um dos princípios irreduzíveis dos quais depende toda a vida social (...). A compreensão do parentesco é, pois, um trabalho preliminar necessário para o estudo de todas as outras atividades sociais. (sic) (LARAIA, 1969, p.7).

O estudo do parentesco se constitui para a antropologia, no início da disciplina, como um objeto ideal, pois tratavam-se de sistemas estáveis que podiam ser classificados e comparados, de maneira semelhante às ciências naturais que eram o paradigma (WOORTMANN, 1977).

Para os primeiros antropólogos, da escola evolucionista, a diversidade seria explicada como resultado da desigualdade de estágios existentes no processo de evolução. Assim, o estudo do parentesco expressaria também o grau de civilização da sociedade.

O trabalho de Morgan *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family* (1871) é um referencial na antropologia dos estudos do parentesco na escola evolucionista. Lewis Morgan realizou um estudo sobre o sistema classificatório de parentesco; fez também uma distinção analítica entre família e casa. A partir dos estudos realizados por Morgan muitos antropólogos passaram a se especializar em parentesco e sistemas de parentesco.

Dentro da família, Morgan entende a igualdade entre os sexos como o grau mais avançado. Para ele “*a família monogâmica está destinada a progredir ainda mais, até o reconhecimento completo da igualdade dos sexos no interior de uma justa relação matrimonial*” (MORGAN, 1985, p. 62).

Morgan estabeleceu o primeiro método para o estudo do parentesco. Ele elaborou a distinção entre os sistemas classificatórios e descritivos. Para o autor a evolução da sociedade ocorreu partindo dos sistemas classificatórios, que sugerem promiscuidade primitiva no qual filhos não sabiam quem era o

pai, para os descritivos. Nestes últimos teríamos a civilização e a regulamentação das relações sexuais pelo matrimônio.

O método de sucessão adotado por Morgan é cronológico e lógico e se baseia em estabelecer que cada grau sucessivo da evolução se dá a partir da multiplicação das proibições conjugais entre consanguíneos. Logo, quanto menor o número de proibições na escala conjugal, maior é o nível arcaico-primitivo (CANEVACCI, 1985).

O trabalho de Morgan trouxe descobertas revolucionárias para o período ao demonstrar, contrariamente à concepção ideológica dos teóricos burgueses, que a propriedade privada e a família monogâmica patrilinear eram criações humanas e não se baseavam na natureza ou no divino. Morgan demonstrou a diversidade e complexidade dos modelos familiares. Ficam explícitas, nos seus estudos, diversas formas de organização de relações familiares e de parentesco.

Mas os enfoques metodológicos de maior influência sobre os estudos do parentesco, e certamente também para a própria antropologia, foram o funcional-estruturalismo britânico e o estruturalismo de Lévi-Strauss.

Dentro da antropologia britânica um dos mais importantes teóricos do parentesco foi Radcliffe-Brown. Na sua teoria do parentesco Radcliffe-Brown destaca a descendência, a transmissão de status, direitos e deveres. O autor analisa como aspecto fundamental a relação de filiação. Seu ponto de partida é a família elementar.

Radcliffe-Brown usa a expressão ‘sistema de parentesco’ *“como abreviatura para um sistema de parentescos e casamentos ou parentescos e afinidades”*. Tal sistema é formado por uma unidade de estrutura que é *“o grupo a que chamo ‘família elementar’, que consiste num homem, na sua mulher e nos seus filhos ou filhas, vivam eles juntos ou não. Um casal sem filhos não constitui uma família nesse sentido”* (RADCLIFFE-BROWN, 1989, p. 82).

Como ressalta Kuper, Radcliffe-Brown *“concebeu um sistema de parentesco e casamento como um conjunto de usos sociais interligados que se baseavam no reconhecimento de certas relações biológicas para fins sociais”* (KUPER, 1978, p. 75).

Radcliffe-Brown, ao investigar o sistema de parentesco, destacou os usos que governam as relações entre parentes; e os termos usados para se dirigir a parentes ou fazer-lhes referência. A terminologia de parentesco era fundamental para o autor. Ele compreendia que a relação social entre a pessoa e seu parente era fixada, em maior ou menor grau, pela categoria a qual esse parente pertencesse.

Embora tenham sido contemporâneos, há entre Radcliffe-Brown e Malinowski grandes diferenças: quanto à concepção sobre o funcionalismo; ao trabalho de campo; e ao modo de trabalhar com o tema família, que é o nosso interesse aqui.

Os dados etnográficos de Malinowski demonstram que o grupo doméstico coincide com a unidade de reprodução, mas não com a unidade de parentesco. Assim, demonstra-se que a família assume configurações diversificadas, mesmo que seja indispensável a base biológica da reprodução. A família teria um conteúdo utilitário. Era basicamente um meio que, além de moldar a personalidade, doma o sexo e se encarrega de criar e treinar os filhos.

Bronislaw Malinowski compreendia a família como elemento inicial da organização social. As reflexões do autor sobre a família e a vida sexual são permeadas por um biologismo e um psicologismo (DURHAM, 1986).

Para o autor

Uma vez que a reprodução da espécie humana não ocorre pelo simples acasalamento, mas está relacionada à necessidade de cuidados prolongados, educação e à moldagem da primeira cidadania, ela impõe todo um conjunto de determinantes adicionais, ou seja, necessidades que são satisfeitas através da regulamentação do namoro, dos tabus de incesto e exogamia, dos arranjos matrimoniais preferenciais... (MALINOWSKI, 1986, p. 186).

São as características biológicas dos seres humanos que determinam as necessidades básicas e estas são satisfeitas em todas as culturas. Para Malinowski a família não teria sua regulação por mecanismos instintivos e sim por normas que regulam a vida social.

A formação de uma família permite a circulação de dádivas:

Então, a cada casamento, a sociedade se “re-movimenta” em circuitos de reciprocidade (ou redistribuição, no caso dos chefes). Por outro lado, um homem só atinge a “plenitude de suas forças” quando casado. Por isso mesmo, os viúvos tentam recasar. Sem o casamento não há reciprocidade. (WOORTMANN, 2002 p. 67) (Grifos no original).

A família é uma necessidade básica, um contrato que une dois indivíduos. Para Adam Kuper “foi Malinowski o primeiro a mostrar o caminho em que o princípio da reciprocidade poderia servir para vincular o indivíduo, em seus próprios interesses, à comunidade” (KUPER, 1978, p. 48).

Lévi-Strauss, por sua vez, nos deixou o legado de levar definitivamente a discussão sobre a família para o terreno da cultura. Ele encerra as fantasias da família como algo natural, pois a família biológica seria uma abstração indeterminada sem relação com a realidade histórica (SARTI, 2005; CANEVACCI, 1985).

Ao formular sua explicação sobre o “avunculado” como a estrutura elementar do parentesco, Lévi-Strauss dá um passo decisivo para esclarecer a essência da família. Da mesma forma que o fonema é o átomo da linguística semântica, a relação avuncular é o átomo do parentesco.

A estrutura, segundo o autor, é formada por quatro elementos: irmão, irmã, cunhado, sobrinho (e não dois, como argumentava Radcliffe-Brown). Os comportamentos entre tio materno e sobrinho, de um lado, e entre pai e filho, por outro, formam um par de oposições que corresponderiam às relações entre marido e mulher e irmão e irmã. As relações de afeto e familiaridade, ou de temor e autoridade, variam de forma simétrica nos dois pares de oposições.

Diante dessa construção não é mais possível pensar o átomo do parentesco a partir da unidade biológica. É imprescindível na análise a dimensão cultural. A família, para existir, precisa de dois grupos, e os casamentos precisam ocorrer fora do seu próprio grupo. O tabu do incesto é o que garantiria que as famílias não fossem auto-suficientes, não se fechassem no biológico.

A proibição do incesto estabelece uma mútua dependência entre famílias, obrigando-as, com o fim de se perpetuarem a si

mesmas, à criação de novas famílias. (...) Isto já que a proibição do incesto a única coisa que afirma é que as famílias (qualquer que seja a definição) podem casar entre si, mas não dentro de si mesmas. (LÉVI-STRAUSS, 1980, p. 33)

Dessa necessidade de outras famílias para se perpetuar resulta o paradoxo da família como negação e afirmação da sociedade. Como explica Sarti,

a perpetuação da espécie humana está justamente na afirmação do social, ou seja, na negação da família como ordem natural – a consangüinidade – e na sua afirmação como ordem cultural – a aliança. A família consangüínea contradiz a sociedade e a aliança, que implica previamente a existência de duas famílias – abertas ao outro pela interdição do incesto -, é a condição para a existência da sociedade. (SARTI, 2005, p. 35).

Nas palavras de Lévi-Strauss

Podemos compreender agora porque é tão errôneo tentar explicar, com base em motivos puramente naturais de procriação, instintos maternos e sentimentos psicológicos entre homem e mulher e entre pais e filhos (as). Nenhum destes seria suficiente para criar uma família e por uma razão bastante simples: para o conjunto da humanidade o requisito absoluto para a criação de uma família é a existência prévia de duas outras famílias. (LÉVI-STRAUSS, 1980, p. 33).

Tendo como inspiração as construções de Mauss sobre troca e reciprocidade, Lévi-Strauss construiu seu esquema demonstrando a presença fundamental do tio materno como o doador da mulher, chegando a demonstrar matematicamente que mesmo que esse papel seja representado por outras pessoas em algumas sociedades, a posição estrutural do tio materno se mantém inalterada.

O que constitui a família é a aliança entre os grupos, não é o fundamento biológico. Assim, o argumento de Lévi-Strauss enfatiza o caráter artificial das relações familiares.

Em Malinowski, como destacamos acima, há uma presença forte da psicologia individual, diferentemente de Radcliffe-Brown, seu principal rival, que foi fortemente influenciado por Durkheim. A família para Malinowski poderia ser compreendida apenas em termos de uma psicologia do indivíduo (WOORTMANN, 2002).

Malinowski enfatiza a ignorância da relação biológica entre pai e filho na sociedade trobriandesa que implica na distinção entre paternidade fisiológica e paternidade sociológica. Essa diferença, embora em outro contexto, é retomada por Radcliffe-Brown ao distinguir genitor e pater. Para Malinowski o aspecto relevante era mais de ordem psicológica (WOORTMANN, 2002).

Bronislaw Malinowski, ao analisar o direito trobriandês, argumenta que existem regras compulsórias controlando diversos aspectos da vida tribal. Mas, a despeito dessas regras, há o conflito entre a lei e o sentimento. Entre os trobriandeses há *“o conflito entre o mais importante princípio da lei, o direito da mãe, e um dos sentimentos mais fortes, o amor do pai, em torno do qual se aglomeram muitos usos tolerados pelo costume, embora na realidade funcionem contra a lei.”* (MALINOWSKI, 2003, p.79).

O sobrinho matrilineo é o parente próximo, herdeiro legal. Já o próprio filho não é considerado parente, entretanto é entre eles (pai e filho e não tio e sobrinho) que prevalece a amizade e o apego. *“Assim, o poderoso sistema legal do direito da mãe é associado a um sentimento bastante fraco, enquanto o amor do pai, muito menos importante na lei, é respaldado por um forte sentimento.”* (MALINOWSKI 2003, p. 80).

Essa análise malinowskiana, segundo Viveiros de Castro e Benzaquen de Araújo (1977), faz a antropologia se debruçar sobre a dicotomia direito *versus* afeto. Uma oposição semelhante envolve o papel dos sentimentos na vida social. De acordo com os autores essa dicotomia tem suas raízes nas elaborações de Radcliffe-Brown ao analisar o papel do irmão da mãe na África do Sul. O pai seria objeto de respeito, representando a autoridade, ao passo que o irmão da mãe seria objeto de afeto e indulgência.

Entretanto, a divisão das relações, ora marcadas pela obrigatoriedade, exterioridade; ora marcada pela escolha individual e afinidades coletivas, traz alguns complicadores: *“o principal problema dessa dicotomização “direito / afeto” é a tendência a se confundir com uma partição ontológica do mundo em um domínio submetido a regras e outro que a elas escapa”.* (VIVEIROS DE CASTRO e ARAÚJO, 1977).

Assim, os autores destacam que Radcliffe-Brown aborda a questão do afeto e dos sentimentos em geral como ocorrendo à sombra das instituições

sociais, ao passo que Malinowski analisa os sentimentos dentro da estrutura social. Para fins de nossa análise, seguindo o caminho de Viveiros de Castro e Araújo, analisaremos a existência do afeto como um tipo de relação estabelecida pelo papel social do indivíduo, e que se articula com as relações estabelecidas por outros papéis sociais.

Voltando à Lévi-Strauss e à discussão natureza / cultura, pensar as questões de família nos remete à pergunta “Onde acaba a natureza? Onde começa a cultura?” (LÉVI-STRAUSS, 1982, p. 42). Lévi-Strauss influenciado por Mauss percebe na família um aspecto contratualista. Para o autor a estrutura é um modelo, e não algo observável como o é para Radcliffe-Brown. Lévi-Strauss enfatiza a teoria da aliança tendo nas regras matrimoniais um sistema de trocas. A existência do tabu do incesto impede que a família biológica se feche em si mesma.

A antropologia em seu ‘período clássico’ se afirmou com base nos estudos do parentesco. Em tais estudos os dois enfoques metodológicos de mais influência foram o funcional-estruturalismo britânico e o estruturalismo de Lévi-Strauss, com sua teoria da aliança. Mas se para o funcional-estruturalismo a teoria do parentesco era a teoria da descendência e as genealogias levavam aos segmentos, para Lévi-Strauss a teoria do parentesco é a teoria do casamento e as genealogias levam à aliança, demonstrando as possibilidades ou não de casamentos (WOORTMANN, 1977).

Ambas as teorias, embora diferenciadas na sua concepção, tornaram-se complementares, no sentido de que nenhuma delas isoladamente dá conta da realidade do estudo do parentesco. Mas o debate não se encerra nos estudos clássicos da disciplina. Contemporaneamente novos elementos têm sido agregados à reflexão.

Os estudos sobre parentesco tomam novo fôlego com a obra de Schneider. O autor argumenta que a análise do parentesco na antropologia tem sido definida pelo observador. Ele procura então fazer um exame crítico das pressuposições dos estudos antropológicos. Schneider argumenta que os conhecimentos científicos do século XX contribuíram para a clássica formulação de que o parentesco é o reconhecimento social dos laços biológicos (SCHNEIDER, 1984).

O autor questiona então porque o parentesco tem sido definido em termos da relação que surge do processo da reprodução sexual humana. Para ele sem a suposição de que o sangue é mais forte, mais espesso do que a água (“blood is thicker than water”) muito do que foi escrito sobre o parentesco não faria sentido.

Schneider (1984) coloca em cheque a universalidade do parentesco que seria uma preocupação ocidental. O autor argumenta que a visão dos não ocidentais sobre quem é parente pode não ser por consanguinidade. O parentesco tal qual definido na antropologia como linhagem, descendência, é uma preocupação ocidental com as relações de sangue levada para outras sociedades.

A partir dos anos de 1980 os estudos de parentesco passam a incorporar questões de gênero, corpo e noção de pessoa. Os tipos de problema adquirem novos delineamentos. Janet Carsten destaca as relações entre o biológico e o social que têm sido desestabilizadas. A autora propõe a noção de *relatedness* para sair da oposição entre biológico e social (CARSTEN, 2000).

No que diz respeito a essa desestabilização entre biológico e social dois aspectos têm sido centrais, a saber: as tecnologias reprodutivas e os estudos sobre parentescos gays e lésbicos.

Estudos sobre o universo gay revelam que os laços de ‘sangue’ têm sido considerados temporários e incertos uma vez que a declaração da homossexualidade frequentemente resulta numa ruptura com a família de origem. As noções de certeza e segurança dizem respeito à “família escolhida” de amigos que são tratados através de um idioma de parentesco (CARSTEN, 2000).

O argumento de Schneider, de que o conceito de parentesco baseado nos símbolos de sexo e sangue era reflexo do etnocentrismo ocidental, levou os antropólogos a pensarem o parentesco em suas próprias sociedades. E, mais além, chamou a atenção para a construção do parentesco abrindo espaço para a consideração de outras formas de conexões (FONSECA, 2003; 2007).

Como argumenta Fonseca, ao destacar as contribuições feministas,

Se ainda existem antropólogos afirmando que “afinal, a mulher tem útero”, existe um consenso majoritário (eu diria) na disciplina no sentido de que a noção de natureza é tão socialmente construída quanto qualquer outro tropo de nossa realidade. (FONSECA, 2003, p. 22).

Há algumas décadas os antropólogos abandonaram a ideia de princípio natural da família fortalecendo a convicção de que a noção de normalidade em torno das relações familiares é algo socialmente construído. Nesse sentido, os antropólogos têm se dedicado a demonstrar a “desnaturalização” das relações familiares.

Se a família é uma noção socialmente construída, na visão moderna de família dois princípios aparentemente contraditórios ocupam lugar central. O primeiro diz respeito à noção de família como decorrência da natureza, da biologia. Com base nesse princípio a família conjugal moderna teria uma suposta universalidade. A ligação dos pais com seus filhos biológicos seria consequência das forças da natureza (FONSECA, 2009).

Para demonstrar intimidade, ligação emocional, pertencimento familiar a metáfora do “sangue” é utilizada. Por exemplo, um indivíduo seria mais próximo dos irmãos bilaterais (filho do mesmo pai e da mesma mãe) que dos irmãos unilaterais.

O segundo princípio diz respeito à noção de família construída, que tem ganhado espaço com o avanço das tecnologias reprodutivas. Essa família construída pela força do desejo não é exatamente algo novo. Os historiadores descrevem como o amor passa a ser considerado fundamental na vida familiar a partir da revolução industrial. Os filhos, que eram vistos como mão de obra, passam a ter um valor eminentemente sentimental (FONSECA, 2009). Apesar de não ser um fenômeno novo, a atual ênfase na escolha e na afeição nos interessa aqui por permitir que determinados arranjos familiares sejam legitimados

Esses dois princípios, sangue e escolha, nos ajudam a entender alguns dos dilemas das questões que chegam às varas de família hoje. É evidente que as relações de família e parentesco não se esgotam nesses dois elementos. Podemos pensar, por exemplo, que no início da vigência do Código Civil de 1916 não era permitido reconhecer os filhos havidos fora do matrimônio,

mesmo que socialmente este filho fosse reconhecido. O que prevalecia era o parentesco civil.

Atualmente a tecnologia de DNA tem sido usada para complementar legislação quanto à investigação de paternidade de crianças de paternidade ignorada. Se a utilização dessa tecnologia permite a ênfase nos laços de “sangue”, também tem chamado a atenção o crescimento da consideração à questão da escolha, pois se constata que não basta o DNA para definir as relações entre os indivíduos.

Até o momento buscamos demonstrar como os estudos antropológicos contribuíram para elucidar que a família e o parentesco não são mera decorrência de fenômenos naturais. A partir de agora voltaremos nossa atenção para o estudo da família no Brasil, buscando relacionar as análises empreendidas pelas ciências sociais com o estabelecido pelo direito positivo.

1.1.1 – FAMÍLIA NO BRASIL

Uma das expressões mais salientes do novo Direito de Família no Brasil está no ingresso jurídico de uma realidade emergente dos fatos. A família não era mais uma única definição no plano das relações sociais; agora passa a não mais sê-lo também no direito. Apresenta-se, enfim, uma concepção sociológica plural (FACHIN, 2003, p. 311).

Com a promulgação do novo Código Civil (e, antes disso, com a Constituição Federal de 1988) os doutrinadores do direito de família passaram a chamar a atenção para o fato de a família ser plural, e sê-lo também as questões que chegam ao judiciário.

Como no trecho citado acima, o direito passa a considerar uma “concepção sociológica plural”. A questão é que a “família *não era mais* uma única definição no plano das relações sociais” (grifos nossos). Resta a pergunta: a família no Brasil já foi abarcada por uma única definição ao se tratar das relações sociais?

Como destaca Elizabeth Jelin

Vivemos em um mundo em que as três dimensões que conformam definição clássica de família (a sexualidade, a procriação, a convivência) têm sofrido enormes transformações, e tem evoluído em direções divergentes, com o qual começamos a duvidar acerca do que estamos falando quando falamos de família. Daí surge a imagem, convertida já em lugar comum, de que a família está em crise” (JELIN, 1995 p. 394) (Tradução nossa).

No estudo sobre as formas de organização familiar no Brasil tem destaque o modelo de “família patriarcal”. Aqui, encontramos um extremo de um tipo fixo de família. Esse modelo, próprio das classes dominantes, se instalou nas regiões onde foram implantadas grandes unidades agrárias de produção, como os engenhos de açúcar e as fazendas de plantação de café.

A decadência desse modelo e sua substituição seria consequência do fenômeno da industrialização e do fim das grandes propriedades rurais, que levou ao apogeu da “família conjugal moderna”. Os dois modelos de família configuram, portanto, extremos, onde um é o ponto de partida e o outro, de chegada (CORRÊA, 1994).

Entretanto, a realidade se mostra mais complexa que o quadro apresentado acima e não é possível reduzir a diversidade de arranjos familiares a uma história apenas.

O fato é que, historicamente, a produção concreta das formas de organização familiar demonstra que a realidade da “família patriarcal” preconizada por Gilberto Freyre (2002) não foi a única, nem sequer hegemônica.

Diversos estudos demonstram que a sociedade colonial foi composta por uma parte dentro dos moldes da família patriarcal, e outra parte, composta pela maioria da população, que não se enquadrava nesse modelo (CORRÊA, 1994; SÂMARA, 1983; 1987; ALMEIDA, CARNEIRO e PAULA, 1987).

Ao lado do modelo de produção do engenho de açúcar e de sua forma de organização da família, eram produzidos também tabaco e algodão, que requeriam um número menor de pessoas, ficando a cargo do produtor e sua família. Especialmente no sul do país, eram mais comuns as famílias com uma

estrutura mais simplificada e um menor número de componentes. No caso específico de São Paulo, as famílias do tipo patriarcal não chegavam a representar 26%. Nos demais 74% dos domicílios, predominavam outras formas de composição (SÂMARA, 1983, 1987; CORRÊA, 1994).

Se os dados permitem uma contraposição aos argumentos de Gilberto Freyre, surge o questionamento do quanto eles seria válidos para a sociedade brasileira. Isso poderia levar a uma relativização do modelo transformando-o numa crônica do padrão de algumas famílias recifenses e um mito para a maioria restante do Brasil colônia. Ou ainda indica a possibilidade de uma outra leitura, como construção ideológica que serve como referência para padrões de relações afetivas, sexuais e de solidariedade. O modelo freyriano seria, portanto, uma representação da família. A família torna-se um porta-estandarte simbólico (ALMEIDA, CARNEIRO e PAULA, 1987; SCOTT, 2004).

Diante do alto número de divórcios, de uniões informais e da existência de um grupo familiar mais restrito, o conceito de família patriarcal achatava as diferenças para enquadrar todos num único molde (SÂMARA, 1987; CORRÊA, 1994). Isso nos traz o questionamento expresso nas palavras de Corrêa:

Por que se decidir então pela família patriarcal, pelo elemento da “ordem” como foco de análise em meio a uma “desordem” tão gritante, em que as “uniões irregulares” eram de fato a ordem dominante? O que assegurava, naquele momento a futura prevalência (ao menos simbólica) daquela “ordem”; qual seria a visão dos que viviam a “desordem”[?]. (CORRÊA, 1994, p. 28).

Se o retrato da família patriarcal rural necessita de uma maior profundidade para que haja uma maior semelhança com a realidade que pretende expressar, essa necessidade também se dá no que diz respeito à moderna família conjugal urbana, pois ambas são apresentadas como extremos de um contínuo. Se a homogeneização constitui um problema para uma, também o é para a outra (CORRÊA, 1994).

Para fins de nossa análise, devemos esclarecer a noção de família conjugal moderna. A partir da perspectiva utilizada por Vaitsman (1994), ela deve ser entendida como uma família hierárquica que se desenvolveu

paralelamente aos processos de modernização, urbanização e industrialização. A união se funda na livre escolha e no amor sendo o casamento caracterizado pela divisão sexual do trabalho nas esferas pública e privada atribuída de acordo com o gênero.

A família moderna conjugal, decorrente da patriarcal, é acompanhada de um processo de redução, de racionalização e do individualismo (CORRÊA, 1994; VAITSMAN, 1994).

Vaitsman esclarece que a generalização “família nuclear” descontextualiza os fenômenos, pois as famílias nucleares não são necessariamente modernas. Esse tipo de arranjo existia durante o período colonial, ao lado da família patriarcal, mas sem apresentar o elemento essencial para a caracterização da família conjugal moderna que é a dicotomia entre papéis públicos e privados atribuídos segundo o gênero.

A família moderna e individualista traz consigo uma configuração patriarcal, pois se estrutura numa divisão sexual do trabalho e tem como objetivo a criação dos filhos. A divisão se fundava numa hierarquia entre os sexos.

Entretanto, na nossa realidade atual o que nos deparamos é justamente a crise dessa família conjugal moderna. Os conflitos entre valores igualitários e práticas hierárquicas levaram a uma transformação no seio da mesma. O esgotamento do tipo moderno de casamento e família está relacionado com a ruptura da dicotomia entre papéis públicos e privados atribuídos de acordo com o gênero.

A família moderna e hierárquica vem dando espaço a um número cada vez maior de novas formas de família. Assim, a realidade apresenta como característica justamente a inexistência de um modelo dominante. A heterogeneidade, pluralidade e flexibilidade são decorrentes da diversidade de formas pelas quais homens e mulheres administram suas relações afetivo-sexuais no casamento ou fora dele (VAITSMAN, 1994).

Apesar de não ser possível destacar um modelo dominante de família, algumas características têm sido comuns, como as modificações no perfil da fecundidade.

A partir da década de 60 o perfil demográfico brasileiro passou a sofrer alterações decorrentes da queda nos índices de fecundidade (SCOTT, 2005; BERQUÓ, 1991). Uma das razões para a queda no número de filhos desejado foi a inserção da mulher no mercado de trabalho. Apesar da dupla jornada que a sobrecarrega, no status feminino os ganhos consequentes da entrada no mercado de trabalho foram bastante significativos, resultando na diminuição do desejo de ter um alto número de filhos (SCOTT, 2002; COSTA e SILVA, 2001).

Outro fator colaborador da mudança nos padrões de fecundidade foi a concepção de uma nova família. A vontade feminina de planejar sua família está relacionada com um novo modelo familiar, defendido por um discurso controlista, que modificou a concepção da imagem de mãe ideal e de uma nova família, que, para ser bem sucedida deve ter menos filhos. A preocupação com a qualidade da educação dada aos filhos se sobrepõe e se torna inconciliável com uma grande prole (SERRUYA, 1996; FERNANDES, 2000).

Nessa concepção de uma nova família o espaço para a criança ocupa um lugar central. Isto traz reflexos profundos na legislação tocante à família, pois a ideia de proteção à infância é sempre destacada quando se trata de mudanças na legislação. Nesse sentido, é relevante destacar como gradativamente a criança se tornou um elemento central na família no Ocidente.

1.1.2 - CENTRALIZAÇÃO NA INFÂNCIA

A noção de família como algo construído tendo o amor como fator fundamental na vida familiar não é recente. É possível delinear historicamente como os laços afetivos foram ganhando força ao longo do tempo até mudar a própria estrutura da família.

No Brasil a constituição de uma “justiça de menores” e, posteriormente, a noção de infância como prioridade, faz parte de um processo mais amplo de formação de um sentimento de infância que se desenvolveu com a modernidade e foi descrito por Ariès.

Segundo Ariès, a família se transformou profundamente ao mudar suas relações internas com as crianças. No ocidente medieval as crianças eram mantidas em casa até cerca de sete ou nove anos, idade em que eram mandadas para casa de outras pessoas para fazerem o serviço pesado, doméstico. Esse procedimento era uma forma de educação, que se dava através da aprendizagem. A criança saía da própria família. Não havia, portanto, nesse período, um sentimento existencial profundo. O apego às crianças não se dava por elas mesmas. “*A família era uma realidade moral e social mais do que sentimental*” (ARIÈS, 1981, p. 229).

A partir do século XV começam a se transformar as realidades e os sentimentos da família. Nessa nova realidade a escola desempenha um papel fundamental ao modificar a lógica da aprendizagem. Nesse contexto, com os filhos juntos da família, o clima sentimental passa a ser diferente. A família passa a se centrar mais na criança e a vida confunde-se com as relações cada vez mais sentimentais entre pais e filhos.

As crianças saíram de uma posição na qual não possuíam identidade diferenciada, sendo consideradas como pequenos adultos cuja educação se dava pela aprendizagem na vivência com outros adultos, para ocupar um lugar específico e central dentro das famílias. O cuidado voltado às crianças inspirou sentimentos novos e a afetividade familiar passou a ser demonstrada na iconografia do século XVII (ARIÈS, 1981).

Nesse quadro mudam os valores morais relacionados com a família. Se do fim da Idade Média até o século XVII o privilégio do filho, primogênito ou escolhido pelos pais, foi a base da sociedade familiar, no século XVIII essa prática era rejeitada em nome de um sentimento de igualdade de direito à afeição familiar. O temor de não aumentar ou manter a glória da família ao dividir igualmente os bens entre os filhos passa a causar repulsa diante da nova necessidade de afeto e igualdade entre os filhos.

Na realidade, esse respeito pela igualdade entre os filhos de uma família é a prova de um movimento gradual da família-casa em direção à família sentimental moderna. Tendia-se agora a atribuir à afeição dos pais e dos filhos, sem dúvida tão antiga quanto o próprio mundo, um valor novo: passou-se a

basear na afeição toda a realidade familiar. (ARIÉS, 1981, p. 235).

Ariès argumenta que a família deixou de ser simplesmente uma instituição de direito privado na qual se transmitia bens e nome, para assumir uma função moral e espiritual passando a formar corpos e almas. Os pais deixam de se contentar em por filhos no mundo e estabelecer apenas alguns deles em detrimento dos outros. O sentimento de igualdade familiar resultaria na igualdade no Código Civil.

O sentimento de igualdade entre os filhos, desenvolvido num novo clima afetivo e moral, foi possível devido a uma maior intimidade entre pais e filhos. Segundo o autor os progressos do sentimento de família seguem os da vida privada, são consequência da intimidade doméstica.

A mudança interna dentro das famílias resultou também na alteração de sua relação com a sociedade. A família passa a se distanciar da sociedade e isso se reflete na própria organização física da casa. As camas, por exemplo, deixam de ser desmontáveis e de ficar em um local público (independente do quarto), até se tornarem reservadas ao quarto de dormir.

Houve uma especialização dos cômodos da habitação correspondente a uma necessidade de isolamento. Os criados passam a ocupar áreas determinadas, mantendo certa distância.

Embora nos séculos XVI e XVII a criança tenha conquistado um lugar junto aos pais, o que configurou a principal diferença em relação às famílias medievais, a família do século XVII não era a família moderna. A família do século XVII conservava uma enorme massa de sociabilidade, era um centro de relações sociais, capital de uma pequena sociedade complexa e hierarquizada que era comandada pelo chefe da família. A família moderna afasta-se do mundo, opõe à sociedade o grupo solitário de pais e filhos. O sentimento da casa também é resultante do sentimento de família (ARIÉS, 1981).

Jacques Donzelot (1986) relaciona as transformações nas sensibilidades familiares e a organização da família em torno da criança com o processo de disciplinarização. Este processo começa com as camadas mais abastadas e estendeu-se posteriormente às demais camadas.

Em meados do Séc. XVIII passa a se tornar um tema corrente na literatura a conservação das crianças. A partir desta preocupação começam a ser questionados os hábitos educativos do século com foco em três aspectos: a prática dos hospícios de menores abandonados; a criação das crianças por amas-de-leite; e a educação “artificial”, por serviçais, das crianças de famílias ricas (DONZELOT, 1986).

Estes três elementos, se não contornados, poderiam trazer consequências desastrosas à sociedade como o empobrecimento da nação e o enfraquecimento da elite. Quanto aos menores abandonados, era necessário que se controlasse a alta taxa de mortalidade, pois eles seriam potencialmente mais adaptados às tarefas nacionais (colonização, marinha) por não possuírem vínculos familiares. A presença de amas-de-leite, hábito bastante comum para a população das cidades, se devia ao fato de que as mulheres eram bastante ocupadas com o trabalho ou ricas o suficiente para não precisarem carregar o fardo da amamentação. A presença de uma nutriz, que muitas vezes amamentava várias crianças e era pouco cuidadosa com os filhos alheios, levava a uma mortalidade infantil alta. Além disso, acreditava-se que os maus hábitos e desonestidade das nutrizas seriam transmitidos às crianças (DONZELOT, 1986).

A educação das crianças ricas por serviçais também passa a ser enxergada como inadequada, pois estes utilizam opressões e intimidades impróprias ao desenvolvimento das crianças. Apesar de haver diferença entre os ricos e os pobres, o que há em comum é uma mudança na imagem da infância com uma revalorização das tarefas educativas. É necessário que os indivíduos voltem a cuidar dos seus filhos (DONZELOT, 1986).

Jurandir Freire Costa argumenta que no Brasil a higiene foi gradativamente desestruturando a hierarquia do poder familiar. “*Polindo a embarçada figura do adolescente, a higiene desfocava a importância de velhos e adultos e fazia brilhar a infância*” (1999, p. 73).

O autor lembra que até o século XIX a criança permaneceu prisioneira ao papel social de filho. Sua situação sentimental refletia a posição que ocupava na casa. A família colonial a ignorava, subestimava.

Em virtude disto, privou-a do tipo e quota de afeição que, modernamente, reconhecemos como indispensáveis a seu desenvolvimento físico e emocional. Nem sempre o neném fêra foi ‘majestade’ na família. Durante muito tempo seu trono foi ocupado pelo pai. (COSTA, 1999, p. 155).

Quando a família passa por dispositivos normalizadores como a higiene, começa a enriquecer sua intimidade. O amor entre pais e filhos pode florescer. Os espíritos rudes e as sensibilidades grosseiras foram transformados pelos corpos disciplinados. A família íntima e o indivíduo psicologizado passaram a habitar a casa.

Seguindo estas transformações o papel dos filhos dentro do direito de família brasileiro foi gradativamente se modificando. De uma família organizada em torno do pátrio poder, passamos a uma lógica na qual deve prevalecer o interesse da criança.

Mas a criança passa a uma espécie de “refém” do Estado, pois a possibilidade de retirar um filho de seus pais ou ameaçar fazê-lo é uma arma estatal para impor suas regras. A família passa a ter a obrigação de reter e vigiar seus filhos sob o risco de ser, ela mesma, objeto de vigilância e disciplinarização (FONSECA e CARDARELLO, 2009).

1.1.3 – DIVERSIDADE FAMILIAR E DIREITOS

Como observa Scott (2004) o estudo da população brasileira e de sua formação familiar abordou sucessivamente as famílias patriarcais, as famílias nucleares urbanas, as famílias empobrecidas matrifocais e, finalmente, as famílias alternativas diversas.

Nesse contexto há pelo menos duas implicações no estudo das famílias. A primeira diz respeito ao fato de que, apesar da força dos modelos de família nuclear e de urbanização, é impossível afirmar a existência de um tipo único de família.

A segunda implicação é que as famílias tomam muitas formas, estão em constante transformação. Este fato pode ser atestado com o aumento no número de divórcios, separações e recasamentos. Como também pela

formação de casais homossexuais que reivindicam o direito de criar filhos e serem reconhecidos como família.

A família, com sua grande diversidade, torna-se um espaço no qual cada um de seus componentes passa a buscar direitos para si (SCOTT, 2004).

Sorj e Goldenberg (2001) ressaltam que as famílias brasileiras estariam passando por uma fase pós-nuclearização em que o foco deixa de ser o casal com filhos para ser o indivíduo. Cada vez mais haveria uma individualização na família. Nesse sentido, o campo do direito é um excelente observatório para analisar as inovações.

Capítulo 2

DIREITO DE FAMÍLIA: QUE FAMÍLIA É ESTA?

Este capítulo aborda a discussão sobre a família na legislação brasileira com ênfase nas mudanças que culminaram no reconhecimento de uma pluralidade de entidades familiares. Nosso ponto de partida é o Código Civil de 1916, que apresenta uma concepção de família patriarcal. Pontuaremos diversas mudanças ocorridas na legislação até a promulgação da Constituição de 1988, que consolida um novo horizonte para as famílias no nosso país. Destacaremos também os princípios constitucionais que têm servido como parâmetro para os magistrados julgarem casos de família que chegam ao judiciário, mas que, muitas vezes, não têm uma previsão legal explícita.

Daremos continuidade ao capítulo com uma análise sobre o Estatuto das Famílias, projeto de lei que busca a descodificação do direito de família no Brasil para uma maior adequação das normas à realidade social. O percurso que aqui será realizado ajuda a elucidar a inter-relação entre leis e moralidades no meio familiar: como em alguns casos as leis ajudam uma nova moralidade a se instalar ou, inversamente, as mudanças nas moralidades reivindicam mudanças nas leis (SCOTT, 2005). Buscaremos neste capítulo compreender a trajetória da disciplina sobre a família no Brasil, o que nos fornece elementos para a reflexão de como os atores que efetivam as leis veem a possibilidade de aplicação no caso concreto.

2.1 – FAMÍLIA, FAMÍLIAS, PRINCÍPIOS

Com o início da vigência do Código Civil de 2002, em janeiro de 2003, foi lançada luz para a discussão sobre os efeitos e o alcance do direito de família contemporâneo. Os debates em torno do novo Código são bem anteriores à promulgação em si, mas um momento como este traz à ordem do dia diversos aspectos da vida social. Ao abarcar a regulamentação sobre a

família a discussão ganha ainda mais densidade, pois estamos tratando de relações pessoais, aspectos da esfera íntima dos indivíduos.

As raízes para o Código Civil de 2002 podem ser encontradas na Constituição de 1988 que ampliou o significado da instituição família. Anteriormente a codificação sobre família estava basicamente no Código de 1916.

Uma das vozes no debate a respeito do Código Civil de 2002 foi do Instituto Brasileiro de Direito de Família, o IBDFAM. Criado em 25/10/1997, durante o I Congresso Brasileiro de Direito de Família, o Instituto é fruto da reunião das vontades de alguns estudiosos do direito de família de mudar o tratamento e as disposições sobre a matéria. O Instituto possui atuação política e acadêmica sendo uma referência nas discussões sobre direito de família no Brasil¹.

Em 2003, no ano de início da vigência do novo Código, o IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, organizado pelo IBDFAM, elencou como eixo da discussão a Ética e o Afeto. Sendo a família a instituição-chave das práticas de controle e disciplinamento social e o direito de família a pedra de toque da resistência conservadora, estas reflexões despertam no olhar antropológico um grande interesse. É possível falar de afeto quando falamos de direitos se, como disse um dos nossos informantes, *“afeto não é uma palavra que tá lá no livrinho”* (nos Códigos)? Para analisar a possibilidade da consideração do afeto pelos operadores do direito faremos antes uma incursão sobre a trajetória da legislação da família no Brasil.

No ano de 1500, quando se dá a chegada dos primeiros portugueses ao Brasil, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, que passaram também a vigorar na recente colônia. Pouco tempo depois foram promulgadas as Ordenações Manuelinas, que foram substituídas pelas Ordenações Filipinas em 1603. Até a entrada em vigor do primeiro Código Civil brasileiro, em 1917, vigoraram no Brasil as Ordenações Filipinas. Com o CCB de 1916 foram *“revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e*

¹ <http://www.ibdfam.org.br>

Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código” (Código Civil de 1916 Art. 1.807).

As Ordenações Filipinas perduraram no Brasil por mais de três séculos, muito mais tempo que em Portugal no que se refere ao direito de família. Sua influência persistiu na elaboração do Código Civil brasileiro. Desde a independência do Brasil foram feitas várias tentativas de elaboração de uma legislação nacional própria. Mas, apesar da independência ter sido proclamada em 1822, só em 1916 se dá a promulgação do Código Civil. No que diz respeito ao direito de família as alterações trazidas pelo Código de 1916 não foram consideráveis em relação ao direito vigente na época, as Ordenações Filipinas. Assim, o Código sustenta o despotismo patriarcal herdado das Ordenações. (ZARIAS, 2008; OLIVEIRA, 2006; ANDRADE, 2006).

O Código Civil de 1916 consolida para a sociedade brasileira uma concepção de família que se espelha no ideal de família patriarcal, embora, como vimos no capítulo anterior, tal modelo nunca foi hegemônico nas práticas das famílias brasileiras. O modelo de família patriarcal se configurava como um arranjo hierarquizado, desigual. O marido era o chefe da sociedade familiar ficando a mulher e os filhos numa posição de subordinação. A família legítima era criada pelo casamento (art. 229 Código Civil de 1916).

O elo familiar era voltado apenas para a coexistência, sendo imperioso para o ‘chefe’ a manutenção da família como espelho de seu poder, como condutor ao êxito nas esferas política e econômica. Os casamentos e as filiações não se fundavam no afeto, mas na necessidade de exteriorização do poder, ao lado – e com a mesma conotação e relevância – da propriedade (SILVA, 2005, p. 128).

Neste modelo de família havia uma rígida divisão de papéis baseada no sexo e na idade de seus membros. A chefia da família era ocupada por um homem que representava a autoridade e detinha o poder de administrar, dirigir e representar legalmente aquele grupo. O marido / pai detinha amplos poderes, incluindo o de disposição em relação aos bens e pessoas integrantes da família. Era a vontade desta autoridade que deveria permanecer. O Código

Civil 1916 no art. 233 preconizava que “*O marido é o chefe da sociedade conjugal*”.

À mulher estava relegada a uma posição de inferioridade nesse modelo, sendo destinado a ela o papel de mãe e esposa que deveria necessariamente ser submissa e obediente.

Quanto aos filhos, estes deveriam se sujeitar a autoridade paterna sem contestação. Os filhos decorrentes do matrimônio é que possuíam “legitimidade”.

A evidente desigualdade com relação à mulher dentro da família também se consubstancia no direito à filiação, pois só o pai tinha o pátrio poder, que decorria da chefia da família. Apenas subsidiariamente, na falta ou impedimento do marido, caberia à mãe o pátrio poder.

Em síntese, o Código Civil de 1916 como afirma Silva

Abriga a noção da família patriarcal, funcional, com base na hegemonia de poder do pai, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares não fundadas no casamento e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo. (SILVA, 2005, p. 129).

Com a Constituição Federal de 1988 o Código Civil de 1916 perdeu a centralidade na regulamentação das questões referentes à família. Ao tratar das questões de família temos aqui um divisor. É possível visualizar no ordenamento jurídico brasileiro o tratamento dado à família anteriormente à Constituição (ainda que a jurisprudência viesse promovendo avanços) e pós Constituição 1988 (OLIVEIRA, 2006).

As primeiras constituições brasileiras não deram espaço para a discussão a respeito da família. A Europa e a América no final do século XVIII traziam como conteúdo de suas constituições escritas apenas a ordem política, que deve ser entendida a partir dos ideais de minimismo, fundamentalismo, racionalismo e naturalismo, inerentes à ideologia liberal (BARROS, 1997).

Assim, o conteúdo básico era a organização estatal, enfocando a separação de poderes e a declaração dos direitos fundamentais do homem e do cidadão.

Seguindo a tendência do constitucionalismo liberal clássico as constituições brasileiras de 1824 e 1891, anteriores ao Código Civil de 1916, não fazem referência à família.

A constituição de 1824, que é do período imperial, trouxe apenas dispositivos que tratavam da família imperial. Já a constituição de 1891, primeira republicana, retirou da Igreja Católica o controle sobre a realização dos casamentos. No art. 72 § 4º dispõe que “*A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita*”. Entretanto, não foram trazidas por tais constituições disposições específicas para tutelar a família. O Código Civil de 1916, que passou a vigorar durante a Constituição de 1891, regulou o casamento civil em todas as suas formalidades, requisitos e efeitos.

A Constituição de 1934 influenciada pela falência do modelo liberal puro consagrou direitos sociais e trouxe dispositivos sobre a família, a educação e a cultura. Entretanto, no que diz respeito à família, a ênfase se deu no casamento, reconhecendo apenas a família legítima. Houve avanços quanto à filiação com a possibilidade de reconhecimento de filhos naturais (não adulterinos). Nesta Carta surge a expressão “proteção social do Estado” que é repetida nos textos subsequentes. CF de 1934 “Art. 144 – *A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.*” (COSTA, 2006; SILVA, 2005; NOGUEIRA, 2001).

A Constituição de 1937 reiterou a definição de família como sendo aquela formada pelo casamento indissolúvel. A família é a “legítima”, mas facilita o reconhecimento dos filhos naturais e equipara-os aos legítimos.

A Constituição de 1946 pouco alterou o que já constava na Carta anterior, apenas garantiu a possibilidade de estender efeitos civis ao casamento religioso. Na verdade este direito já havia sido previsto na Constituição de 1934 e fora suprimido na Constituição de 1937.

A Constituição de 1967, período em que a tônica era garantir o poder político, não introduziu normas novas no que se refere às famílias. A Constituição de 1969 também se refere à família como sendo constituída pelo

casamento. Mas na vigência da mesma a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, instituiu o divórcio pondo fim ao caráter indissolúvel do casamento civil. Tornou-se possível a dissolução do casamento e a celebração de uma nova união. A Lei do Divórcio – Lei 6.515, data de 26 de dezembro de 1977.

A Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças substanciais no direito de família. Como preconiza o art. 226 da Constituição Federal “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*”

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio².

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

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Grifos nossos).

A família, que no Código Civil de 1916 se definia como matrimonializada, hierarquizada e patriarcal, com a Constituição de 1988 é apreendida a partir de outra perspectiva, a saber: da *pluralidade familiar*, pois não é mais apenas com o casamento que se define uma família; da *igualdade substancial*, uma vez que homens e mulheres são reconhecidos como iguais, bem como os filhos biológicos ou adotivos são reconhecidos como possuindo os mesmos direitos; da *direção diárquica*, pois compete ao casal em igualdade de condições a

² Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010 (Retomaremos a este ponto no capítulo 6).

direção da sociedade conjugal; de *tipo eudemonista*, que busca a realização da felicidade de cada um de seus membros (FACHIN, 2003).

2.1.1 – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Com as mudanças trazidas pela CF de 1988 o Código Civil de 1916 passou a se adequar à nova Carta Magna. Tal adequação se deu em decorrência da “constitucionalização do direito civil”, isto é, o texto constitucional passou a exercer cada vez mais um papel unificador dos sistemas jurídicos, uma vez que o Código Civil vem perdendo seu papel de centralidade dos sistemas civilísticos. Como ressalta Luiz Edson Fachin

Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil à Constituição. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público (tendo espaço para um Estado forte quando os desiguais e fracos dele necessitam para seus direitos fundamentais) e do privado (tendo os horizontes abertos para um Estado fraco que permite aos indivíduos e a coletividade a realização pessoal e social de suas aspirações). Apontando mudanças substanciais, é indisfarçavelmente reconhecida a relevância do texto constitucional no Direito de Família (FACHIN, 2003 p. 308-309).

No decorrer da história do mundo romano-germânico, o direito civil era identificado como o espaço por excelência do indivíduo. Assim, o direito civil se contrapunha à constituição política, sendo encarado como a constituição do homem comum (LÔBO, 1999).

O constitucionalismo e as codificações, sobretudo os códigos civis, surgiram simultaneamente ao Estado Liberal num período de afirmação do individualismo jurídico. A Constituição se restringia à limitação do Estado e sua organização política.

Os códigos civis tinham como paradigma o cidadão possuidor de patrimônio. A liberdade era percebida como a ausência de impedimentos, sendo livre aquele que podia usufruir e dispor da sua propriedade sem

interferência do Estado, sujeitando-se apenas à ordem pública e aos bons costumes. Considerando como cidadão aquele que era possuidor de patrimônio, a maioria dos indivíduos ficava excluída do alcance dos códigos civis.

De acordo com esta perspectiva era o direito civil, por ser mais antigo, que fornecia categorias, conceitos e classificações para a consolidação de diversos ramos do direito público, incluindo o direito constitucional. As normas constitucionais, neste sentido, estavam numa posição de inferioridade. Assim, os princípios do Código Civil serviam de base para a interpretação da Constituição.

As primeiras constituições apenas delimitavam o Estado, sem regular as relações privadas. Essa influência também se deu no Brasil, como vimos nas constituições brasileiras sobre o direito de família.

Se o direito civil era o norte a ser seguido atualmente é a Constituição Federal o referencial para a interpretação do Código Civil. Assim,

Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional (LÔBO, 1999).

Dito em outras palavras, o fenômeno da constitucionalização deve ser entendido numa mudança na importância da Constituição para regular as relações privadas. No Brasil este fenômeno se concretiza com a Constituição Federal de 1988 que passa a ser considerada a norma máxima, a lei das leis. Assim, todas as demais leis devem dela retirar seu fundamento de validade, eficácia e aplicabilidade (OLIVEIRA, 2006).

Fabíola Albuquerque destaca que

A constitucionalização do direito civil deve ser compreendida prioritariamente em três níveis. Quais sejam: o formal, o substancial e o transformativo. Entenda-se pelo nível formal a migração dos três institutos fundamentais das constituições privadas (contrato, família e propriedade) para a seara constitucional. Já o nível substancial diz respeito a existência de uma principiologia axiológica na Constituição que aproxima

ou, praticamente, elimina as fronteiras entre direito público e privado. E por fim, o nível concernente à transformação do direito civil em razão da jurisprudência. Propugna-se por um direito civil construído rente à realidade. (ALBUQUERQUE, 2002, p. 45).

Se a constitucionalização do direito civil refere-se ao reconhecimento da Constituição como norma máxima, à qual devem se adequar as normas infraconstitucionais, como fica explícito no trecho transcrito acima, uma das dimensões deste fenômeno diz respeito à importância dos princípios constitucionais que servirão de parâmetro para as decisões judiciais. No caso do direito de família tais princípios têm se constituído num elemento fundamental para a tomada de decisões nas quais não há normas expressamente previstas. Passaremos a seguir a refletir sobre os princípios que têm sido considerados como aplicáveis ao direito de família.

2.1.2 – PRINCÍPIOS

Com a tendência de constitucionalização do Direito Civil, em decorrência dos movimentos sociais e políticos de cidadania e inclusão, os princípios gerais têm se reafirmado cada vez mais como uma importante fonte do direito e têm se mostrado para muito além de um papel complementar. Eles se revestem de força normativa indispensável para a aproximação do ideal de Justiça (PEREIRA, 2006).

Com o desenvolvimento do direito civil-constitucional os princípios ganharam uma força normativa. Segundo Pereira (2006) essa fonte do direito no final do século passado ocupava uma posição um tanto secundária, tanto que na Lei de Introdução ao Código Civil o art. 4º afirma que “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”. Seguindo o entendimento da constitucionalização o Supremo Tribunal Federal entendeu que deveriam ser revogadas normas infraconstitucionais anteriores incompatíveis com normas e princípios da Constituição. Os princípios passaram a ocupar o centro da interpretação normativa.

Assim, os princípios ocupam hoje uma posição de destaque. A lei deve ser interpretada de acordo com o que preceituam os princípios. Neste trabalho seguimos a corrente que compreende os princípios como uma espécie do gênero norma. As normas abrangendo, portanto, as regras e os princípios.

Canotilho (1993) nos informa que a teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia normas e princípios. O autor propõe o abandono dessa distinção sugerindo em seu lugar que as regras e princípios são duas espécies de norma. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Neste superconceito de normas para distinguir entre regras e princípios Canotilho sugere alguns critérios, a saber: *grau de abstração*, os princípios são normas com um grau de abstração elevado, ao passo que as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; *grau de determinabilidade* na aplicação ao caso concreto, os princípios precisam de mediação concretizadora, já as regras são capazes de aplicação direta; *caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes, os princípios têm um papel fundamental no ordenamento jurídico dado à sua posição hierárquica no sistema das fontes; *proximidade da ideia de direito*, os princípios estão vinculados a um ideal de justiça, ao passo que as regras podem ter um conteúdo apenas funcional; *natureza normogénética*, os princípios são fundamentos de regras.

Estes elementos abordados por Canotilho destacam o papel de interpretação das normas para a concretização da justiça. Ao se deparar com uma situação concreta, o ponto de partida do intérprete deve ser sempre os princípios constitucionais, pois eles são a síntese dos valores mais significativos da ordem jurídica (BARROSO, 1996).

Ao interpretar a Constituição é preciso ter como referência, como destaca Canotilho, o princípio da máxima efetividade, ou da interpretação efetiva. Assim, “*a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê*” (CANOTILHO, 1993, p. 227).

A interpretação da Constituição é uma atividade que possibilita concretizar, aplicar as normas constitucionais. Como informa J. J. Gomes Canotilho:

Interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídica constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição. (CANOTILHO, 1993. p. 208).

Após a Constituição Federal de 1988 temos como uma das grandes mudanças no direito brasileiro a consagração da força normativa dos princípios constitucionais tanto os implícitos quanto os explícitos. Tais princípios deixaram de ser apenas uma orientação para o sistema jurídico infraconstitucional, adquiriram eficácia imediata e passaram a compor uma base axiológica. Os princípios constitucionais tornaram-se fundamentais para a aproximação do ideal de justiça (LÔBO, 2008a; DIAS, 2007).

É possível a existência de conflito entre os princípios sem que isso signifique a sua exclusão. Assim, diante de um caso concreto, a utilização de um princípio ao invés de outro não retira a sua importância (ALBUQUERQUE, 2002).

Com estas considerações sobre a constitucionalização do direito civil e as normas constitucionais, abrangendo princípios e regras, buscamos situar a discussão do campo jurídico. Os operadores do direito têm, muitas vezes, embasado suas decisões e argumentações tendo como parâmetro os princípios constitucionais. Podemos ver numa sentença o seguinte trecho:

Tidos como “um dos maiores avanços do direito brasileiro”, os princípios constitucionais teriam a função de “permitir a adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade”, sem que para tanto seja necessário mudar ou revogar normas jurídicas, propiciando a constante adaptação das normas aos mutáveis valores sociais, evitando a estagnação do direito. (destaques no original).

A referida sentença nos foi entregue no decorrer da pesquisa de campo. O trecho acima citado exemplifica o que foi recorrentemente citado durante a pesquisa: referência a princípios constitucionais e seu reconhecimento como possibilitador de “*adaptação das normas aos mutáveis valores sociais*”.

Compreendemos que, devido ao seu caráter ‘aberto’, que depende da interpretação dos profissionais do direito, a utilização dos princípios constitucionais revela também a compreensão dos profissionais sobre os “*valores sociais*” que devem ser aceitos.

Como destaca Bourdieu

O conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das “regras possíveis”, e de se utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa (BOURDIEU, 1989, p. 224).

No que diz respeito ao direito de família os princípios têm sido reconhecidos como um caminho para superar os limites do direito positivo diante da dinâmica social. Analisando a doutrina, percebemos que há uma variação entre os autores quanto aos princípios aplicáveis ao direito de família³.

Neste trabalho optamos por fazer referência aos princípios elencados por Rodrigo da Cunha Pereira. O autor realizou na sua tese de doutorado uma análise dos princípios que considera fundamentais para o direito de família. A tese defendida em 2004, com o título “Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família”, teve a orientação de Luiz Edson Fachin.

O autor explicita que nas escolhas há sempre um caráter de arbitrariedade e ao elencar os princípios não poderia ser diferente. Assim ele afirma: “*A escolha desses princípios não foi muito simples. Pensei em eleger quatorze, depois dez, pensei em trabalhar apenas três e, finalmente, após*

³ A título de exemplo podemos destacar alguns autores de direito de família e os princípios elencados por eles.

Paulo Lôbo agrupa os princípios aplicáveis ao direito de família da seguinte maneira: PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: 1) dignidade da pessoa humana; 2) solidariedade. PRINCÍPIOS GERAIS: 3) igualdade; 4) liberdade; 5) afetividade; 6) convivência familiar; 7) melhor interesse da criança. (LÔBO, 2008)

Maria Berenice Dias: monogamia; dignidade da pessoa humana; liberdade; igualdade e respeito à diferença; solidariedade familiar; pluralismo das entidades familiares; proteção integral a crianças, adolescentes e idosos; proibição do retrocesso social; afetividade (DIAS, 2007).

Mário M. Muniz Filho: igualdade jurídica; solidariedade familiar; não intervenção ou princípio da liberdade; melhor interesse da criança; afetividade; dignidade da pessoa humana (MUNIZ FILHO, 2008).

reduzi-los, desdobrá-los e fundi-los, cheguei ao número sete”. Apesar das variações entre os autores, nossa escolha por esta obra como parâmetro considerou que se trata de um trabalho que buscou aprofundar especificamente sobre os princípios aplicáveis ao direito de família. Assim, Pereira argumenta quais os princípios imprescindíveis “*os sete princípios, considero que são essenciais, e sem os quais não é possível que se faça um julgamento justo em direito de família*” (PEREIRA, 2006, p. 844).

Pereira embasa sua escolha nos conceitos psicanalíticos. Segundo o autor o discurso psicanalítico influencia o direito e vai mais além ao provocar uma desconstrução no dogmatismo e no positivismo ao trazer a compreensão do sujeito inconsciente, da subjetividade, do desejo, uma outra noção de sexualidade, e também a afetividade, colocando o sujeito como foco.

A psicanálise contribui para a incorporação ao discurso jurídico das noções de cidadania e de não-exclusão. Além disso, instala nas constituições democráticas o princípio da dignidade da pessoa humana. Este é o primeiro princípio destacado pelo autor.

O *Princípio da dignidade da pessoa humana* é uma condição imprescindível para a concretização do Estado Democrático de Direito. Apesar de ser difícil resumir em palavras, este princípio incide sobre uma diversidade de situações, pois é a garantia do pleno desenvolvimento dos indivíduos, devendo ser respeitado no seio familiar e nas diversas áreas de atuação do indivíduo na sociedade. A entidade familiar é tutelada como instrumento para realização existencial de seus membros (DIAS, 2007; LÔBO, 2008a; MUNIZ FILHO, 2008).

No Brasil a ideia de dignidade já era um princípio não expresso no ordenamento, mas com a Constituição Federal de 1988 tornou-se princípio expresso. 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*”. A Constituição não diz o que a dignidade é, apenas traz a indicação de que ela constitui um dos princípios constitucionais. Isto é, trata-se de uma das finalidades a ser sempre buscada ou preservada pelo Estado brasileiro.

Para Pereira “no *Direito de Família, em particular, é o princípio que sustenta e paira sobre todos os outros princípios. É ele que permitiu incluir todas as categorias de filhos na ordem jurídica.*” (2006, p. 848). O autor ressalta ainda que há uma multiplicidade de usos do princípio da dignidade da pessoa humana. Em vista disto ele explicita que “*é importante salientar que este uso indiscriminado da dignidade humana, embora possa acarretar uma banalização deste fundamental princípio, tem relevância ímpar, por colocar em pauta a proteção e a promoção da pessoa humana.*” (PEREIRA, 2004b, p.76). Assim, este princípio serve para informar todas as relações jurídicas, pois qualquer aplicação normativa deve atender preponderantemente à pessoa, antes de atentar-se a qualquer outro valor.

O *Princípio da monogamia* segundo Dias (2007) não é propriamente um princípio constitucional, uma vez que a Constituição não o contempla. Na verdade diz respeito a uma função ordenadora da família. Para Pereira tal princípio não é uma regra moral, nem moralista, é um princípio jurídico ordenador das relações conjugais.

O *Princípio do melhor interesse da criança / adolescente*. Na verdade o conceito de melhor interesse é bastante relativo. Pereira alerta que “*a relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos*” (PEREIRA, 2004b, p. 91). Apesar desta imprecisão, a doutrina afirma que significa que a criança deve ter seus interesses tratados com prioridade pelo Estado, pela sociedade e pela família. Houve uma completa inversão de prioridade: o pátrio poder existia em função do pai, hoje o poder familiar existe em função e no interesse do filho (LÔBO, 2008a). Dessa mudança de paradigma hoje se entende que a guarda deve ficar com quem tenha melhores condições de cuidar da criança, mesmo que não seja pai ou mãe biológicos. Da associação de tal princípio com o da dignidade e da afetividade é que surgem novos institutos como a guarda compartilhada e a filiação socioafetiva (PEREIRA, 2006).

O *Princípio da igualdade dos gêneros e o respeito às diferenças* é consequência do declínio do patriarcalismo e das conquistas do movimento feminista. Este princípio provocou uma profunda transformação no direito de

família quando a Constituição assegurou a igualdade entre homem e mulher, entre os filhos e entre as entidades familiares (PEREIRA, 2006; LÔBO, 2008a).

O *Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal* refere-se a uma das questões centrais da contemporaneidade, a saber: o limite do público e do privado. A questão do ponto de vista do direito é o limite do privado em confronto com as normas e regras do interesse público. A partir deste princípio Pereira traz à reflexão a situação da existência até recentemente de um culpado pelo fim da conjugalidade. Segundo o autor, a identificação de um culpado demonstra um excesso de interferência na vida privada além de destoar do discurso psicanalítico de que o sujeito deve se responsabilizar por seus atos.

Outro aspecto questionado pelo autor é se não haveria um paradoxo no reconhecimento pelo Estado das uniões estáveis. Para ele é de se indagar também se ao regularizar as uniões estáveis, que eram consideradas livres, o Estado não estaria entrando na autonomia privada do indivíduo que optava por se contrapor ao formalismo consubstanciado no casamento, e escolhia unir-se sem interferência do Estado. Assim, buscando proteger as uniões o Estado também simultaneamente acaba interferindo na autonomia dos indivíduos.

O *Princípio da pluralidade de formas de família* diz respeito ao reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares, inclusive as que não são indicadas de forma expressa (DIAS, 2007). Assim, mesmo que não expressamente indicadas, a Constituição permitiria uma diversidade de arranjos familiares. Para Paulo Lôbo (2002) a exclusão que muitas vezes é feita de alguns tipos de arranjos familiares⁴, como, por exemplo,

⁴ Paulo Lôbo (2002) enumera diversas possibilidades de convivência na realidade brasileira atual, a saber: 1 – Homem e mulher, sob regime de casamento, com filhos biológicos; 2 - Homem e mulher, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrepõem os laços de afetividade; 3 - Homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); 4 - Homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável); 5 - Pai ou mãe com filhos biológicos (comunidade monoparental); 6 - Pai ou mãe com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental); 7 - União de parentes e pessoas que convivem e mantêm interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais; 8 - Pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; 9 - Uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; 10 - Uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; 11 - Comunidade afetiva formada com "filhos de criação",

das famílias homoafetivas, é decorrente da *interpretação* que se faz do texto constitucional, mas não está na Constituição.

O *Princípio da afetividade*, nas palavras de Paulo Lôbo, “*É o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico*” (LÔBO, 2008a, p. 47).

Ao discorrer sobre os princípios fundamentais para o direito de família Pereira destaca que o deixa por último intencionalmente. Seu objetivo é dar destaque “*não apenas por ser o mais novo princípio jurídico, mas principalmente porque ele é, também, a base para todos os outros princípios, assim como o da dignidade da pessoa humana*” (2006, p. 850).

Pereira (2004b) argumenta que no momento em que a família se desinstitucionaliza para o direito (deixa de ser relevante como instituição), e que a dignidade humana passa a ser o foco da ordem jurídica, passa-se a valorizar cada membro da família e não a entidade familiar como instituição. Neste momento passa a prevalecer a liberdade de constituir ou de desfazer os laços conjugais, não sendo mais necessário viver junto por imposição estatal até que “a morte nos separe”.

A afetividade permeou vários dispositivos constitucionais e codificados, como, por exemplo, o art. 1.511, Código Civil de 2002, que prevê que “*o casamento estabelece uma comunhão plena de vida entre os cônjuges*”. Assim, a vida em comum apenas se justifica enquanto proporcionar a comunhão afetiva da vida do casal, não justificando sua manutenção se a vida em comum se arruinou.

segundo tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular. Para o autor as onze possibilidades elencadas possuem como características comuns os requisitos indispensáveis para configurar uma entidade familiar que são a afetividade; a estabilidade; e a ostensibilidade. De acordo com Paulo Lôbo, não é possível afirmar que a Constituição manteve uma primazia do casamento. Foi suprimido do texto a expressão “constituída pelo casamento”, sem que houvesse sua substituição. Demonstra-se, portanto a tutela constitucional para “a família”, qualquer que seja o modelo. A Carta Magna reconhece o pluralismo, uma vez que assegura o princípio da liberdade de escolha como concretização do “princípio maior” da dignidade da pessoa humana.

O autor destaca que é possível identificar mais facilmente nos laços conjugais a afetividade, pois não há mais imposição legal, não existe mais a força externa que garanta a continuidade do vínculo. As famílias teriam mudado suas relações entre os cônjuges, mas também é possível perceber um destaque ao elemento da afetividade nas relações de filiação.

Para Pereira uma das mais relevantes consequências do Princípio da Afetividade encontra-se na juridicização da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação. Pois o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos (PEREIRA, 2004b, p. 130).

Paulo Lôbo argumenta que este princípio está implícito na Constituição, estando também na Carta Magna seus quatro fundamentos essenciais, a saber: a) todos os filhos são iguais independentemente de sua origem, art. 227 § 6º; b) a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos, art. 227 §§ 5º e 6º; c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família, art. 226 § 4º; d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente, art. 227. Para Pereira é possível identificar no Código Civil artigos que consubstanciam o princípio da afetividade, como os arts. 1.593⁵ e 1.597⁶.

Entretanto, os autores reconhecem que, por depender de interpretações, nem sempre há o reconhecimento de determinados princípios. Assim, Pereira explica que *“ainda subsistem intérpretes do direito que se recusam a uma hermenêutica principiológica e, principalmente, a reconhecer que a afetividade é o novo – e um dos mais relevantes – imperativos axiológicos do Direito de Família”* (PEREIRA, 2004b, p. 134). Mas o autor conclui que

A afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e princípio. Isso porque a família atual só faz

⁵ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valorizava a linhagem masculina, como já dissemos aqui várias vezes. (PEREIRA, 2004b, p. 135 - 136).

Para Pereira a afetividade se configura como um princípio e um valor que rege as relações e família. Assim, não há sentido na permanência dos laços se não houver o afeto unindo os indivíduos. Isto porque não cabe mais ao Estado determinar a manutenção das relações.

Estes argumentos levantados pela doutrina nos desperta o interesse por conhecer o que efetivamente vem ocorrendo nas varas de família. O que significa valorizar cada membro da família e não mais a família como instituição? Os profissionais do direito têm reconhecido na prática uma maior importância dos laços de afetividade nas relações conjugais e também nas discussões sobre filiação?

No decorrer da pesquisa de campo ficou claro que não é possível analisar isoladamente o princípio da afetividade. Considerando que os princípios têm um grau de abstração e que em muitos casos há uma ponderação de princípios, voltamos nosso olhar para os princípios que são invocados em determinadas situações para defender determinado posicionamento. Isto é, como os profissionais do direito têm se utilizado dos princípios para defender e fundamentar posicionamentos sobre situações de família.

Também durante nossa pesquisa trabalhamos com a hipótese de uma maior abertura do mundo jurídico para a dimensão dos afetos dos indivíduos. Partimos aqui das elaborações de Mauss (1979) de que as emoções fazem parte de uma dimensão social que vai além da demarcação de “falsos” e “verdadeiros” sentimentos.

2.1.2.1 – A AFETIVIDADE E O DIREITO

Rodrigo da Cunha Pereira (2004b) aborda também as origens da noção de afetividade no direito de família. Segundo Pereira o primeiro autor a traduzir

e introduzir esse novo valor jurídico no Brasil foi João Baptista Villela na década de 1970. O texto de Villela “*A desbiologização da paternidade*” foi um marco para a compreensão da paternidade socioafetiva. Posteriormente no texto “*Liberdade e família*”, publicado na *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* em 1980, e em outros trabalhos Villela consolida sua visão de direito que pode ser sintetizada na sua frase: “O amor está para o Direito de Família, assim como a vontade está para o Direito das Obrigações”.

Posteriormente à Constituição Federal de 1988 surgem os modernos doutrinadores que vão ampliar o caminho aberto por Villela. De acordo com Pereira o primeiro destes novos doutrinadores foi Luiz Edson Fachin que continuou a reflexão sobre a concepção da paternidade desbiologizada e deu grande contribuição à evolução do pensamento jurídico para a família.

No mesmo caminho e de mesma importância também ajudaram a estabelecer e consolidar o afeto como um valor jurídico Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Maria Berenice Dias, Sérgio Resende de Barros, entre outros.

Paulo Luiz Netto Lôbo deu ao afeto o *status* de princípio jurídico ao utilizar essa expressão pela primeira vez em seu texto sobre filiação em uma conferência durante o II Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM – em outubro de 1999.

Voltando a Mauss e a “a expressão obrigatória dos sentimentos” para o autor ao invés de questionar a sinceridade dos sentimentos é mais relevante observar que nenhum sentimento humano é inteiramente espontâneo. As emoções, como pontuamos acima, são uma dimensão do social.

Para Mauss as emoções formam uma linguagem que é compreendida pelos demais na sociedade. Na análise sobre a expressão obrigatória dos sentimentos nos rituais funerários o autor desenvolve sua argumentação demonstrando que não só a forma de demonstrar as emoções é prescrita socialmente, como também as pessoas que irão expressar. Para o autor

todas as expressões coletivas, simultâneas, de valor moral e de força obrigatória dos sentimentos do indivíduo e do grupo, são mais que meras manifestações, são sinais de expressões entendidas, quer dizer, são linguagem. (...) É mais do que uma

manifestação dos próprios sentimentos, é um modo de manifestá-los aos outros, pois assim é preciso fazer. (MAUSS, 1979 p. 153).

O campo do direito muitas vezes se utiliza de presunções. Uma delas é a afetividade dentro das relações familiares, mesmo que não haja existência real do afeto. *“A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com o afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações”* (LÔBO, 2008. p.9). A afetividade é um dever que é imposto reciprocamente entre pais e filhos (biológicos), mesmo que na realidade ocorra desamor ou desafeição. Entre pais e filhos deixa de haver tal presunção se ocorrer morte de algum deles ou perda do poder familiar ou autoridade parental. Entre os cônjuges ou companheiros compreende-se que incide o princípio da afetividade enquanto houver convivência, sendo a afetividade um pressuposto.

O dever jurídico da afetividade é oponível entre pais, filhos e parentes permanentemente, independente dos sentimentos que os indivíduos efetivamente possuam. A afetividade real, da perspectiva do direito, se refere apenas ao que une. Com isto Lôbo procura esclarecer uma concepção de afetividade diferente das ciências da psique, que abrange o que une e o que desune – amor e ódio, afeição e desafeição (LÔBO, 2008a).

Paulo Lôbo explicita que, como presunção, a afetividade não se confunde com afeto. No nosso trabalho de campo os profissionais faziam referência à procura do “afeto real” nas relações. Isto é, considerando genericamente, se presume a afetividade nas relações familiares (entre cônjuges, entre pais e filhos). Mas quando há um processo na justiça os profissionais se empenham em tentar constatar se há ou não relação de afeto entre as partes para a tomada de decisões (por exemplo, para decidir sobre a desconstituição de paternidade num caso de adoção à brasileira).

Assim, buscamos compreender como a tentativa de reconhecimento das relações de afeto pelos profissionais do campo jurídico nos apresenta elementos significativos a respeito da construção do parentesco. Demonstra também alguns paradoxos na consideração de possibilidades de arranjos familiares pelo mundo jurídico.

2.2 – ESTATUTO DAS FAMÍLIAS

O Código Civil de 2002 foi (e tem sido) alvo de intensos debates antes mesmo de sua promulgação. Durante a tramitação do projeto que deu origem ao novo Código as discussões já tratavam de sua adequação ou não à realidade das famílias brasileiras. Um dos posicionamentos críticos ao novo texto legal foi o de Rodrigo da Cunha Pereira, para quem a estrutura do livro de família que estava para nascer já estava ultrapassada. Nas palavras de Pereira:

A parte desse projeto relativa à família já nasceu velha. Está na contramão da história.

No limiar do terceiro milênio, em que a família é vista de forma plural, ou seja, em que já se reconhecem várias formas de família, o legislador insiste em nomeá-las legítimas e ilegítimas. Ora, essa é uma nomeação totalmente descabida, retrógrada, que nem mesmo está de acordo com a Constituição de 1988.

Tal projeto desconsidera totalmente a possibilidade de outras formas de família. Não trata nem sequer se refere a questões de procriação artificial. Outra aberração desse projeto está também em seu artigo 1.602, que continua distinguindo e nomeando filhos legítimos e ilegítimos, quando o artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição já aboliu essas distinções.

A estrutura do livro de família está ultrapassada. Se aprovado tal projeto, da forma como está, ele já nascerá velho e arcaico. Não somente o jurista, mas também o legislador deverão buscar princípios e conceitos que a contemporaneidade já traduziu para a família. Não entender isso é mesmo ficar na contramão da história.

O direito de família é apenas um exemplo do conservadorismo desse projeto. Isso para não falar sobre outros aspectos determinantes em nossa vida lá tratados, como posse e propriedade. Como bem disse o cientista do direito, João Baptista Villela: "O projeto, tal como está concebido, é uma idéia do século 19. E pretende reger a sociedade brasileira do século 21...".

A importância de abrir a discussão faz-se no sentido do exercício da democracia. É necessário que o povo tome consciência de que terá um novo Código Civil velho, e possa

interferir nos rumos dessa aprovação, inclusive para saber se o dinheiro público gasto ali naquela tramitação será em vão ou se responderá às suas necessidades. (PEREIRA, 1996).

Para Pereira a nova legislação era velha e arcaica, pois deixa de contemplar a realidade das famílias que não se enquadram na rigidez do texto que estava por ser aprovado.

Miguel Reale, que encabeçou a comissão do *Anteprojeto do Código Civil*, em contraposição a Pereira, argumenta que este último peca pela falta de conhecimento a respeito da tramitação do projeto.

"Data venia", o menos que se pode dizer sobre o artigo que o professor Rodrigo da Cunha Pereira, da Faculdade de Direito da PUC de Minas Gerais, escreveu na Folha de 10 de agosto último, sobre o projeto de Código Civil, declarando que ele, "já nascido velho e arcaico", transita "silencioso" no Senado, é que o articulista não teve o cuidado de atualizar suas informações.

Vê-se, com efeito, que ele ignora que a Comissão Especial, constituída para exame do mencionado projeto na presente legislatura, convidou insignes juristas para se pronunciarem sobre o projeto de lei nº 634-B, aprovado pela Câmara dos Deputados, em 1975. Também o eminente ministro José Carlos Moreira Alves e eu, na qualidade de antigos membros da comissão elaboradora do anteprojeto, fomos ouvidos, pronunciando-nos sobre as 360 emendas oferecidas pelos senadores. Toda essa matéria foi divulgada pelo "Diário" do Congresso Nacional, com reflexos naturais na imprensa.

Não é demais esclarecer as razões pelas quais o Senado Federal até agora não se pronunciou definitivamente sobre o assunto, após ter sido o projeto arquivado por engano, para gáudio dos que, em vez de cooperar com sua sabedoria para o aperfeiçoamento de uma proposta do maior interesse público, preferem denegri-lo.

É que a Câmara Alta considerou prudente aguardar os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, no pressuposto de inovações que importassem em profundas alterações na legislação civil, atitude esta que se renovou na época do malogrado Congresso revisional, sendo a atenção dos parlamentares desviada, depois, para as questões candentes das CPIs, do impeachment do presidente Collor etc., como o ilustre senador Josaphat Marinho, relator geral da atual Comissão de Projeto do Código Civil, fez questão de ressaltar.

O certo é, porém, que, após a aprovação pela Câmara dos Deputados, não houve monografia publicada no Brasil sobre os

mais variados problemas de direito civil que não se referisse, e em geral favoravelmente, às mudanças propostas pelo projeto em apreço, bastando-me fazer referência aos pronunciamentos feitos nesse sentido pelo professor emérito da Universidade de Minas Gerais Darcy Bessone, um dos maiores civilistas brasileiros. Com esses antecedentes, a acusação de “arcaico” cai no vazio.

Cunha Pereira refere-se ao “conservadorismo” do projeto em matéria de direito de família por ainda fazer distinção entre família legítima e ilegítima, mas esta distinção, que a Câmara dos Deputados acolheu em 1975, por ser então a posição dominante na maioria dos códigos civis, foi superada pela Constituição de 1988, cabendo notar que foi apenas no campo do direito de família que a nova Carta Magna introduziu reformas substanciais. (...)

Em abono de sua acusação de arcaísmo, diz o mencionado crítico que o projeto “nem sequer se refere a questões de procriação artificial”. O exemplo não podia ser mais inconsistente, pois essa matéria até hoje não foi objeto de “codificação”, nos mais cultos países do mundo, pela simples razão de que se trata de questão sujeita a contínuas mudanças. (...)

Não procede igualmente a advertência de que, se fosse aprovado o projeto pelo Senado, estaria sendo violada a Carta Magna, pois os remanescentes da antiga comissão elaboradora da proposta inicial já enviamos à Câmara Alta, por meio dos preclaros senadores Cunha Lima e Josaphat Marinho, presidente e relator geral da comissão “a quo”, manifestando-nos favoravelmente às emendas oferecidas pelo saudoso senador Nelson Carneiro, que foi, sabidamente, quem inspirou a Constituinte no que tange à instituição da família, acrescentando sugestões que nos parecem oportunas (REALE, 1996).

Reale afirma que alguns momentos importantes da política nacional contribuíram para o atraso na tramitação do projeto, como a Assembléia Nacional Constituinte, as CPI's e o *impeachment* do presidente Fernando Collor. Argumenta ainda que o Código não pode ser taxado de conservador, pois se em 1975 acolheu um posicionamento discriminatório em relação à família, houve alterações no projeto após a Constituição de 1988 de modo a ficar coerente com a nova Carta Magna. Refere-se ainda ao fato do Código não se referir à procriação artificial, por ser este um tema ainda sujeito a muitas mudanças e que pode ser regulamentado por lei especial.

Miguel Reale refere-se ainda aos críticos do novo Código Civil afirmando que o mesmo

preservou numerosas contribuições valiosas da codificação anterior, só substituindo as disposições que não mais correspondiam aos valores ético-jurídicos da nossa época, operando a necessária passagem de um ordenamento individualista e formalista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência. (...) os juristas mais experientes deviam ter tido mais cautela em suas afirmações, levando em conta a natureza específica de uma codificação, a qual não pode abranger as contínuas inovações sociais, mas tão somente as dotadas de certa maturação e da devida “massa crítica”, ou já tenham sido objeto de lei⁷.

Assim, Miguel Reale afirma para seus críticos que o novo Código substituiu apenas as disposições que não correspondiam aos valores da nossa época e vai mais além ao se contrapor às contínuas mudanças sociais defendendo que a codificação deve abarcar os temas com certa maturação ou já objetos de lei.

Com relação às críticas sofridas em decorrência do novo Código não reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo Reale afirma que

Outra crítica apressada e absolutamente sem sentido diz respeito ao fato de o Código não ter cuidado da união estável de pessoas do mesmo sexo. Essa matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição criou a união estável entre um homem e uma mulher. De maneira que, para cunhar-se aquilo que estão querendo, a união estável dos homossexuais, em primeiro lugar seria preciso mudar a Constituição, o que não era a nossa tarefa e muito menos a do Senado (REALE, 2002, p. 16).

Após a promulgação do Código Civil de 2002, Gustavo Tepedino argumenta que o caminho para a adequada aplicação do Código Civil é interpretá-lo de acordo com a Constituição, seguindo suas diretrizes e princípios.

O desafio do jurista de hoje consiste precisamente na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e

⁷ <http://www.miguelreale.com.br/>

princípios constitucionais. O novo Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico – que em última análise significa a abertura do sistema –, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um microclima de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional. Portanto, o Código Civil de 2002 deve ser interpretado à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento (TEPEDINO, 2003, p. 174).

Mesmo considerando os princípios constitucionais como uma ferramenta para a resolução das questões de família, parte da doutrina ainda chama a atenção para os efeitos e as limitações com que o novo Código trata o direito de família, consideram que, embora tenha entrado em vigor recentemente, o Novo Código não abrange a diversidade social. Em virtude disto, em 2007 foi apresentado um projeto de lei que propõe rever a matéria referente ao direito de família, é o chamado Estatuto das Famílias.

A partir da Constituição de 1988 operou-se verdadeira revolução copernicana, inaugurando-se paradigma familiar inteiramente remodelado, segundo as mudanças operadas na sociedade brasileira, fundado nos seguintes pilares: comunhão de vida consolidada na afetividade e não no poder marital ou paternal; igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges; liberdade de constituição, desenvolvimento e extinção das entidades familiares; igualdade dos filhos de origem biológica ou socioafetiva; garantia de dignidade das pessoas humanas que a integram, inclusive a criança, o adolescente e o idoso. Nenhum ramo do Direito foi tão profundamente modificado quanto o direito de família ocidental nas três últimas décadas do século XX.

Esse trecho, retirado da Justificativa do Estatuto das Famílias, elucida o que está sendo proposto para o direito de família brasileiro. Com base nas limitações do Código para abarcar a realidade atual foi proposto então o Estatuto. O Estatuto das Famílias é um projeto de lei (PL 2.285/07) que foi apresentado em 25 de outubro de 2007 pelo deputado federal Sérgio Barradas Carneiro do Partido dos Trabalhadores (PT-BA). O projeto vai além de uma reforma no Código Civil, a proposta é desmembrar o título que trata do Direito de Família e reestruturar toda a matéria, criando um estatuto autônomo, com novas regras materiais e processuais.

A criação do Projeto é resultado do esforço de uma Comissão de Sistematização ligada ao IBDFAM, o Instituto Brasileiro de Direito das Famílias. O objetivo do grupo foi de sistematizar uma *“nova legislação que visa positivar um Direito de Família mais adequado às necessidades e à realidade da sociedade contemporânea”* (IBDFAM, 2007, p.3). Foram integrantes da comissão de sistematização: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo, Rolf Madaleno, Rosana Fachin e Rodrigo da Cunha Pereira, que é o presidente do instituto atualmente.

A proposta é de utilizar a denominação “Estatuto das Famílias”, contemplando melhor a opção constitucional de proteção das variadas entidades familiares. O entendimento do grupo é que

Não é mais possível tratar questões visceralmente pessoais da vida familiar, perpassadas por sentimentos, valendo-se das mesmas normas que regulam as questões patrimoniais, como propriedades, contratos e demais obrigações. Essa dificuldade, inerente às peculiaridades das relações familiares, tem estimulado muitos países a editarem códigos ou leis autônomos dos direitos das famílias (IBDFAM, 2007, p.7).

Como mudanças propostas no Estatuto podemos citar: a organização das regras a respeito da união estável, da união homoafetiva e da família parental, trazendo as respectivas definições; a concepção de entidade familiar; desfaz a divisão entre direito pessoal e patrimonial presente no Código Civil de 2002.

De acordo com o Estatuto constitui família merecendo proteção *“toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar, em qualquer de suas modalidades”* (art. 3º). Assim, o Estatuto reconhece:

Art. 63. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Art. 69. As famílias parentais se constituem entre pessoas com relação de parentesco entre si e decorrem da comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar.

§ 1º Família monoparental é a entidade formada por um ascendente e seus descendentes, qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco.

§ 2º Família pluriparental é a constituída pela convivência entre irmãos, bem como as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais.

De acordo com Zarias *“hoje, no Brasil, é a noção de ‘afetividade’ que melhor traduz as relações ‘morais’, que não fazem parte do direito positivo, mas que se pretende introduzir com o Estatuto das Famílias.”* (2008, p.85).

Entretanto, simultaneamente a estes argumentos em prol do reconhecimento de uma família plural, também existem interpretações que buscam ainda a naturalização das relações familiares como estratégia de delimitação dos arranjos possíveis. Assim o Projeto de Lei 674 (substitutivo do PL 2.285/2007, apresentado pelo Dep. Sérgio Barradas Carneiro), nas palavras de Thurler⁸, segue *“expondo e mantendo a grande distância entre o Legislativo e o Judiciário brasileiros”*.

O Projeto de Lei 674 segundo Thurler vai na contramão do que foi preconizado pela CF de 1988 e é um retrocesso ao que é apresentado no Estatuto das Famílias. Assim, a autora apresenta “uma perspectiva feminista” para a análise do texto do substitutivo na Audiência Pública da Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania realizada em 2010.

O relator do PL 674, Deputado Padre José Linhares (PP-CE), afirma em seu voto: *“Para compreender a formação de uma entidade familiar, mostra-se fundamental ressaltar que a família é um fato natural, independentemente de qualquer ideologia ou interpretação constitucional que se queira adotar”*. Afirma ainda a importância da consagração do casamento e destaca o fato de Brasil ser um país católico.

⁸ Texto da apresentação de Ana Liési Thurler na audiência pública sobre o Estatuto das Famílias realizada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, no dia 12 de maio de 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Uma%20perspectiva%20feminista.pdf

Em toda a sociedade ocidental, cuja tradição baseia-se no referencial judaico-cristão, a sexualidade institucionalizada e legitimada justifica-se pela consagração do casamento, com vistas à constituição de família, por meio de reprodução natural, no seio de uma relação harmoniosa entre os cônjuges.

O Brasil não constitui exceção. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, havia cerca de 125 milhões de católicos à época do censo de 2000, um total correspondente a 73,8% da população brasileira. Esse contingente posiciona nosso País na condição de maior comunidade católica do mundo.

Thurler ressalta a contribuição das ciências sociais no sentido de mostrar como as famílias são construídas histórica e socialmente. Além disso, ressalta que, se o nosso país é considerado “católico”, esse fator religioso não tem impedido de a família ser um espaço privilegiado de violência. Ademais, como falar em sexualidade institucionalizada e legitimada pela consagração do casamento quando cerca de duas em cada três crianças nascem fora do casamento, muitas delas em relações eventuais. Assim, a autora provoca *“impõe-se, então teologizar a questão: teríamos, então, no Brasil, um milhão de crianças anualmente concebidas pelo Espírito Santo? Isso é que é país católico!”*.

Dentre as alterações propostas no substitutivo está a troca da palavra “parceiro” por “companheiro”. Pelo voto do relator o novo texto proíbe expressamente o casamento de “pessoas do mesmo sexo” e veda a adoção por casal homossexual.

Temos então um panorama das discussões sobre família no Brasil. É dentro de leque de possibilidades na forma de se perceber as famílias que se situam os profissionais do direito no cotidiano de sua atuação.

2.3 – PLURARIDADE DE FAMÍLIAS, PLURALIDADE DE VISÕES

Neste capítulo procuramos demonstrar como o direito brasileiro passou a reconhecer no plano da lei a existência de uma pluralidade de arranjos familiares. Neste percurso a ampliação da força normativa dos princípios

constitucionais tem possibilitado também o reconhecimento de arranjos que não são explicitamente previstos.

Como os princípios gozam de certo grau de abstração, dependem da interpretação do aplicador, nem sempre eles são reconhecidos nos processos judiciais. E sua utilização inclui uma subjetividade que encerra valores morais.

No tocante às famílias, nessa transição para o reconhecimento da pluralidade de arranjos, tomou fôlego o debate de que seu fundamento é (ou deve ser) o afeto. Em decorrência disso é possível considerar como legítimos os arranjos familiares não legalmente previstos.

Considerar que o afeto é o elemento que deve preponderar significa também argumentar uma menor intervenção estatal (não é a instituição que deve prevalecer, e sim os vínculos). E, sobretudo, significa desnaturalizar ou desbiologizar as relações.

Para alguns a própria legislação deve atender a estes ideais (não bastando uma interpretação extensiva da constituição). Nesse sentido se apresenta a proposta do Estatuto das Famílias. Este busca um direito de família mais adequado à realidade, busca também reconhecer a afetividade nas relações e, conseqüentemente, contemplar outras possibilidades de família.

Entretanto, como apresentado acima, as discussões sobre família e os projetos apresentados não são pacíficos. Se há uma abertura para a consideração do afeto e de outras entidades familiares, existe também posicionamentos que apelam para a família matrimonializada e naturalizada.

É nesse contexto de posicionamentos sobre as famílias que os profissionais do direito buscam retirar fundamentos para seus argumentos, pareceres e decisões.

Capítulo 3

O CAMPO E O MÉTODO

Neste capítulo abordamos o caminho metodológico trilhado na pesquisa. Inicialmente são feitos alguns comentários sobre uma fase anterior à pesquisa de campo propriamente dita, ainda durante a escrita do projeto que tinha interfaces com o mundo jurídico. Em seguida será descrita nossa caminhada no decorrer do estudo: a realização de entrevistas, a pesquisa da doutrina e da jurisprudência, bem como a participação como expectadora em congresso e palestra. Finalmente apresentamos alguns aspectos da realização da pesquisa antropológica que aborda dimensões do campo jurídico.

3.1 – A ENTRADA NO CAMPO

Um primeiro aspecto a ser considerado para a compreensão do caminho metodológico percorrido neste estudo refere-se a um momento anterior à etapa propriamente dita de realização da pesquisa de campo, ainda no período da escrita do projeto. Como se tratava de uma pesquisa no campo jurídico foi sentida a necessidade de uma conversa com algum profissional da área jurídica que trabalhasse com a temática.

Tomamos conhecimento de uma professora que havia proferido palestras sobre a afetividade no direito de família. Esta professora lecionou na Universidade Federal de Pernambuco. As informações que dispúnhamos dela era de que, no momento, estava coordenando um curso de Direito numa Universidade Privada.

Decidimos então procurá-la e conversar sobre nosso projeto. Numa noite que, para nós, foi bastante tensa, fomos até a universidade. Nos apresentamos como aluna de doutorado em Antropologia da UFPE para a secretária do curso e pedimos para conversar com a Coordenadora da Graduação em Direito.

Foi uma grata surpresa descobrir que a professora em questão era bastante simpática. Disponibilizou-se a contribuir com a pesquisa sugerindo

textos, conversando. Posteriormente ela também foi membro da banca de qualificação do projeto.

3.2 – O CENÁRIO, OS ATORES

Com o objetivo de compreender como a afetividade vem sendo utilizada para decidir impasses das famílias levados à Justiça, começamos com uma análise da legislação, da doutrina de direito de família e uma pesquisa da jurisprudência a respeito do tema em questão.

Realizamos entrevistas com profissionais do campo jurídico buscando investigar o posicionamento dos operadores do direito quanto a uma maior abertura da área jurídica para a dimensão da afetividade nas relações. Procuramos compreender a possibilidade de utilização destes argumentos, em quais casos se aplicavam e quais circunstâncias. Assim, nas entrevistas realizadas conversávamos sobre seus pontos de vistas a partir de casos concretos com os quais eles tinham se deparado em sua atuação, as decisões tomadas, os pareceres e argumentos.

As entrevistas foram as principais fontes de dados desta pesquisa. Nossa ideia inicial era realizar entrevistas apenas com profissionais com formação em direito: juízes, advogados, promotores, defensores públicos. Mas logo no início da pesquisa ponderamos sobre a necessidade de incluir também profissionais do Centro de Apoio Psicossocial (CAP), psicólogas e assistentes sociais, que atuam nos casos de disputas judiciais. As profissionais do CAP, quando solicitadas pelas varas, elaboram um parecer psicossocial dando o posicionamento técnico a respeito do litígio.

Embora o parecer do CAP não condicione o posicionamento do juiz, na maioria dos casos a sentença se dá em concordância com o parecer. A atuação destas profissionais nos pareceu relevante para a nossa análise, razão pela qual foram incluídas dentre os profissionais a serem pesquisados.

Também iniciamos o estudo com o intuito de entrevistar profissionais que atuassem na área de direito de família. Mas tão logo demos início às entrevistas, percebemos que alguns elementos importantes para a reflexão

sobre afetividade diziam respeito à adoção. Este instituto não é tratado nas varas de família, e sim nas varas da infância e da juventude. Assim, também incluímos no estudo profissionais que atuam nesta área. Tais inclusões no decorrer do estudo são consequência do fato de que durante a realização de uma pesquisa algumas questões são colocadas de forma bem imediata, ao passo que outras vão aparecendo no desenvolvimento do trabalho de campo (DUARTE, 2002; FONSECA, 1999).

Para entrar em contato com os profissionais a serem entrevistados contamos com a colaboração de duas pessoas importantes. A primeira foi a professora de direito que mencionamos no tópico anterior. Ela indicou profissionais que atuam com direito de família: advogados e professores. Outra pessoa que colaborou com a indicação foi uma advogada de direito de família que também possui formação em ciências humanas. Esta foi a primeira profissional a ser entrevistada. Para a realização das demais entrevistas inicialmente fazíamos um contato explicando sobre a pesquisa e marcando outro horário e local, de acordo com a conveniência do informante.

Ao final de cada entrevista era solicitado ao participante que indicasse uma nova pessoa para que pudéssemos entrar em contato e, caso houvesse concordância, também entrevistá-la.

Como utilizamos a técnica de um informante indicar outra pessoa para participar, entrevistamos profissionais que atuam em Olinda, Jaboatão e Recife, sendo deste último a maior prevalência. Este fato não se mostrou um entrave à pesquisa, pois todos os municípios fazem parte da Região Metropolitana do Recife, são circunvizinhos, não havendo diferença perceptível de orientação entre os mesmos (tais diferenças são notórias de um estado da federação para outro, como veremos adiante).

Para o contato com os profissionais do CAP foi solicitado por parte da Chefia Geral do mesmo uma declaração da Universidade Federal de Pernambuco, do Departamento de Antropologia. Após a apresentação do documento foi possível a realização das entrevistas sem maiores dificuldades.

O CAP possui salas nas quais os profissionais atendem as pessoas que estão em processos judiciais. A própria dinâmica de funcionamento do centro facilitou a realização da pesquisa, pois havia um local reservado para as

entrevistas. As profissionais agendavam um horário com a pesquisadora. Apenas uma das entrevistas teve que ser remarcada por ter havido um atendimento de urgência para a psicóloga.

A primeira dificuldade significativa que nos deparamos na pesquisa foi o contato inicial com os juízes. Apesar de vários informantes já entrevistados sugerirem algum juiz com quem nós poderíamos / deveríamos (segundo alguns informantes certos juízes possuem um “perfil mais interessante” para a pesquisa) conversar, nenhum deles se sentia suficientemente próximo da pessoa indicada para que pudéssemos mencionar a indicação.

Passamos então a usar algumas estratégias. A primeira delas era ir até as varas de família e conversar com o assessor do juiz ou chefe de secretaria sobre a pesquisa e tentar agendar algum horário para conversar com os juízes. Essa estratégia se mostrou ineficaz, pois sempre se alegava falta de tempo na agenda dos magistrados.

Outra alternativa, sugerida por uma das advogadas informantes, foi a de fazer entrevistas também com o assessor do juiz para depois, através dele, marcar um horário com o magistrado. Segundo esta informante o assessor, por atuar junto ao juiz, poderia ter informações relevantes para a pesquisa. Além disto, o fato de ter sido entrevistado contribuiria para a compreensão da relevância do estudo.

Esse caminho também se mostrou infrutífero. Agendamos uma entrevista com uma assessora, mas a conversa se mostrou um tanto desagradável. Embora não tenha se recusado a responder nenhuma das perguntas, suas respostas não ultrapassavam o nível da superficialidade⁹. Ademais, ainda não conseguimos agendar com o magistrado através dela.

O desconforto nesta entrevista nos levou a pensar se alguma atitude nossa, algum comportamento, mesmo inconsciente, tenha provocado tal

⁹ Isto por si só poderia constituir um elemento para a análise, respostas superficiais, sem adentrar nas questões. Mas o desconforto gerado na entrevista não se referia apenas a isso. Talvez não consigamos descrever a sensação aqui no texto. Outro elemento de incômodo foi o lugar escolhido pela informante, uma sala movimentada, onde várias pessoas almoçavam e circulavam pelo espaço interferindo na conversa. Ressaltamos que havia sido conversado previamente sobre o sigilo e a importância de um lugar mais reservado (o próprio café do fórum, no mesmo prédio, tinha servido anteriormente como um local mais adequado para a entrevista).

reação por parte da informante. O fato desta entrevista não ser o que poderíamos chamar de “entrevista-fim” tenha de algum modo interferido e dado algum indicador resultando na maneira como fomos percebidos pela informante.

Tendo em vista esta experiência e o fato de que ainda não tínhamos marcado nenhuma conversa com os juízes desistimos também desta tentativa. Também consideramos que o assessor trabalha com o juiz, mas, pelo menos no plano formal, não são os argumentos do assessor que vão para a pauta da discussão.

Finalmente uma defensora pública entrevistada nos indicou uma juíza, amiga dela, para que pudéssemos agendar. A partir daí as entrevistas com os magistrados ocorreram sem dificuldades. Ao final o entrevistado indicava outro ou alguns outros para que pudéssemos agendar. Essa dificuldade inicial ilustra um aspecto relevante para a pesquisa: a importância crucial de obter o apoio, o contato com indivíduos-chaves em todos os grupos que estivermos estudando (FOOTE-WHYTE, 1980).

Ao chegar numa vara explicando que outro magistrado havia indicado aquela pessoa conseguimos sem problemas marcar um horário para a entrevista. Nenhuma delas precisou se remarcar.

Foram feitas 7 entrevistas com psicólogas, 3 com assistentes sociais (os núcleos contam com um número bem maior de psicólogas); 4 com advogados; 2 com defensores; 4 com promotores; 8 com juízes. Realizamos ainda duas entrevistas com professores de direito. Tais profissionais foram incluídos por atuarem na formação dos futuros juristas e também por estarem bastante atualizados sobre as discussões do direito de família.

Foram realizadas no total 30 entrevistas¹⁰, com duração média de pouco mais de uma hora, no período de março a dezembro do ano de 2009. Todas foram gravadas e transcritas. Antes do início das mesmas era entregue ao participante o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE.

¹⁰ Não utilizamos no trabalho a entrevista realizada com a assessora pelas razões anteriormente apontadas.

Apenas um informante, um advogado, se recusou a assinar o TCLE no início da entrevista, mas permitiu a realização e a gravação. Informamos que, se ao final ele não quisesse assinar, os dados não seriam utilizados na pesquisa. O termo foi assinado ao final da entrevista.

Enquanto as entrevistas com psicólogas e assistentes sociais ocorreram sempre em salas reservadas, as demais foram realizadas nos locais os mais diversos, de acordo com a comodidade do entrevistado. Assim, ocorreram entrevistas em escritórios de advogados, sala de professor, na sala de clientes de uma concessionária, com um informante que, no dia marcado, teve um imprevisto, precisou fazer um serviço no carro e permaneceria um bom tempo lá. O local pouco comum se mostrou até bem adequado, pois foi possível uma conversa tranquila, sem interferências.

As entrevistas com os juízes e promotores foram realizadas, em regra, nas salas deles nas varas (apenas uma foi em outro local que o juiz trabalha). Mas em quase metade delas além do entrevistado e da pesquisadora havia outra ou outras pessoas na sala (assessor, promotor, estagiário). Isto demandou por parte da pesquisadora algumas explicações a mais em relação ao sigilo na pesquisa.

Em relação ao sigilo na pesquisa é preciso garantir do anonimato dos pesquisados. Mas tal anonimato não se refere só à omissão ou à troca de nomes, as descrições dadas também não podem permitir que se chegue à identificação do informante.

Um dos cuidados citados com frequência pelos informantes diz respeito ao fato de que os processos nos quais eles atuam correm em segredo de justiça. Em decorrência disto optamos por evitar ao máximo elementos que pudessem identificar os informantes ou os casos citados. A exceção refere-se aos casos que foram divulgados na mídia, sendo veiculados também os nomes dos profissionais que atuaram.

Devido à alta visibilidade dos profissionais do campo jurídico utilizamos no texto o símbolo @ evitando identificar o sexo do entrevistado. No caso das assistentes sociais e psicólogas utilizaremos sempre o feminino, pois no núcleo de atendimento psicossocial encontramos apenas um psicólogo e, apesar

disto, no site do Tribunal de Justiça de Pernambuco constava apenas o nome das psicólogas.

Anteriormente ao período de realização das entrevistas assistimos o “Encontro Nacional de Direito Civil e Processo Civil” realizado em agosto de 2008 em Recife, Pernambuco. Duas conferências nos pareciam especialmente importantes, a saber: “As novas famílias e o estatuto das famílias”, proferida por Silvio de Salvo Venosa e “Quem é o pai? Aspectos atuais da filiação”, apresentada por Maria Berenice Dias.

Durante a pesquisa também tivemos a oportunidade de assistir uma palestra sobre união homoafetiva na Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife. Na ocasião apresentaram-se um psicólogo, uma professora de direito da universidade e a psicóloga da vara da infância e juventude que atuou no processo do primeiro caso de adoção concedida a um casal homossexual em Pernambuco. Na programação inicial estaria presente o juiz que atuou na causa, mas devido a outro compromisso ele foi substituído pela psicóloga. O público da palestra eram os estudantes de direito da universidade.

Ao consultar jurisprudência nosso objetivo foi o de analisar possibilidades de compreensão e solução de um litígio, pois sabemos que as decisões nem sempre são pacíficas quando se tratam de temas controversos de direito de família. Não intentamos a construção de levantamentos estatísticos a respeito. Desde o início da elaboração do projeto de pesquisa tomamos conhecimento de que alguns estados são mais de vanguarda no que diz respeito às decisões no direito de família. Neste sentido, torna-se relevante verificar os argumentos e as forças em jogo na construção de verdades.

O fato de que alguns estados são mais avançados nas decisões que concernem às famílias chama a atenção para o que faz tais estados se diferenciarem. A explicação obtida das pessoas que atuam no campo jurídico é de que a própria conjuntura histórica e alguns personagens importantes¹¹ destes estados contribuem para uma maior abertura. Mas a jurisprudência construída acaba tendo reflexos em outros estados. Além disso, a lei federal

¹¹ Como a ex-desembargadora Maria Berenice Dias que se tornou uma referência de posturas vanguardistas na área de direito de família no Rio Grande do Sul.

que está sendo considerada é uma só. Assim, é pertinente considerar como esta mudança vem sendo percebida e significada num estado que não tem postura reconhecidamente aberta a tais discussões.

Com relação à legislação, nossa leitura se deu no sentido de compreender o que está preconizado no direito positivo intercalando com o depoimento dos operadores do direito.

Buscamos perceber como o discurso sobre os diversos textos legais se deixam guiar pelo texto da lei ou, de modo oposto, buscam questioná-lo. É possível citar alguns exemplos de como os informantes se posicionam em relação ao que está (ou não) preconizado pela lei.

Pra gente como juiz é muito fácil. Nós temos aqui um código de processo civil que se a gente for seguir à risca o que ele determina é muito fácil, é cômodo. (...) Eu digo sempre aos alunos que vêm aqui, os estagiários. Eu digo: olhe, se você quiser desaprender processo civil venham para cá comigo. Mas se quiser aprender um pouco de efetividade venha ver como a gente trabalha. Porque a gente passa por cima. E graças a Deus nunca tive nenhum problema. Porque não é só passar por cima, é fundamental porque você tá passando (Entrevista juiz@).

Juiz não é neutro, juiz é imparcial, neutro ele não é. O que eu penso, o que eu sou como ser humano, minha ideologia, é claro que eu levo para o processo. Eu posso eventualmente ter uma ideologia e abrir mão dela porque eu fui convencida racionalmente, pela lei ou por qualquer outra coisa. Mas quando não tem... Esses processos abertos assim é onde a gente leva mais a ideologia da gente. (Referindo-se a um processo de união homoafetiva). (Entrevista juiz@).

É lógico que nós advogados exageramos, porque o que a gente pretende nesse momento é buscar a sensibilização do juiz. E faz parte essa dramatização também. Tem casos ao contrário, que o advogado não tem sensibilidade e nem exagera nem nada, bota uma coisa... não ganha. (Entrevista advogad@).

Consideramos ainda que alguns projetos de lei submetidos à votação, embora demorem anos sendo discutidos, demonstram embates jurídicos que gradativamente vão ganhando espaço na sociedade brasileira. Dentre os

projetos o que ganhou maior ênfase no nosso trabalho foi o Estatuto das Famílias.

Durante a pesquisa também tivemos diversas conversas informais com professores, advogados, partes envolvidas nos processos. Tais conversas e as nossas observações dos diversos ambientes foram registradas no diário de campo. No decorrer da pesquisa vários profissionais nos entregaram cópias de petições iniciais, pareceres e sentenças de processos nos quais atuaram.

3.3 – O ANTROPÓLOGO EM CAMPO

Uma das mais tradicionais premissas das ciências sociais é a necessidade de *distância* mínima que garanta ao investigador condições de *objetividade em seu trabalho*. Da Matta (1978) já situou com propriedade a trajetória antropológica de transformar o “exótico em familiar e o familiar em exótico”. Assim, em algum nível estamos falando de *distância*. Mas é preciso refletir o que se entende por isso (VELHO, 2004).

O fato de dois indivíduos pertencerem à mesma sociedade não significa que estejam mais próximos do que se fossem de sociedades diferentes, porém aproximados por preferência, gostos, atividades.

Assim, o que vemos e encontramos com frequência pode ser familiar, mas não é necessariamente conhecido. Vemos no nosso cotidiano uma diversidade de pessoas, entretanto o nosso conhecimento a respeito de suas vidas, hábitos, crenças, valores é altamente diferenciado. O grau de familiaridade não é homogêneo, como também é muito desigual o grau de conhecimento. Mas todos fazem parte da nossa sociedade, são contemporâneos, vizinhos.

O fato é que dentro de uma grande cidade há descontinuidades vigorosas entre o “mundo” do pesquisador e outros mundos, fazendo com que ele possa ter experiência de estranheza, não-reconhecimento ou até choque cultural comparável a de viagens a sociedades e regiões distantes.

Gostaríamos de relatar um episódio de estranhamento, ilustrando a não familiaridade com uma realidade relativamente próxima, como destaca Velho.

Trata-se de um estudo em que atuamos antes da realização da pesquisa do doutorado. O objetivo da pesquisa era identificar redes de apoio às mulheres vítimas de violência. Um dos locais a ser investigado era um centro de assistência judiciária da prefeitura do Recife. No meio de uma conversa com a advogada que atuava no local, perguntamos sobre o atendimento no núcleo. A advogada explica que dois dias da semana, terça e quinta-feira, são os de maior movimento porque são os dias de alimentos. Sem entender completamente questionamos se lá também distribuem alimentos (cestas-básicas, algo do tipo). A advogada responde asperamente, um tanto incomodada com a pergunta “não, minha filha. Alimentos, pensão alimentícia”.

Apesar de o fato acima relatado ser anterior à realização da pesquisa que agora estamos tratando, ele é elucidativo da diferença que por vezes se dá entre o mundo jurídico e a realidade das pessoas que não estão acostumadas com este contexto.

Logo no início da pesquisa de campo uma advogada, nossa amiga, dá um conselho / orientação:

Olhe, nem pense em falar com um juiz sem usar salto (sapato de salto alto) viu? Se não, ele nem olha para a sua cara. E chame eles sempre de Doutor ou Excelência. (Diário de campo).

Este comentário nos remete às considerações de Goffman (2005) de que diante da chegada de um indivíduo, os outros tentarão obter informações a seu respeito ou utilizarão as que já possuem. Esta informação serve para definir a situação. Assim, saberão a forma mais adequada de agir visando a resposta almejada. Na hipótese de um indivíduo desconhecido, como era o nosso caso, as pessoas poderão utilizar aspectos como conduta e aparência e se remeter a uma experiência anterior com indivíduos parecidos ou recorrer a estereótipos.

Outro fato, um tanto cômico, que gerou estranhamento de nossa parte ocorreu numa vara em que esperávamos para realizar uma entrevista previamente agendada. A funcionária ao chamar fez o pregão. Embora

estivéssemos bem próximas à porta, a funcionária nos chama gritando “Antropologia, Universidade Federal de Pernambuco”.

Com relação ao transcorrer das entrevistas, o início das mesmas era quase sempre marcado por perguntas por parte dos informantes a respeito da vida acadêmica / profissional da pesquisadora.

Apenas uma das entrevistadas fez um comentário que sugere uma certa preocupação com seus conhecimentos jurídicos, explicando que não sabia se teria como responder porque estava ali sem nenhum material. Relembramos logo que se tratava de uma pesquisa na área de antropologia, o que visivelmente sossegou a informante. No mais, a entrevista fluiu com tranquilidade de ambas as partes.

Alguns dos informantes conversaram a respeito do curso de antropologia manifestando o desejo de também cursar um doutorado (caso de algumas psicólogas, uma delas expressou o interesse também por antropologia, e de uma juíza).

O fato de, durante a época da pesquisa de campo, estarmos atuando como professora substituta no Departamento de Ciências Sociais, lecionando Sociologia também no curso de direito, foi valorizado por boa parte dos informantes.

Tal interesse demonstra a busca de pontos de afinidade entre a pesquisadora e os informantes tentando situá-la e, neste sentido, amenizar sua posição de “invasora” (SALEM, 1978).

Finalizando este capítulo lembramos as palavras de Duarte (2002) de que uma pesquisa é sempre, de algum modo, um relato de viagem realizada por um sujeito que vasculha lugares muitas vezes já visitados. Trata-se de uma maneira de olhar e refletir determinada realidade a partir de uma experiência e de uma apropriação do conhecimento que são, aí sim, bastante pessoais.

Capítulo 4

FAMÍLIAS QUE SE (DES)CONSTROEM

O título deste capítulo nos remete a um duplo movimento das famílias na Justiça. Por um lado o Poder Judiciário tem a prerrogativa de reconhecer determinadas entidades familiares, sendo então famílias que se constroem. Por outro lado, é também na esfera da Justiça que deságuam muitas disputas quando uma família se desfaz. Após a lei do divórcio no Brasil boa parte das questões nas varas de família está relacionada a este fenômeno. São divórcios, disputas de guarda, pensões o que ocupa majoritariamente o cotidiano de juízes, promotores, advogados. E para a solução das disputas cada vez mais é invocado o auxílio de um corpo profissional técnico.

Neste capítulo analisaremos a compreensão da família psicologizada que necessita da intervenção dos profissionais do setor psicossocial para a resolução de seus conflitos; e também das consequências mais gerais para a sociedade da intervenção do judiciário na tentativa de solucionar os problemas das famílias. O capítulo será finalizado com uma reflexão a respeito da família caracterizada por uma forte conotação afetiva e os impasses do mundo jurídico ao lidar com tal dimensão nos processos.

4.1 – FAMÍLIA E INDIVIDUALIZAÇÃO

Uma discussão que tem sido desenvolvida no campo do direito de família diz respeito à desinstitucionalização da família (como visto no capítulo 2). Esta perde a sua relevância como instituição e passa a ter o papel de possibilitar o desenvolvimento de cada membro que a integra. Concomitantemente é possível falar numa repersonalização das relações, que diz respeito a uma nova concepção no direito de família que enfoca as pessoas em sua dimensão ontológica (LÔBO, 1999). Trata-se de um posicionamento crítico ao direito de família tradicional que se caracterizava por uma excessiva preocupação com os interesses patrimoniais.

A este respeito merece destaque a argumentação de François de Singly que em suas análises argumenta sobre a desinstitucionalização familiar, sendo um ponto central deste fenômeno a “psicologização” das relações.

F. de Singly (2000) ressalta as mudanças que a família sofreu na segunda metade do século XX, sobretudo nos países ocidentais, a saber: a diminuição dos casamentos e das famílias numerosas. Paralelo a isto houve um crescimento dos divórcios, das famílias pequenas, das famílias monoparentais e das famílias recompostas. É possível destacar ainda o crescimento do trabalho assalariado das mulheres.

O autor explica tais mudanças como decorrentes da centralidade da lógica familiar em torno do amor e da afeição desde o início do século XX. As famílias passam então para uma lógica individualista.

Nas sociedades individualistas, “a família” (qualquer que seja a forma ou a estrutura) toma para si a função de (tentar) consolidar em permanência o “eu” dos adultos e das crianças. Inversamente ao que o termo individualismo pode levar a crer, o indivíduo precisa assim, para tornar-se ele mesmo, do olhar das pessoas a que ele atribui importância e sentido (SINGLY, 2000, p. 14).

François de Singly faz uma distinção entre duas modalidades de famílias modernas. A 'família moderna 1', pode ser localizada do período que vai do início do século XX até os anos sessenta. Essa família caracterizou-se pela construção de uma lógica de grupo, centrada no amor e na afeição. É a referência da “idade do ouro da família”. Trata-se de um grupo regulado pelo amor e no qual os adultos estão a serviço do grupo, sobretudo das crianças. O homem deve trabalhar e cumprir sua missão de pai. À mulher cabe cuidar dos filhos, do marido. *“A ‘família feliz’ permite a cada um dos membros ser feliz. A instituição do casamento é valorizada, uma vez que ela é concebida como o melhor quadro para garantir esses objetivos”.*

As famílias contemporâneas seriam enquadradas na 'família moderna 2'. Este segundo modelo não rompe plenamente com o anterior, pois a lógica do amor ainda se impõe, na verdade se intensifica, pois os cônjuges só devem

ficar juntos com a condição de se amarem e os pais devem estar ainda mais atentos aos seus filhos.

O que muda é o fato de que as relações só são valorizadas quando realizam as satisfações proporcionadas a cada um dos membros da família. Hoje a “família feliz” é menos atrativa, o que importa é a felicidade de cada um. (...) O “eu” é mais importante do que o “nós”, mas ele não propõe, bem ao contrário, o desaparecimento do grupo conjugal nem do grupo familiar. (SINGLY, 2007, p. 131-132).

O que distingue a “família moderna 2” é o peso maior dado ao processo de individualização. “*A família se transforma em um espaço privado a serviço dos indivíduos*”. Para o autor é possível perceber esta realidade pelos indicadores do nível da relação conjugal, com a maior independência das mulheres, a possibilidade do divórcio por consentimento mútuo. Assim:

Essa família “moderna 2” compõe-se com a individualização. Sua permanência se dá a esse preço, sua instabilidade também. Por isso, paradoxalmente, a família pode parecer frágil e forte: frágil, pois poucos casais conhecem antecipadamente a duração de sua existência, e forte porque a vida privada com uma ou várias pessoas próximas é desejada pela grande maioria das pessoas (sob certas condições, ou seja, se a família não é percebida como sufocante) (SINGLY, 2000, p. 15).

Para F. de Singly (2007) as famílias contemporâneas têm o amor como aspecto central e buscam a realização dos indivíduos que a compõem. Não é mais a instituição o que conta e sim a realização de seus membros. O autor argumenta então que a família moderna se caracteriza pela atenção à pessoa, pois o capital econômico não é mais o centro das estratégias familiares.

Irene Théry (1993) também reforça a tese da desinstitucionalização. Para ela o divórcio levou a uma realidade na qual o casamento não é mais o único a instituir a família. O “descasamento” e as recomposições familiares permitem reformular a ordem simbólica da família e do parentesco. Para a autora o descasamento é uma das origens de uma representação do privado

como reino do “eu”. O divórcio permite uma redefinição contemporânea do significado do casamento.

Lia Zanotta Machado (2001) chama a atenção que o cerne do debate atual em torno da "instituição família" diz respeito a uma suposta oposição entre o valor do individualismo e o valor da família. Ela alerta que uma solução lógica e cômoda é a de resolver a questão afirmando que se trata agora de aumentar o espaço da "individualização nas organizações familiares".

Para Machado (2001) autores como F. de Singly não apontam as tensões existentes entre os diferentes tipos de família que ele de distingue em seu modelo teórico. No Brasil, por exemplo, enquanto alguns intelectuais buscavam o padrão ou modelo familiar brasileiro, outros buscavam a diversidade de modalidades e modelos de família (como visto no capítulo 1). Ela alerta para o risco de que tensões e modos diversos de vivências e arranjos sejam encobertos. Machado ressalta a necessidade de se pensar considerando os diferentes segmentos sociais e nas diferentes temporalidades.

Embora cientes do risco apontado por Lia Zanotta Machado (2001) de subsumir as diferenças existentes entre os diversos tipos de arranjos e vivências familiares, consideramos as elaborações de François de Singly como pertinentes para a compreensão de um aumento das intervenções do Estado na vida das famílias que inclui a utilização dos saberes psicológicos.

4.2 – A FAMÍLIA PSICOLOGIZADA E O JUDICIÁRIO PROTETOR

Ao falar em família Duarte (1995) destaca que há uma aparente contradição. A família aparece simultaneamente como “naturalizada” e “sacralizada”. Naturalizada porque tem sido considerada o desenho mais puro e primitivo, ainda que tenha sofrido interferências ao longo da história. Sacralizada porque expressaria a essência do humano. Duarte destaca o papel de Donzelot e Foucault que explicitaram a conexão da psicanálise a “essa família”.

Donzelot vai se debruçar sobre a formação do “social”. Assessores, técnicos passam a cercar a família fragmentada. O social não se confunde com

o setor judiciário, mas lhe proporciona novas extensões. O social também não se confunde com o setor público ou privado, constitui um domínio híbrido (DELEUZE, 1986).

Abordando a dinâmica do tribunal de menores no contexto francês no final do século XIX, Donzelot (1986) demonstra como aos poucos vai se tornando fundamental o trabalho dos técnicos. Gradativamente vai ganhando espaço a psiquiatria infantil. O psiquiatra vem armado de uma capacidade teórica.

De início esse novo saber se tornou ameaçador, o autor destaca que a maioria dos magistrados exigiu que o exame das crianças não fosse sistemático, pois temiam que seu próprio poder fosse se extinguir. Mas se o psiquiatra era visto como uma espécie de rival do juiz, com a psicanálise se torna seu aliado indispensável. O psiquiatra passa para o papel de inspirador declarado das decisões judiciais.

F. de Singly (2007) também discorre sobre o papel dos saberes psicológicos dentro das famílias. Para o autor o Estado contribui para a individualização ajudando a diminuir os laços de dependência: da família em relação à parentela e à vizinhança; da mulher em relação ao homem; da criança em relação aos seus pais. Entretanto, a transformação destes antigos laços de dependência tem um lado que é uma menor autonomia da família e de seus membros frente aos representantes do Estado, dentre eles os psicólogos.

O sistema de Justiça, tal como o conhecemos, é uma criação recente que ocorre com ascensão da burguesia ao poder no Ocidente. Aliado a este fenômeno está a consolidação do Estado moderno, baseado nos princípios da revolução Francesa e seus ideais de justiça: Igualdade, liberdade e Fraternidade. Com o declínio dos governos monárquicos absolutistas e a ascensão das repúblicas livres e supostamente governadas pelo povo e para o povo o poder é colocado sob a tutela do Estado, fazendo surgir o Direito moderno, a quem foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem pública e regular a convivência social (COSTA, et al, 2009).

A ideia de que a Psicologia poderia auxiliar o direito já estava presente desde o século XVIII. Os órgãos judiciais e legislativos passaram a incorporar noções e conceitos de outras áreas tais como a Psiquiatria e a Psicologia. A

relação entre a Psicologia e o direito deu-se de início com a psicopatologia, a realização de diagnósticos de sanidade mental solicitados por juízes, baseados no uso de testes. O psicólogo tinha o papel fornecer um parecer técnico (pericial) que fundamentasse as decisões do sistema judiciário.

Apesar da relação entre Psicologia e Direito ter suas origens desde o início do século XVIII, a Psicologia Jurídica no Brasil, como área de atuação específica, começa a se consolidar apenas no Século XX, mais especificamente na década de 50 (COSTA, et al, 2009).

Na área de direito de família Rodrigo da Cunha Pereira destaca que a partir da introdução do discurso psicanalítico há uma reformulação com a desconstrução do dogmatismo e do positivismo. Passa-se a considerar que o sujeito de direito é também sujeito de desejo.

Isto muda tudo. As mulheres se vêem então, como sujeitos na relação conjugal e parental e não mais como sujeitadas ao pai ou ao marido. Quebra-se, assim, uma resignação histórica das mulheres que sustentavam os casamentos. A partir daí, passa-se a compreender que o verdadeiro sustento do laço conjugal não é o vínculo jurídico, mas, o desejo e o afeto (PEREIRA, 2006, p.845).

Aqui vamos enfocar não na presença do discurso psicanalítico, mas sim nas práticas diante de processos judiciais de famílias que têm levado em consideração os conhecimentos do setor psicossocial. O papel dos profissionais do setor psicossocial como aliados e imprescindíveis para as decisões judiciais é exercido atualmente nos litígios envolvendo famílias. Este fenômeno é decorrência de uma noção de "família" moderna inseparável da constituição do valor ideológico do "indivíduo". A família é vista como fonte e origem do novo sujeito (DUARTE e CARVALHO 2005).

O que se espera dos profissionais do Setor Psicossocial é a realização do *estudo psicossocial forense*. Tal estudo é realizado por psicólogos e assistentes sociais de um Tribunal de Justiça com o objetivo de assessorar os magistrados nas decisões em questões referentes às famílias procurando promover pequenas intervenções no sistema atendido (GRANJEIRO e COSTA, 2008).

Na sua atuação os profissionais da área psicossocial se inscrevem num contexto de poder em que se presume que haverá a aplicação da lei para dirimir conflitos. O contexto da justiça é um espaço no qual se recorre à força legítima para impor a lei, no exercício do discurso, do ritual, da obrigação, do dever, por força da autoridade (FALEIROS, 2009).

No decorrer da história a atuação do psicólogo na Justiça foi sendo traçado no sentido de um assessoramento direto ao magistrado, quer na confecção de perícia ou de parecer ou de relatório, até ser definido como a construção de um *estudo psicossocial*. De acordo com Costa et al (2009) essa nova indicação possui dois aspectos interessantes. O primeiro aspecto é que a expressão *estudo* tem uma conotação mais compreensiva e discursiva do que a contida em definições como perícia ou parecer. O segundo ponto é que o estudo é de ordem *psicossocial*, não somente da ordem do psicológico ou do psicopatológico, trazendo implicitamente uma diferença que é o reconhecimento de que as questões a serem mediadas no judiciário possuem uma dimensão que é da ordem do social.

Apesar da compreensão de que os psicólogos e assistentes sociais elaboram um *estudo psicossocial*, no site do Tribunal de Justiça de Pernambuco a expressão utilizada é “*emissão de laudos e pareceres*”¹². Isso nos leva a refletir sobre os impasses e especificidades da atuação conjunta. O contexto terapêutico, característico da psicologia, necessita que a relação seja estabelecida sem tempo determinado, uma vez que objetiva ajudar o sujeito a compreender a razão dos seus comportamentos e sofrimentos. Ademais, pressupõe a existência de uma demanda por ajuda, isto é, o contato inicial do psicoterapeuta com o seu cliente parte de uma demanda deste último.

Já o contexto jurídico tem o seu tempo determinado pela urgência de decisões processuais, sobretudo quando envolve crianças e adolescentes. Juntar essas duas concepções constitui-se num grande desafio para a Psicologia Jurídica que, mesmo estando em um contexto regulador e decisório, precisa ser terapêutico no sentido de proporcionar transformações pessoais, familiares e sociais (COSTA, et al, 2009).

¹² Informações sobre o Centro de Apoio Psicossocial no site do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Disponível em http://www.tjpe.jus.br/servicos/cap/cap_01.shtml

Em Pernambuco desde o ano de 1992 as Varas de Família do Recife dispõem de psicólogos e assistentes sociais para dar apoio técnico aos juízes¹³. Os profissionais do Centro de Apoio Psicossocial – CAP – são responsáveis pela elaboração de *pareceres* que irão subsidiar as decisões judiciais.

Para o universo das relações familiares convergem diferentes discursos e diferentes instituições. Os psicólogos e assistentes sociais são necessários para realizar um parecer sobre a vida familiar que é apresentada nos processos judiciais. A importância de tais profissionais para a solução das questões fica explícita na fala desse membro do Ministério Público.

A gente tem um caso bem flagrante que a mãe acusou o pai de ter abusado sexualmente do filho. As acusações eram muito fortes e a gente fez um processo bem detalhado, passou por psicóloga, assistente social, as técnicas do CAP, e não detectaram nada que pudesse levar a crer que haveria alguma possibilidade de indício de abuso sexual. Era só uma forma da mãe manejar e impedir a visita do pai. (...) Juridicamente não é problemático. A situação jurídica não é complicada, complicada é a situação de fato. Não sei se dá para entender. O trabalho maior, o peso maior é dos técnicos do CAP. A questão é decidir, tentar determinar se houve ou não o abuso relatado, se houve, no mínimo é suspensão não só do direito de visita, mas do poder familiar. Se não houve o abuso é o indeferimento do pedido. Quer dizer, juridicamente não tem nenhuma perquirição, não tem nenhuma dificuldade, o trabalho maior foi dos técnicos. (Entrevista MP).

Neste trecho transparece a noção do trabalho do setor psicossocial consistindo na verificação dos fatos e elaboração do parecer. O caso citado é um exemplo de uma situação de grande relevância nas varas de família: trata-se de uma falsa acusação de abuso sexual. Uma situação como esta pode ter implicações penais e envolve direitos da criança e sua proteção (retornaremos a este ponto no próximo capítulo). Nesta fala fica demonstrado que o parecer elaborado consiste numa espécie de "operador da verdade", onde são

¹³ O CAP atende as Varas de Família, Acidentes de Trabalho, Órfãos, Interditos e Ausentes em funcionamento no Recife.

apresentados fatos, argumentos verdadeiros e as evidências (GRANJEIRO e COSTA, 2008).

Na situação relatada a atuação do CAP aparece como imprescindível para solucionar o impasse, são os técnicos que vão “decidir, tentar determinar” a existência ou não da situação. Assim, “o *trabalho maior, o peso maior é dos técnicos do CAP*”.

Merece ainda destaque a distinção relatada entre a situação “fática” e a situação jurídica, isto é, o fato e o direito que se aplica. Fica subentendido que há duas realidades distintas, uma delas é a situação jurídica na qual existem respostas padrão para as condutas. É quase uma fórmula matemática “se ocorreu o fato a conduta é tal”, se não houve, indefere o pedido. Já a realidade de fato implica em conhecer aspectos mais complexos da conduta dos indivíduos.

Esta fala nos chama a atenção para as distinções nos papéis dos diferentes atores que vão opinar e decidir numa determinada situação. Temos de um lado profissionais que devem detectar ou não determinada conduta e de outro lado profissionais que vão “aplicar a lei”. Mas permeando estas duas posições, que descrevemos inicialmente de forma estática, existe uma série de nuances que envolve diferentes relações de poder, sobre este aspecto falaremos a seguir.

4.2.1 – SABERES E PODERES: O PARECER PSICOSSOCIAL

A inserção dos profissionais do setor psicossocial na atuação do judiciário torna evidente a tensão entre o desvelar a “verdade do sujeito” e o promover o enquadramento deste sujeito no que está preconizado pelas leis (SANTANA, 2009).

Teixeira e Belém alertam que os profissionais do direito esperam da psicologia respostas para aspectos subjetivos do sujeito.

A demanda institucional é prioritariamente a de que coloquemos o nosso “saber” a serviço da atividade judicial. Na prática isso significa que os operadores do Direito, isto é, os

juízes, promotores e defensores, esperam que os psicólogos, através de seus pareceres, laudos e estudos de caso, possam fornecer subsídios para as decisões relativas ao caso em questão. Parecem esperar que a Psicologia traga respostas até então inacessíveis pois, ao trabalhar com o “não-dito”, com os aspectos subjetivos, reforçaria a ilusão de que a instituição tem domínio completo sobre o sujeito. A Psicologia funcionaria então como uma parceira no processo de controle social que, no final das contas, está na perspectiva da aplicação da Justiça. (TEIXEIRA e BELÉM, 2000, p. 62).

Os profissionais do CAP nos relatam que a sentença quase na totalidade das vezes se dá de acordo com o parecer emitido por eles. O trabalho deles se torna essencial para a compreensão da complexidade dos casos.

Hoje o que a gente vê é que os juízes das varas de família eles não conseguem mais decidir sem que tenham, de certa forma, o olhar, tanto do psicólogo quanto do assistente social para as questões de família (Entrevista psicóloga).

Esta concepção da necessidade de um olhar do setor psicossocial também é compartilhada pelos juízes, como demonstra a fala a seguir:

Porque o juiz não é um técnico em psicologia e ele precisa daquela orientação. E esse CAP ajudou muito nas decisões dos juízes. Eu digo por mim e o que eu ouço os colegas falarem. (...) O parecer do CAP... O trabalho do CAP sempre é importante e eu não me recordo, particularmente, de ter dado uma decisão que fosse contrária ao parecer do CAP. (Entrevista juiz@).

Isto implica também em refletir como vem se dando essa inter-relação entre as áreas do saber. O desafio resultante de duas lógicas distintas.

[Foi necessário] criar equipes que viessem a auxiliar o juiz a dar celeridade às ações. Principalmente porque nas separações o juiz vai normatizar. Quando há separação o que é que acontece? Vamos falar só do processo de separação. Com a separação vem o divórcio, vem a guarda de filhos, regulamentação de visitas e alimentos. O bom senso diz, com a separação a guarda ou fica com um ou fica com o outro. (...) Então assim, o bom senso dizia que os pais se separam, o juiz vai determinar, porque ele tem que determinar. Ele tem que aplicar a norma e a lei. Só que o que se verificou ao longo do

tempo é que não adiantava o juiz determinar porque outras questões impediam que as pessoas cumprissem a determinação. E aí é quando surge a psicologia jurídica. E aí a gente não pode deixar de falar do avanço da psicologia jurídica. Da inserção do psicólogo dentro do judiciário. Que veio para auxiliar os juízes a esse clamor de que não adianta porque as pessoas não conseguem dar conta do que o juiz determina. E daí surgiu a equipe interprofissional e a psicologia jurídica foi crescendo porque se a gente for considerar 10 anos, 15 anos atrás, não existia psicólogo no tribunal. O juiz ele determinava, ele fazia, ele mandava. E as pessoas nem sempre faziam, acatavam a determinação do juiz. E aí foi necessária. (Entrevista psicóloga).

Dessas diversas falas que apresentamos até o momento fica explícita uma distinção fundamental entre o psicossocial e os profissionais do direito. Cabendo a estes a aplicação da lei, a normatização. Argumentamos que vem sendo desenvolvido no campo do direito de família a defesa de uma maior abertura para a dimensão subjetiva. Entretanto, a própria existência do CAP e o amplo reconhecimento de seu papel essencial chamam a atenção para um aspecto paradoxal: advoga-se uma maior sensibilidade do mundo jurídico ao mesmo tempo em que se reforça que tal sensibilidade é estranha a este mundo.

O juiz tem que ser *preciso*, é necessário então que o reconhecimento do subjetivo seja feito por outro. O juiz tem que ser “humano”, mas ao mesmo tempo deve ser imparcial, decorre daí que não cabe a ele decidir o que atente ao “clamor” social. É bastante representativo o reconhecimento do “avanço” que o campo psicossocial traz, já que antes “*o juiz ele determinava, ele fazia, ele mandava. E as pessoas nem sempre faziam*”.

Se por um lado é reconhecido pelos diversos profissionais (juízes, ministério público, advogados, psicólogos, assistentes sociais) a importância do papel do CAP para colaborar com os juízes em suas decisões, não podemos deixar de questionar se tais profissionais têm uma relação com o magistrado de complementaridade de saberes ou de submissão aos seus poderes.

A fala de uma psicóloga problematiza bem esse ponto.

É necessário haver uma mudança de paradigma com relação a intervenção que nós fazemos no judiciário. E aí cabe ao juiz

mudar também seus próprios paradigmas porque também. É difícil mudar os paradigmas do juiz. Ele é quem pode, ele é quem manda ele é o julgador. Muitas vezes somos nós, como psicólogos, tentando conversar, tentando argumentar, que aquela situação (...). São impasses, a gente tem que falar também dos impasses do nosso trabalho. Na maioria das vezes é [aceito o parecer, a sentença de acordo], mas nem sempre. Tem questões que às vezes o juiz decide que tem que ser do jeito dele. Porque a gente não pode deixar de considerar que o juiz é o poder. A gente está inserida numa instituição em que houve mudanças, mas ainda há um certo pisar meio delicado naquelas águas do poder. (Entrevista psicóloga).

Uma assistente social também ressalta que

Mas não é a gente que determina. É o juiz. Se ele quiser dizer o contrário da nossa sugestão, ele pode dizer. (Entrevista assistente social).

Transparece nesses trechos certo ressentimento com o fato de que, embora detentores de um saber, o trabalho do psicossocial fica submetido à aceitação ou não pelo magistrado que é a instância do poder. Ele pode decidir “do jeito dele”, mesmo que isso implique em desconsiderar as outras áreas. A interação e cooperação se dão dentro dos limites do que o magistrado aceita. Há também a preocupação dos magistrados em demonstrar que a presença de tais profissionais não minimiza seu poder de decisão. Ou, usando a expressão jurídica, o parecer não condiciona o juiz.

O estudo que é feito pelo CAP, a conclusão daquele trabalho que é feito pelo CAP não vincula a decisão o juiz. O juiz pode julgar totalmente contrário ao que foi apresentado. Mas ele nunca julga [contrário], normalmente, porque é um serviço que ele confia. As partes às vezes até se insurgem contra o parecer e tal, ameaçam de processar o profissional junto a seus conselhos, já tiveram inclusive que se defender. Mas são trabalhos feitos por determinação judicial. Como eu posso mandar o presidente do conselho regional de psicologia fazer um trabalho para um determinado caso meu. E ele é obrigado a fazer, ele não pode dizer que não faz não. É obrigado a fazer como perito do juízo. Esses profissionais do CAP atuam como perito do juízo. (Entrevista juiz@).

Nesta fala @ juiz@ ressalta que pode julgar “*julgar totalmente contrário*”. O parecer é feito por determinação judicial. O relevo ao poder do juiz fica subentendido quando há o destaque de que “*posso mandar o presidente do conselho regional de psicologia fazer um trabalho para um determinado caso meu*”. Mas se é uma decisão do juízo a solicitação do parecer¹⁴ é preciso considerar que as diferentes lógicas, jurídica e do psicossocial, por vezes trazem implicações para os profissionais do setor psicossocial. Como destaca Bernardi

Assumir esse *lócus* exigiu do psicólogo muitas adaptações, em função dos conflitos inerentes às suas premissas de ação eminentemente clínicas e contradições básicas entre sua formação voltada para a promoção da autonomia e a ação restritiva da instituição. (BERNARDI, 2000, p.107).

A atuação do profissional está permeada pela ação restritiva da instituição. Decorre daí a não aceitação do parecer pelas partes que “*até se insurgem contra o parecer*”. Isto sugere uma espécie de diluição de competências: é o judiciário quem decide, ele é a instância do poder, mas ao mesmo tempo, o profissional do setor psicossocial deu o parecer que foi seguido pelo juiz. Nas palavras de Teixeira e Belém, em algumas situações o parecer funciona como um “*pré-veredicto judicial*” (2000, p. 65). A fala de uma psicóloga é elucidativa a este respeito.

(...) a gente prepara um relatório que é uma síntese, uma descrição dos atendimentos, tentando filtrar o que é necessário filtrar. Porém muitas vezes é importante colocar [um detalhamento maior] porque as entrevistas, o relatório, ele fundamenta o parecer. E eu já tive problemas aqui com relação a esta questão de filtrar ou não, porque o que você coloca é importante porque fundamenta o que você dá de opinião. E ao término do relatório a gente faz um parecer emitindo uma opinião sobre o pedido: se for guarda, sobre guarda; se for regulamentação de visita, a regulamentação da visita; se for alimento; se for uma interdição, enfim. A gente emite uma

¹⁴ O Tribunal de Justiça informa que as partes envolvidas nos processos em tramitação nas Varas atendidas podem peticionar ao magistrado o encaminhamento ao CAP. Outro caminho é quando o próprio magistrado ou representante do Ministério Público considera necessário enviar o processo. (http://www.tjpe.jus.br/servicos/cap/cap_01.shtml). Na nossa pesquisa só foram relatadas situações de encaminhamento por solicitação do juiz.

opinião. E esse relatório, parecer, vai fazer parte, vai se tornar uma peça processual. E aí entra a nossa vulnerabilidade. Porque muitas vezes as pessoas passam também a investir contra o profissional. Porque as pessoas pedem e querem ganhar. Quando não ganham, quem não as fez ganhar é o culpado da situação. (...) Não gostam, às vezes pedem que seja indicado outro profissional. Entram com representação contra os profissionais. Eu já tive oportunidade de vivenciar isso na pele e foi muito difícil porque a instituição te deixa muito só. E aí é você e você. E aí tudo o que você coloca no relatório é o que vai te dar condições para você sobreviver às investidas agressivas das pessoas. (Entrevista psicóloga).

A psicóloga relata a vulnerabilidade do profissional ao ter seu trabalho consolidado numa peça processual. O cuidado com o parecer precisa atender a duas necessidades: dar uma opinião fundamentada que auxilie na tarefa decisória do juiz; mas também que sirva como uma proteção para eventuais representações contra o profissional. Como explicitam Teixeira e Belém (2000) um dos pontos de tensão no campo de trabalho dos psicólogos na prática judiciária é a definição da clientela, se o juiz ou as partes envolvidas no conflito. Até aqui foi frisado o papel do parecer atendendo à solicitação do juízo, o relato deixa explícito uma ruptura: se houver questionamento quanto ao parecer emitido o profissional está só.

Santana (2009) argumenta que o peso do parecer é um dos desafios dos profissionais do setor psicossocial. Diferentemente da realidade clínica, na qual a intervenção é menos incisiva, ao atuar no campo jurídico as opiniões realmente trazem implicações concretas. Soma-se a isto o fato de que a escolha por trabalhar na área jurídica (e isto é verdade para os profissionais do campo psicossocial e também para os profissionais do direito) por vezes se dá por outros determinantes, como as vantagens econômicas e a estabilidade, que não a vontade de exercer aquela atividade. Um trecho de uma entrevista com uma psicóloga destaca estes dilemas.

Olhe, é **interessante, é desafiador e extremamente assustador**. Eu não queria trabalhar no judiciário, essa é uma primeira coisa. Eu jamais desejei trabalhar no judiciário; eu sempre tive medo de trabalhar no judiciário. Eu vim trabalhar no judiciário porque, tinha aquela coisa, na ocasião você precisava desesperadamente ganhar mais e o concurso que aparece é do judiciário. Por que é que eu sempre tive medo?

Eu sempre tive medo dessa questão de você ter um poder real sobre a vida das pessoas. Uma pessoa que, o grosso da minha prática, sempre **foi clínica, e que você sabe que esse poder que você tem sobre a vida das pessoas é um poder muito mais imaginário, é um poder que é da relação transferencial, mas não é um poder real. No judiciário é um poder real, e pra mim isso é uma coisa muito assustadora,** eu saber que segundo as últimas estatísticas, 98% das sentenças dos juízes das varas da família acompanham o parecer. Ou seja, **na prática, a maior parte dos casos somos nós quem decidimos...** e isso é muito assustador, e tem aquela coisa que você sabe que se você errar em alguns casos, você pode tá arrebatando com a vida de uma criança; em alguns casos não, são processos com questões mais amenas, um erro num processo desse não é tão grave. Em alguns outros processos, um erro é extremamente grave, como processos que envolvem abuso, por exemplo, processos que envolvem violência física, psicológica. **Você errar, você se equivocar num parecer, é muito grave. Isso pra mim sempre me assustou muito.** (Grifos no original) (SANTANA, 2009, p. 70).

Costa et al (2009) argumentam que é complexa a interação entre os profissionais do psicossocial e os juízes. Parece em alguns momentos que ambos se encontram em submissão, pois um não domina o saber do outro. A este respeito é significativo o fato de que psicólogos do judiciário têm buscado formação em direito, bem como advogados do Ministério Público buscando formação em psicologia. Isto leva os autores a pensarem na motivação para tal. É possível que os psicólogos, tanto como os juristas, queiram se colocar numa situação mais confortável e competente para o trabalho final que é o da decisão. É possível que queiram fazer uma aproximação epistemológica sobre o objeto de estudo do outro, modificando uma possível competição como também transformando uma seara de relação de "mal estar". Aqui em Recife também encontramos esses relatos da necessidade de apreender um pouco mais do conhecimento da outra área.

Tem advogado que também é psicólogo. Tem desembargador que também tem formação [em psicologia]. Como aqui, acho que tem umas duas ou três psicólogas e uma assistente social que foram fazer direito também. Até para um complementar melhor o outro. (Entrevista psicóloga).

Em algumas situações torna-se mais evidente o embate de forças entre os diversos campos profissionais. Se há uma colaboração vista como indispensável para a resolução dos litígios familiares nem sempre a interação ocorre de maneira pacífica.

Eu peguei um caso de duas mulheres pedindo para reconhecer União Estável e pedindo o parecer psicológico. Eu me perguntei, por quê? Não tem litígio, não tem conflito, não tem nada. Por quê? Eu conversei com a chefe e disse [nome]: se você me mandar fazer um parecer eu faço. Mas eu acho que fazer um parecer psicológico é dar cabimento ao preconceito. É o quê? O que é que está implícito? Que se duas mulheres estão querendo reconhecimento [da união] é porque alguma coisa talvez [esteja] errada com elas. Eu acho que o parecer nesse processo deve ser o parecer social para confirmar que de fato as duas vivem juntas. Ponto. Se de fato vivem juntas, o parecer [deve ser] favorável. Eu não vejo nenhum sentido de parecer psicológico com relação isso. A não ser que alguém tivesse levantado alguma questão [a respeito da união delas] que indicasse, tivesse comprometimento [no processo]. A chefe concordou comigo. Então não vamos dar cabimento ao preconceito. Eu vou ter que me pronunciar que as duas sabem o que fazem quando estão requerendo [o reconhecimento da união]? Se fosse um homem e uma mulher não passaria pela cabeça de ninguém pedir isso. Passaria? Se um homem e uma mulher pedissem o reconhecimento de União Estável eu não acredito que nenhum juiz pedisse. E por que se duas mulheres pedem é solicitado um parecer psicológico? Eu argumentei: é dar cabimento ao preconceito. Vai só o parecer social dizendo realmente as duas viviam juntas há tanto tempo e pronto. (Entrevista psicóloga).

É importante entender que o CAP está ligado administrativamente ao Tribunal de Justiça. Isto é, elaboram laudos e pareceres para as varas de família, mas possuem autonomia em relação a elas. Não está ligado a nenhuma vara ou juiz específico. Organizacionalmente o CAP possui uma chefia (no momento da nossa pesquisa ocupada por uma psicóloga), a quem respondem as psicólogas e assistentes sociais do Centro.

A psicóloga argumenta que a solicitação do parecer deixa implícito um preconceito do qual ela não quer partilhar. Se cabe ao juiz determinar a realização do parecer, o técnico também detém poderes, como o de se

recusar. Outros aspectos também chamam a atenção nesta fala. Um deles é o fato de que, segundo ela, é cabido o parecer social e não o psicológico.

Embora o centro tenha uma composição que procure abranger as duas dimensões, psicológica e social, normalmente há um maior destaque ao estudo psicológico. Os psicólogos, de uma maneira geral, ocupam um papel preponderante na condução do processo de conhecimento sobre os casos. Esta realidade leva a um questionamento do caráter interprofissional do trabalho em equipe (SANTANA, 2009), e mais além, da própria ênfase na necessidade de um aprofundamento sobre as implicações psicológicas que podem advir para os envolvidos.

A fala acima citada também deixa no ar uma questão: quais os casos em que é cabido solicitar um parecer? Qual é o tipo de litígio familiar que necessita da atuação dos profissionais do setor psicossocial? Se tais profissionais são chamados em apenas alguns casos, o que isso pode nos dizer sobre a compreensão de família e quais as situações que merecem uma intervenção mais específica.

François de Singly (2007) argumenta que é possível identificar como um só processo a emergência da família moderna e a expansão dos organismos “psi”. Bernardi (2000) destaca que assim como a medicina penetrou no fórum através do conceito de loucura, a psicologia adentrou através dos problemas da família no trato com os filhos. E são os litígios que envolvem crianças que os juízes consideram que sempre necessita passar pelo CAP.

As questões relacionadas a guarda, regulamentações de visita. Investigação de paternidade ou anulação de registro, quando o juiz precisa conhecer o nível de relacionamento afetivo que existe entre aquele pai registral e aquela criança, para desconstituir aquele registro. (Entrevista juiz@).

Eu tenho por regra mandar para o estudo psicossocial as questões de guarda e visita sempre. Às vezes quando tem outro negócio muito conturbado, mas *sempre guarda e visita*. (Entrevista juiz@).

Por exemplo, o caso da decisão da guarda de um menor. A gente precisa investigar a situação para saber com quem o menor ficaria em melhores condições, se com o pai ou com a mãe. E aí vai investigar a vida do pai, as condições do pai, etc. e tal. A vida da mãe, as condições da mãe e as relações de

afeto da criança para com um ou para com outro. Casos dessa natureza são enviados para o CAP. Muito mais numa perspectiva de uma situação futura do que numa investigação do passado. Para apoiar uma decisão que vai repercutir na vida futura das pessoas. (Entrevista juiz@).

Os dados do CAP também demonstram o que vem sendo entendido como necessitando de um conhecimento específico.

PRODUÇÃO DO CAP

	ANO				
AÇÃO EM %	2005	2006	2007	2008	2009 (1º semestre)
Guarda de menor	40,66	43,79	44,18	34,28	40,00
Regulamentação de visitas	14,76	16,99	18,15	22,96	19,00
Alimentos	1,81	1,96	2,74	2,83	4,00
Separação judicial litigiosa	2,11	1,63	-	0,31	
Divórcio litigioso	0,30	-	1,03	-	-
Divórcio consensual	0,30	0,65	-	-	-
Total	59,94%	65,02%	66,10%	60,38%	63,00%
O percentual restante (cerca de 40%) abarca as seguintes ações: separação de corpos; alteração de cláusula; busca e apreensão; outras medidas provisionais; interdição; outros ordinários; curatela; outras execuções; outros especiais; tutela; acidentes de trabalho; ret. de registro civil; prestação de contas; exoneração de pensão alimentícia; precatória; emulação de registro civil; negativa de paternidade; destituição de pátrio poder; medida cautelar; subst. de curatela; modificação de guarda; investigação de paternidade; perda do poder familiar; ação cautelar; assentamento de registro civil; execução de pensão alimentícia.					

Fonte: CAP

São as ações de guarda e de regulamentação de visitas que ocupam a maior parte do dia a dia das profissionais do CAP. Uma observação interessante da tabela de produção do centro é que as ações de negativa ou investigação de paternidade nos anos pesquisados ocuparam um percentual muito baixo de ações que vão para o CAP, variando de 0,34% a 1,00%.

A fala de um@d@s juiz@s citada acima exemplifica a “guarda do menor” como necessitando da avaliação do CAP e ressalta que é na “*perspectiva de uma situação futura*”. Tendo em vista que é difícil imaginar um processo e uma decisão judicial que não tenha repercussões na vida futura, talvez devamos compreender a explicação dest@ juiz@ como associada a uma noção de criança como futuro (futuro da nação).

A necessidade de psicólogos e assistentes sociais opinando sobre o futuro das crianças demonstra o processo de individualização e psicologização das famílias no judiciário. O Estado considera que homens e mulheres podem decidir suas vidas como cônjuges, mas não como pais (SINGLY, 2007).

A preocupação em verificar “*com quem o menor ficaria em melhores condições*” por meio de um estudo psicossocial busca atender ao *princípio do melhor interesse da criança*. Como explicitado acima, os operadores do direito esperam do setor psicossocial respostas para o não-dito, para os aspectos subjetivos, as dimensões que não podem ser facilmente solucionadas com a aplicação da norma jurídica ao fato. Entretanto, se o Poder Judiciário procura dividir com outros saberes a “solução de questões abertas”, é preciso refletir que a sociedade também delega ao campo jurídico a responsabilidade de decisões.

4.2.2 – O JUDICIÁRIO PROTETOR

O Poder Judiciário tem incorporado nas suas decisões opiniões e fundamentações provenientes de outros campos do saber. Isto se dá, sobretudo, nas áreas fluidas, nos temas ainda de grande controvérsia dentro da sociedade. A fala de um@ informante situa bem esta questão.

Eu acho que o judiciário em matéria de família tem dado uma resposta que o legislativo não tem dado. O legislativo como o setor que representa a população. Por um lado, tem o aspecto positivo é que o mundo não para, há pessoas capazes de avançar nesse posicionamento. Talvez porque o processo seja mais simples do que o processo democrático através do

legislativo. Aí eu me refiro, por exemplo, ao que foi o divórcio, ao tratamento diferenciado que tinha os filhos. Me refiro, por exemplo, ao tratamento ao casal homossexual, homoafetivo como queira chamar. Esse é o aspecto bom. O aspecto negativo, como tem aquela teórica alemã Ingeborg Maus, isso infantiliza a sociedade, porque o judiciário e o próprio Ministério Público tomam a vanguarda dessas questões e aceitam a inércia do processo democrático. Esse é o aspecto negativo olhando de uma perspectiva macro. As grandes mudanças hoje, quando o legislativo não dá a mudança, vêm o judiciário e dá. Muitas vezes com a participação do Ministério Público, provocado pelo Ministério Público. O lado negativo é que resolve os problemas, mas infantiliza porque o que é mais complexo, mais difícil ela exclui do debate. Aí vem o pai, tutor, juiz e diz: “não, eu resolvo seu problema”. O casal homossexual ele diz: “não, o bichinho tem direito”. Vivemos numa sociedade que não reconhece os direitos previdenciários, patrimoniais, mas nós do judiciário diante de sua incapacidade de reconhecer uma realidade que está aí posta, que está na sua frente nós vamos dar a resposta, vamos dar uma pensão para seu companheiro, vamos reconhecer uma adoção, alguns conseguem reconhecer. (Entrevista MP).

Esta fala é bastante elucidativa do papel do Poder Judiciário¹⁵ no que concerne ao direito de família. Neste campo do direito não raro os problemas levados ao judiciário estão nas “brechas” da lei. Assim, o judiciário se vê diante da necessidade de dar respostas ao que lhe é apresentado. Neste trecho ficam explicitados os dois lados da moeda: o judiciário responde aos problemas, mas de uma forma infantilizadora, pois acaba agindo como uma espécie de pai, tutor, que detém poderes para determinar e o faz de acordo com parâmetros que são variáveis. Em decorrência disto determinados arranjos familiares ora são legitimados, ora são negados.

A referência a Ingeborg Maus reforça a crítica a ampliação de competências do Poder Judiciário. Maus (2000) faz uma crítica à Corte Constitucional alemã argumentando que há perigos na adoção ampla da jurisprudência dos valores. Ela contrapõe dois tipos de decisão, a que é própria do paradigma liberal, isto é aplicação silogística da lei, e a da jurisprudência de valores. Segundo ela o primeiro tipo de decisão corresponde à soberania

¹⁵ Podemos inferir também a partir desta fala a discussão sobre o a divisão tripartite dos poderes concebida por Aristóteles (A Política) e aprimorada por Montesquieu (O Espírito das Leis). A divisão busca o controle de um Poder sobre o outro.

popular. Já no segundo tipo há o risco de subordinar o direito à moral de seus operadores.

Assim, em situações como pedidos feitos por casais homossexuais está-se a mercê da interpretação dos juízes. Por outro lado, a resposta do judiciário não necessariamente exclui as situações de debate. Contrariamente, a aceitação de determinadas demandas nas varas de família demonstram uma abertura e um fator impulsionador de debates.

4.2.3 – O JUDICIÁRIO: DEPOSITÁRIO DAS DORES DAS FAMÍLIAS QUE SE SEPARAM

Durante a entrevista uma psicóloga nos explicita o papel do judiciário na vida das pessoas

O que é o judiciário senão o depositário das dores das famílias que se separam? As pessoas elegem o juiz como aquele que vai amenizar esta dor e vai dar uma direção para a vida dela. Perdem a autonomia de vida e delegam ao juiz a autonomia por dizer o que vai fazer, vai fazer assim, vai fazer daquele jeito. (Entrevista psicóloga).

As varas de família em muitos discursos são referidas como o local no qual a família desfeita vai depositar suas dores, delegando ao juiz o poder de tomar decisões as quais as pessoas não se sentem mais capazes. Em decorrência disto, a própria área de direito e família é vista com especificidades por se tratar de um campo que atua cotidianamente com emoções, sentimentos, valores dos atores envolvidos.

Nesse sentido gostaríamos de fazer um paralelo com os argumentos de Schuch (2005; 2006; 2009) de que não basta o direito formalmente estabelecido, mas o sentido do direito deve ser vivenciado. A autora argumenta que a produção da verdade deve passar pela exteriorização das emoções internas¹⁶. De forma análoga podemos refletir sobre o direito de família que

¹⁶ Como exemplo ela cita o caso de uma palestrante que realizou uma apresentação no 'III Seminário Nacional de Educação em Valores Humanos'. A palestrante, doutora em educação e professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, manteve o estilo acadêmico de

passa a reconhecer o afeto, mas para ter legitimidade ele próprio deve ser considerado afetivo.

Assim, Maria Berenice Dias ressalta a importância de *“resgatar a imagem do Direito de Família, provar que é o ramo mais sensível da Ciência do Direito, pois lida com pessoas, nos momentos em que elas estão mais fragilizadas, mexe com seus sentimentos, afetos, perdas.”* (2004, p. 14).

Teixeira, por sua vez, argumenta que *“o direito de família é um dos ramos mais humanos do Direito, por tratar da pessoa propriamente dita, do seu crescimento, da sua formação, das suas relações de afeto e desafeto e das inúmeras formas de amar”* (2006, p. 104).

Entretanto, se por um lado temos posicionamentos a respeito do direito de família permeado por aspectos subjetivos e emotivos, que deve *resgatar uma imagem como ramo sensível*, por outro lado, o reconhecimento do afeto pelo campo jurídico é alvo de reflexões a respeito da pertinência ou não do direito, marcado por regras e códigos, conseguir atuar com esta dimensão. A este respeito é relevante o estranhamento de um@d@s entrevistad@s, professor@ de direito, com o título provisório da pesquisa. Ao se deparar com o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e o título *“O Afeto como Valor: relações familiares e justiça no contexto contemporâneo”* el@ começa a explicar

Quando a gente imagina o afeto a gente imagina algo estranho ao direito, um elemento anímico. Consequentemente não teria como um elemento anímico ter incidência jurídica. Para nós do direito só interessa aquilo que tenha uma repercussão jurídica. Você vê, você tem fatos sociais, mas esses fatos necessariamente não são fatos jurídicos. Então para nós apenas aquilo que tem essa densidade jurídica é que nos interessa, ou pelo menos nos é apropriado. Consequentemente não trabalhamos a dimensão do afeto, e sim o princípio da afetividade. E não mais como valor, isso hoje o que a gente

argumentação. Ao fazer sua apresentação relatou apenas aspectos técnicos, sem demonstrar envolvimento. Explorou idéias de diferentes autores e não sua experiência de vida e opiniões. Diferentemente de outros palestrantes, que expuseram também experiências pessoais, a apresentação da professora despertou menos interesse da platéia e foi considerada por alguns ouvintes como sendo apenas teórica, sem utilidade prática.

pode chamar de direito de família contemporâneo, o que se busca é dar densidade normativa à afetividade.

A ressalva diz respeito ao fato de que não é possível reconhecer o afeto, pois tal fenômeno não tem incidência jurídica. É possível reconhecer o *princípio da afetividade*, que é uma forma de dar *densidade normativa à afetividade*. Como visto no capítulo 2, a afetividade é uma presunção das relações familiares.

François de Singly fazendo referência a Durkheim e sua afirmativa de que “é preciso tratar fatos sociais como coisas”, aborda uma das dificuldades ao tratar de família: “*De fato, é muito mais fácil entender do ‘exterior’, por exemplo tratar como uma coisa o funcionamento de uma família que é baseado no patrimônio, do que o de um grupo doméstico que é pautado nas pessoas e nas relações*” (2007, p. 36).

A este respeito interessante paralelo é estabelecido por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2006) entre o texto de Rubem Alves “O que é científico” e o campo do direito de família. Em linhas gerais o texto de Rubem Alves narra uma aldeia na qual surgiu um dia um pescador que, desacreditado de início, com sua rede de pesca apanhou um peixe dourado. Passou a ser seguido, imitado, surgindo daí uma confraria de pescadores. O mundo tornou-se então dividido entre os que eram ou não pescadores. A história aborda o desenvolvimento do saber científico, um saber arrogante, inacessível. Refletindo sobre o direito de família Hironaka afirma

Diante do texto de Rubem Alves ocorre-me a consternação de me lembrar daquela certa dificuldade que os civilistas – em especial os familiaristas – têm em lidar com essa coisa não tão jurídica – e, por isso, como indica a fábula, tão “irreal”, tão “sem sentido” para eles – que é o **afeto**. (Grifos no original) (HIRONAKA, 2006, p. 431).

Para Hironaka é necessário reconhecer o afeto dentro da doutrina jurídica para se contemplar a *pessoa humana*. Silenciar a respeito do afeto é

manter a continuidade de um tempo descabido. É necessário ter coragem para tratar de afeto nas relações de família.

4.3 – FAMÍLIA, AFETOS, DIREITOS

A ênfase na ideologia da modernização da sociedade brasileira contribuiu com a ideia da família como *lócus* da emoção e da afetividade característico dos segmentos médios da população brasileira. Os estudos para a compreensão deste fenômeno se embasam em interpretações psicológicas e na ideologia do individualismo. Gradativamente vai se estabelecendo a equação modernização – individualização – psicologização (SCOTT, 2004; DUARTE, 1995; VELHO, 2004; RUSSO, 2004).

Figueira ressalta que

A modernização da família é, portanto, um processo complexo que resulta da modernização dos ideais e das identificações, da dissolução e da criação de categorias classificatórias, da plurificação das aparências e da psicologização dos discursos. Quase não é preciso repetir que este processo está longe de ser linear e que seus resultantes são, portanto, complexos. (1987, p. 21).

No campo do direito a introdução dos preceitos psicanalíticos contribuiu para uma concepção de família mais libertária, se contrapondo às diversas formas de opressão do indivíduo. O discurso psicanalítico se opõe à repressão dos afetos, da sexualidade, levanta a bandeira da igualdade (de gêneros, raça, etc.) e desmonta a “hipocrisia” da família burguesa tradicional (PEREIRA, 2004b; RUSSO, 2004).

Com relação à prática jurídica, a noção da família como espaço da afetividade passa a necessitar do conhecimento psicossocial para desvendar os aspectos subjetivos do sujeito. Isto é, nos processos em que não há uma resposta legal clara o judiciário recorre ao conhecimento dos técnicos, psicólogos e assistentes sociais, para apresentar um parecer sobre a vida familiar que se apresenta no processo.

A noção de família afetiva se depara com a ausência de leis para dirimir “casos difíceis” ou casos imprecisos (como o da filiação socioafetiva) abrindo uma corrida ao judiciário (LEAL, 2006). O paradoxo que se apresenta é fixar a afetividade como fundamento das relações de família quando o mundo jurídico se vê contaminado por aspectos de cientificidade que, para alguns, implica um afastamento de dimensões subjetivas.

Capítulo 5

CRIANÇA: PRIORIDADE ABSOLUTA

No decorrer da pesquisa de campo uma forte ênfase foi dada pelos entrevistados quanto à concretização do melhor interesse da criança, da infância como prioridade. Embora isso não tenha à primeira vista causado surpresa, pois não é novidade o papel de destaque dado à criança na sociedade ocidental atual, é pertinente observar como os caminhos para a concretização deste interesse nos falam sobre a família e as relações de poder entre seus membros, sobretudo entre o casal. Ao falar sobre o melhor interesse da criança, via de regra surge o argumento do afeto reiterando a consideração do princípio da afetividade para alcançar o melhor interesse.

Este capítulo lida com a noção de prioridade da infância e adolescência que prevalece atualmente no direito e traz um novo modo de abordar os litígios familiares. Se para o direito de família prevalecia a vontade do pai / *pater famílias*, hoje o cerne da discussão diz respeito ao interesse da criança, que deve ser protegida. Consideramos os elementos “sangue”, “criação”, “adoção” e “afetividade” para o estabelecimento dos vínculos. Serão enfocadas ainda as relações de gênero na discussão do interesse da criança.

5.1 – DA VONTADE DO PAI AO INTERESSE DA CRIANÇA

No balcão da recepção da promotoria da infância e da juventude cinco cartazes estão afixados. Um deles traz escrito com letras garrafais: “Hoje: Primeiro a infância”.
(Diário de campo)

Ao discorrer sobre o princípio da afetividade autores de direito de família no Brasil ressaltam a importância do mesmo no tocante à filiação, como podemos ler nos trechos a seguir:

Uma das mais relevantes consequências do Princípio da Afetividade encontra-se na jurisdição da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação. Isso porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a

similitude genética ou a derivação sanguínea, mas sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos. (PEREIRA, 2004b, p. 130).

Com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva. (...) O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto (DIAS, 2007, p. 67 - 68).

A chamada verdade biológica nem sempre é adequada, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, especialmente quando esta já tiver sido construída na convivência duradoura com pais socioafetivos (posse de estado) ou quando derivar da adoção. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza de origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. (LÔBO, 2008, p. 49)

Em todos os trechos acima é enfatizado que a biologia não é o critério definidor da paternidade. Pelo menos não é o único critério. Mas até que ponto tem se concretizado na prática o reconhecimento de filiações com base no afeto, em detrimento dos vínculos biológicos? Frequentemente é destacado pelos autores que uma das principais consequências do princípio da afetividade diz respeito à “jurisdicização da paternidade socioafetiva”. Por esta pomposa expressão devemos compreender uma abertura do mundo jurídico para situações como filhos de criação, adoção, adoção à brasileira.

Para entender a utilização do princípio da afetividade faz-se necessário, como afirmamos anteriormente, compreendê-lo em relação com outros princípios. Neste contexto ganha destaque o princípio do melhor interesse da criança.

A preocupação com o cuidado e o desenvolvimento das crianças remonta às diversas discussões no tocante às famílias. Esta foi uma das questões fundamentais no debate anterior à aprovação da lei do divórcio (em 1977).

A rigor a preocupação com a infância data ainda de períodos anteriores. Durante o século XIX a infância passa a ser reconhecida como uma etapa

fundamental para o desenvolvimento dos indivíduos (como visto no capítulo 1), e passa a ser objeto de medidas de proteção e de controle da família onde começam a interferir médicos, educadores e homens da lei.

A aprovação da lei do divórcio se dá no período no qual a tradição jurídica cruza com o desenvolvimento destas outras disciplinas. O divórcio deixa de ser uma ameaça à família como instituição básica do Estado, para ser encarado como um fator patogênico para a criança.

O grande problema, o que acontece com os filhos depois da separação do casal, trouxe para a justiça a necessidade de recorrer a outros saberes (como abordado no cap. 4). A centralidade deste problema levou ao fato de que o foco do direito de família deixou de ser o casal. São as relações pais e filhos o grande montante de ações na justiça. Na verdade, a definição jurídica da questão diz respeito às relações pais e filhos, mas, como veremos, tais litígios falam muito sobre a relação do casal.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 incluindo os artigos 227 e 228 que fazem referência aos direitos das crianças e dos jovens, houve uma mobilização de diversos grupos, movimentos sociais e instituições buscando criar uma nova legislação que substituísse o Código de Menores de 1979 (LEMOS, 2009).

Como resultado de lutas e embates, sob a pressão de organismos internacionais e de movimentos sociais brasileiros, promulga-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990. Seguindo as diretrizes constitucionais o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu normas protetivas à criança e ao adolescente¹⁷.

¹⁷ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

Estes dispositivos seguem as linhas reguladoras da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Esta Convenção foi ratificada no Brasil em 26/01/1990, através do Decreto Legislativo n. 28, de 14/09/1990, vindo a ser promulgada pelo Decreto Presidencial n. 99.710, de 21/11/1990.

Em decorrência da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) houve mudanças na linguagem em modos de pensamento sobre a infância e juventude. Defensores dos direitos das crianças e dos adolescentes destacam o caráter inovador da nova legislação ao considerá-los como sujeito de direitos. Torna-se central a ideia de crianças e adolescentes como prioridade absoluta.

Passa a prevalecer a noção de “melhor interesse da criança”. Mas uma questão fica em aberto: “o que melhor atente aos interesses das crianças e dos adolescentes?” A lei não se posiciona a esse respeito ficando a cargo dos juízes decidirem tal questão. Interessa-nos então saber como tem se manifestado esse “melhor interesse” nos litígios familiares.

Crianças e adolescentes como sujeitos de direitos implica numa mudança paradigmática no que diz respeito às famílias, pois antes o pai tinha poder sobre os filhos.

Podemos compreender tal mudança de paradigma a partir das noções de valor de Dumont. Apesar do fato de crianças e adolescentes formarem um grupo com menos poder na nossa sociedade, devemos lembrar a distinção (embora haja uma tendência moderna em confundir) entre hierarquia e poder¹⁸.

Levantamos aqui a hipótese de que o princípio do melhor interesse da criança tem sido o princípio “englobante” nas situações nas quais tais indivíduos estão envolvidos. O princípio da afetividade aparece como um argumento para concretizar o que a norma legal não estabelece quanto ao interesse da criança.

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

¹⁸ Argumentando sobre a distinção existente entre hierarquia e poder Dumont exemplifica a diferença entre a mão direita e a esquerda e questiona “Quanto à tendência moderna em confundir hierarquia e poder, quem pretenderia, portanto, que a direita tenha poder sobre a esquerda?” (DUMONT, 2000, p. 255).

É importante lembrar de que o discurso de “proteção” traz consigo muitas armadilhas, pois neste espaço – de quem decide o que é melhor para o outro – que aflora a moralidade mais conservadora. O discurso salvacionista utiliza e reforça preconceitos do senso comum (FONSECA, 2005).

Em decorrência do divórcio são discutidos (ou homologados, quando há acordo prévio) a guarda, os alimentos e o direito de visitas dos filhos menores. Também deve prevalecer o interesse da criança quando se trata de adoção. Mas antes de discutir cada um desses institutos vamos voltar brevemente nosso olhar para a questão da filiação.

5.2 – FILIAÇÃO

No direito de família brasileiro uma das questões que têm se tornado evidente é que as relações de afeto podem se opor às regras de descendência que levam em conta a consanguinidade. Mas o parentesco em nosso direito não se esgota na consanguinidade.

Na verdade, como observa Leal (2006), é até possível afirmar que os vínculos biológicos pouco se relacionavam com o tratamento da filiação no Código Civil de 1916. O que prevalecia era a formação de famílias legítimas decorrentes do matrimônio sendo resguardados os interesses patrimoniais e os demais valores ali cristalizados.

Atualmente conforme declara o art. 1.593 do Código Civil: “*O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*”. Essa “outra origem” é uma inovação do Código Civil de 2002 em relação ao de 1916.

No discurso jurídico o caráter patrimonialista do direito de família deixou de ser o elemento preponderante quando passam a ser tutelados aspectos das relações pessoais definidas como afetivas. A família que, em grande parte, se organizava com base na transmissão de patrimônio vai cedendo espaço para um arranjo ligado por laços de afeto em que deve ser prezado o desenvolvimento pessoal.

Mas é preciso nos remeter ao fato de que muito do que hoje é analisado sob a lente do afeto, passou a ser considerado no ordenamento devido a

razões econômicas. Os direitos de filhos adotivos e ilegítimos passaram a ser reconhecidos, preliminarmente, quando se tratava do direito à herança e a alimentos. Hoje a tônica é o exercício da paternidade, direito a ter um pai “reconhecido” (ZARIAS, 2008).

Para as crianças que nascem durante uma união e, portanto, possuem um pai conhecido, no caso de uma separação é preciso decidir sobre a guarda.

5.3 – GUARDA COMPARTILHADA E AFETO

O entendimento que prevalecia até o ano de 2008 com relação à guarda é que deveria ser atribuída a um dos ex-cônjuges, sendo estabelecido o regime de visitas para o outro. A visita seria o meio de garantir a convivência da criança com o genitor não guardião. Caso não houvesse acordo entre os pais sobre a guarda, o juiz recorreria aos técnicos (assistentes sociais e psicólogos) para decidir qual dos dois atenderia de forma mais adequada ao “melhor interesse da criança”.

Com o objetivo de minimizar os transtornos provocados por esse tipo de situação foi adotado o instituto da “guarda compartilhada”. Houve previsão para este instituto em três projetos de lei (PL nº 6350/2002; PL nº 6315/2002; PL nº 7312/2002). Foi dado prosseguimento ao PL nº 6350/2002, tendo os demais sido arquivados. A proposta foi aprovada pelo Senado em 2007 dando origem à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008.

É através dessa lei que a palavra afeto é incluída expressamente no Código Civil.

LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada 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.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º **(VETADO).**” (NR)

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e **afetividade.**” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República. (Grifos nossos).

Embora esta lei seja recente é significativo que tenha sido introduzido no ordenamento de modo expreso a consideração do afeto nas relações familiares. Além disso, sendo a lei fruto de reivindicações masculinas, de um grupo de pais separados, é pertinente pensar sobre o papel, as mudanças e as implicações nas relações de gênero que são trazidas com esta nova lei. É a este ponto que passaremos a seguir.

5.3.1 – GUARDA COMPARTILHADA E (DES)IGUALDADE DE GÊNERO

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o intuito de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, possibilitando a convivência mais próxima com ambos os pais.

Numa outra dimensão, a pertinência da guarda compartilhada é vista também como meio de favorecer o pai. A guarda unilateral sendo dada na maioria dos casos à mãe seria uma forma de privilegiá-la, causando prejuízos não somente ao filho, mas também ao homem / pai.

E essa mãe quando fica com a guarda desse filho, ela fica muito poderosa e ela ficando muito poderosa, ela acha que ela é quem tem, ela que é a titular do direito de conceder a visitação ao genitor da forma que ela acha ideal. E muitas vezes ela, como tem uma relação mal resolvida com o pai dessa criança, ela até sem ter plena realidade do que ela está fazendo, ela se utiliza dessa criança para punir o pai, e como é que ela pune? Impedindo a visitação. (Entrevista juiz@).

No contexto francês Anne-Marie Devreux (2006) destaca que, tal como no Brasil, as modificações jurídicas mais recentes tendem a igualar os direitos do pai e da mãe, cuja assimetria vem de uma antiga disposição relativa aos nascimentos fora do casamento.

Via de regra nos casos de separação do casal parental – casado ou não – a guarda dos filhos mais frequentemente ficava com a mãe, tendo o pai direito de visita. Após o estabelecimento da guarda conforme as novas regras e, portanto, sua "co-parentalidade", dá-se como suposto que pais e mães se

ocupam igualmente de suas crianças. Mas o que vem ocorrendo na realidade? As práticas masculinas e femininas ligadas à educação das crianças na família, e as práticas judiciário tem seguido no mesmo ritmo?

Na França na divisão dos direitos parentais, após o divórcio ou a separação do casal, a noção de "co-parentalidade" surgiu como o sustentáculo em torno do qual giram as argumentações em favor de uma estrita igualdade de direitos dos pais com as mães. A partir daí haveria a necessidade, em nome da justiça, de alinhar os direitos paternos a todos os direitos parentais ainda reservados às mães, como o "benefício" da guarda das crianças após o divórcio (DEVREUX, 2006).

A autora destaca que

Diversamente da "parentalidade" – que evoca o laço concreto, cotidiano, entre um pai e/ou uma mãe e uma criança –, a "co-parentalidade" define a parentalidade primeiro em relação ao outro (pai ou mãe). (...) Sob o manto da igualdade, a co-parentalidade fala das relações "políticas" entre os pais e as mães, mais do que sobre a realidade de assumir encargos concretos junto às crianças (DEVREUX, 2006, p.619).

Segundo a autora sob a noção de "interesse da criança" se oculta a busca de preservação de interesses masculinos.

Os argumentos em prol de uma divisão dos direitos parentais empregam regularmente a noção de "interesse da criança". Não é apenas em nome da equidade entre os gêneros, mas também em nome do interesse da criança que são reivindicados direitos iguais para pais e mães.

Assim,

assistimos, por um lado, ao empoderamento da noção de "direitos do pai" com sua tradução jurídica em termos de igualdade dos direitos entre os pais (com o ocultamento do fato de que se trata de uma reivindicação de direitos *sobre* a criança) e, por outro lado, a uma resistência dos homens em assumir encargos relativos às necessidades cotidianas das crianças (DEVREUX, 2006, p. 619).

A cartilha da guarda compartilhada¹⁹ apesar de reiterar a todo o momento o interesse da criança deixa implícito que atende também aos interesses masculinos. Uma das perguntas que visam esclarecer o leitor sobre a nova lei refere-se explicitamente ao ganho que a mãe vai ter com a nova guarda.

Sou mãe e tenho a Guarda Única. O que eu ganho com a Guarda Compartilhada?

A Lei José Lucas²⁰ foi feita para os filhos, porém também ganham as mães em especial.

Com o final do casamento, milhares de mães recebem a Guarda Única e a grande responsabilidade de educar os filhos, enquanto o Juiz determina ao pai apenas o pagamento da pensão e a visitação quinzenal. Isto é injusto e quase uma punição para a mulher.

A mulher tem direito de voltar ao mercado de trabalho, estudar e amar novamente, e a Guarda Compartilhada permite que ela tenha mais tempo para tudo isto.

Toda a criança tem a necessidade em sua formação de ter as figuras de referência paterna e materna.

Ter estas referências presentes no dia a dia é fundamental para a formação da criança.

Com certeza você vai ganhar filhos mais felizes.

(Cartilha Guarda Compartilhada.)

A despeito de a nova lei ter vindo a atender interesses de pais que querem participar da vida cotidiana dos filhos, essa não é a regra nas varas de família. No decorrer da pesquisa de campo transparece nas falas a dificuldade dos homens em assumir os encargos relativos às crianças. Tal conduta é reforçada ao se naturalizar a relação mãe/filho em contraposição à construção da relação pai/filho.

¹⁹ CARTILHA - Guarda Compartilhada. Autor: Apase; Pais Para Sempre; Pai Legal; Pais por Justiça. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=449>

²⁰ Em 2001 o jornalista mineiro Rodrigo Dias após assinar o divórcio entrou com ação na Justiça para garantir maior participação na vida do filho José Lucas. Sua intenção esbarrou na falta de uma legislação que lhe permitisse compartilhar a guarda com a ex-mulher. Partia daí nova frente de sua luta, tentar criar uma lei que desse a todos os pais divorciados o mesmo direito que ele queria para si. Nascia, assim, o Movimento Pais para Sempre. O litígio do pai de José Lucas acabou em 2006 com um pedido feito pelo menino ao juiz. Fonte: http://extra.globo.com/rio/materias/2008/05/26/mineiro_consegue_na_justica_guarda_partilhada_filhos_de_pais_separados-546521474.asp

Mas mesmo assim, quando os pais desenvolvem um vínculo afetivo muito forte com a criança, eles conseguem entender que, ainda mais quando as crianças são pequenas, que ficar com a mãe é melhor, as próprias crianças são mais apegadas com a mãe, principalmente quando são mais novas. (Entrevista MP).

O casal se separa, regra geral os filhos ficam com a mãe. Mas não é porque a mãe é a mãe e tem que ficar com o filho. Porque isso já é culturalmente acolhido pela sociedade. Mas, na verdade, a guarda do filho deve ficar com quem apresente melhores condições de ficar com o filho. E essas melhores condições não é apenas financeira. É condição emocional, psicológica, moral, de afeto, de dar assistência diária nas atividades escolares, de levar para o colégio, de botar para dormir. Todo o contexto a gente leva em consideração. E aí quando o casal se separa, que a criança fica normalmente com a mãe, a mãe diz 'não visita' (Entrevista juiz@).

Interessante notar nesta última fala a observação de que se analisam as melhores condições, mas apesar disto, via de regra, as crianças ficam com a mãe.

Os elementos apresentados até o momento nos remetem a pensar numa aparente contradição: como falar a reivindicação dos homens pela guarda (que inclusive resultou na Lei de Guarda Compartilhada) quando há também um discurso de ausência do pai, de vinculação da criança, sobretudo “as pequenas”, com a mãe?

É interessante voltar um pouco e pensar o caminho da autoridade absoluta do pai, pátrio-poder, até o pai de hoje em dia (figura secundária ou fundamental?!)

O Direito Romano nos deixou um legado de um poder paterno e autoridade absoluta. A paternidade que implica neste poder supremo é produto da lei, não necessariamente resulta do fato de ter gerado o filho. No período feudal o poder do pai é mantido. Com a ênfase legal no casamento a presunção da paternidade decorrente do casamento é mais importante que o fator biológico.

Embora o patriarca encarne a lei e a autoridade, o patriarcado se define também pelo “abandono dos bebês pelos pais”. A criança se tornava propriedade da mãe. O início da vida era um quase-desconhecimento do pai. (BADINTER, 1993).

Gradativamente o direito paterno vai sendo diminuído. Simultâneo a este fenômeno há uma maior interferência dos “especialistas”, técnicos, médicos e dos magistrados dentro da família. Os manuais familiares colocam a mãe como sendo dotada das qualidades necessárias para educar as crianças.

A valorização da família nuclear destinou à mulher o dever de criar os filhos. O público e o privado foram delineando seus espaços respectivamente ao homem e à mulher. É possível falar que no momento atual há um esvaziamento da autoridade paterna (NOLASCO, 1995; LONGHI, 2001). Como se posiciona então o judiciário diante desse esvaziamento?

Sugerimos que reforça este esvaziamento ao mesmo tempo em que utiliza o discurso da responsabilização. Dito de outro modo: há o argumento de “trazer o pai à responsabilidade”, mas ao mesmo uma associação das crianças com a mãe.

Como destaca Badinter: *“sem nuances, proclama-se o crepúsculo dos pais ou o seu renascimento. A música varia conforme o humor e a ideologia dos especialistas em família”* (1993, p.171).

As análises feministas tiveram um papel fundamental em demonstrar que os cuidados com os filhos, a criação e a educação deles não são nem um prosseguimento “natural”, nem um seguimento “lógico” da gravidez e do parto, mas uma função social assumida quase exclusivamente pela mulher. Entretanto a prática demonstra que esse é um aspecto pouco problematizado.

Normalmente não pensa (no pai ficar com a guarda), não é um assunto a ser discutido, já é um movimento natural achar que as crianças vão ficar com a mãe. Digamos assim que não existe resistência. (...) A vinculação do pai com o filho depende mais da convivência do que a vinculação da mãe com o filho (Entrevista MP).

Uma vez que essa questão é pouco refletida, permanece ainda a guarda predominantemente para a mãe. A guarda é deferida ao pai apenas nos casos em que a mãe, por algum motivo, não pode ou não quer ficar com as crianças. Nesse caso, quase sempre há um acordo nessa definição da guarda para o pai. O que nos faz pensar: o tão falado interesse da criança sempre coincide em ficar com a mãe?

Vou lhe falar umas estatísticas, mas estatísticas muito frouxas, aberta. Vamos dizer assim, 100% dos casos de separação: 90% as mães ficam com as crianças e os pais pagam alimentos. Vamos dizer 10% dos casos a guarda fica com o pai. Na maioria por acordo. Desde que eu trabalho aqui, há 7 anos, guarda para o pai em divórcio litigioso não teve. Tem dois, lembrei agora. Agora assim, começaram litigioso e depois fizeram acordo e ficou com o pai (Entrevista MP).

O estímulo da convivência paterna seria uma das motivações da lei de guarda compartilhada. As leis, que muitas vezes esbarram contra novas moralidades familiares, podem seguir o caminho inverso ajudando novas moralidades a se instalarem no seio familiar (SCOTT, 2005).

Apesar desse papel simbólico da legislação no sentido de implantar uma nova moralidade, a visão sobre o papel paterno ainda se assemelha ao apresentado por Badinter (1985). Ao escrever sobre as funções do pai no Séc. XIX a autora argumenta que, segundo o pensamento vigente na época, a natureza uniria naturalmente a mãe e o filho. Para os homens a participação na educação dos filhos serviria para criar laços que não são instintivos como o amor materno.

Não obstante, se constatamos uma aproximação afetiva entre o pai e o filho, isso não significa absolutamente que ela tenha sido generalizada, e menos ainda sentida como “obrigatória”. Isso tampouco significa que o pai se viu realmente forçado a partilhar com a mãe as tarefas educativas. Felicitavam-se os homens de boa vontade, sem se lançar aos outros o mesmo opróbrio que recaía sobre as mães más. Pois continua presente no inconsciente coletivo a idéia de que a criação de uma criança cabe antes de tudo à mulher, de que o pai é antes seu colaborador do que seu associado em igualdade de condições e, finalmente, de que a sua participação é menos necessária, ou mais acessória.” (BADINTER, 1985 p.285- 286).

É representativa desta visão a seguinte fala:

O que é que a gente sente aqui que é tão engraçado: chega o pai e a mãe, aí no primeiro momento a gente faz assim: ‘você já resolveram sobre a guarda do filho?’ Aí o pai faz assim: ‘eu quero ser o guardião’, né. Aí a mãe faz assim: ‘você quer ser o guardião?’ Aí ele diz: ‘quero’. Eu pergunto: ‘para ser o guardião você tem ficar com a criança na sua casa, você tem condições

de recebê-la?’ Aí ele faz: ‘Eita é mesmo não tenho como deixar essa criança em casa’. Por que não tem estrutura. Eles (pais) querem ser os guardiões, mas não se organizam para ter estrutura de receber uma criança. Demandam uma estrutura, tempo, e uma dedicação. E na nossa cultura o trabalho do dia a dia dos filhos ainda é muito feito pela mulher mesmo de casal casado. A gente vê que quem vai para a reunião de pais e mestres 98% são as mulheres, quem leva menino para pediatra são as mulheres, quem decide qual é a escola que o menino vai estudar são as mulheres, e isso dentro de um casamento tradicional. Aqui também tem muita luta. Assim, o pai: ‘eu quero uma visitação mais ampla possível’ que é o ideal. E eu pergunto assim: ‘ótimo. Então como será sua visitação ideal? Se o senhor fosse resolver aqui esta questão. Me diga’. Aí ele começou com essa. ‘Eu queria na terça-feira, quinta-feira’. Aí daqui a pouco ele para e diz: ‘na terça-feira e na quinta-feira eu não posso. Porque na quinta eu tenho minha pelada, terça-feira não tem com quem durma, viajo muito’. Eles querem, mas ao mesmo tempo eles não querem montar uma estrutura para ter essa responsabilidade. Eu acho que cabe até ao juízo mesmo forçar a mudança de mentalidade. Ele tem que se organizar porque as mulheres não se organizam? Trabalham fora e não tomam conta dos meninos? Ele também tem que fazer isso. Mas aí quando eles dizem que querem muito ter uma visitação ampla, todos os dias. Mas quando eles olham para vida deles aí eles desistem. Aí volta àquela coisa horrorosa tradicional de 15 em 15 dias se bem que é horrível. (...) Mesmo sem estrutura aí é que eu digo: a mulher fica com o filho a maioria das vezes mesmo sem estrutura. É um fator cultural eu acho. Cultural ou até natural porque geralmente as fêmeas dão conta das crias seja lá como for isto: elefante, da onça e do homem também. (Entrevista juiz@)

A participação masculina na guarda é tratada com muitas nuances, tanto pelos profissionais quanto pelas partes envolvidas. Neste exemplo, que citamos de uma forma extensa, diversos elementos podem ser destacados.

Há o relato de que o pai expressa o desejo de ter a guarda, mas isso é recebido com um misto de incredulidade, ironia, surpresa: *‘você quer ser o guardião?’ ‘para ser o guardião você tem ficar com a criança na sua casa, você tem condições de recebê-la?’*. O Pai então parece tomar consciência do esvaziamento do seu papel: *‘Eita é mesmo não tenho como deixar essa criança em casa’*.

Na narrativa desenvolvida fica claro que, quando o pai num primeiro momento expressa o desejo de ser o guardião, o Estado, representado pelo

juiz, está lá para lembrar que é preciso “estrutura, tempo, e dedicação”, coisas que os homens não possuem.

Na continuação há o desejo de uma visitação ampla. Mas os homens sequer podem ter uma visitação ampla porque as atividades do cotidiano – peladas, viagens – ‘naturalmente’ não permitem. Já para a mulher independe a reflexão se há ou não estrutura, pois as mulheres, fêmeas, por ‘natureza’ dão conta das crias.

Finalmente: “*quando eles olham para vida deles ai eles desistem*”. Os homens / pais desistem mesmo ou entendem que *devem* desistir?

Se a argumentação é reorganizada ao afirmar que “*cabe até ao juízo mesmo forçar a mudança de mentalidade*” o fechamento é pela naturalização do papel da mulher / mãe. Merece ainda aqui o destaque da clareza no relato quanto ao papel das instituições legais para a difusão de certas posturas / mentalidades.

Mas não devemos ser ingênuos de responsabilizar apenas o judiciário. Como lembra Badinter:

Os movimentos pela condição paterna e masculina acusam unanimemente os juízes de sexismo, por confiar as crianças sistematicamente à mãe. Mas é mais provável que a persistência do modelo tradicional que santifica a díade mãe / criança receba a aprovação unânime, do juiz, do pai e da mãe. O pai nem mesmo pensa em pedir a guarda, e a mãe não imagina que a possa entregar a ele. (Badinter, 1993, p. 173-174).

Quanto à possibilidade de a criança ficar com o pai ou com a mãe, as entrevistas demonstram a ambiguidade das melhores condições. Fica no ar a noção de que melhores condições seriam, em última instância, de afeto, mais próxima da mãe, cabendo ao pai o pagamento de alimentos.

Não é a questão financeira que decide tudo. Porque assim quem tivesse piores condições financeiras ia perder sempre, não é isso. A gente vê o todo: a disponibilidade, o interesse, o querer cuidar de fato. Às vezes você tem muito dinheiro, mas não quer cuidar. (...) Mesmo tendo o novo Código Civil dizendo que a criança pode ficar com o pai ou com a mãe, que os dois têm direitos iguais, ainda existem muitos juízes que seguem o

tradicional. Para eles a mãe tem muito valor (Entrevista assistente social).

Tem uma expressão lá no Código Civil quando trata da guarda dos filhos que diz assim: a guarda dos filhos deve ser concedida àquele que oferecer melhores condições. Aí você vai discutir o que seria melhores condições? Melhores condições seriam apenas condições econômicas? Condições econômicas eu posso retirar de A e botar para B. Mas relações de afeto eu não posso retirar de A e botar para B. Se a criança estabelece uma relação afetiva melhor com a mãe do que com o pai, eu não posso por sentença dizer 'agora não, você vai estabelecer situação afetiva melhor com o pai do que com a mãe'. Sentença não inverte isso. Agora eu posso tirar dinheiro do pai para assegurar melhores condições econômicas da criança vivendo com a mãe (Entrevista juiz@).

Cabe pensar se por essa lógica 'homem paga pensão, à mulher cabem os cuidados e afeto' não está havendo um reforço implícito da dicotomia mulher / casa, homem / provedor.

Os pedidos de guarda feitos pelo pai são, pelo relato dos entrevistados, mais um modo de atingir a mãe do que o interesse de efetivamente ter a guarda. Se ter os filhos consigo é um poder feminino, nada melhor do que abalar essa certeza para atingir a mulher.

Na verdade [a guarda] podia ficar com um ou com outro, mas demonstrou uma maior vinculação afetiva com a genitora. Ele devia ter uns 3 anos. E também a gente levou em consideração que ela facilitava mais a visitação, ela era uma pessoa mais fácil. E ele sempre que podia botava um obicezinho. Na minha opinião ele era muito apaixonado por ela. Queria ter um vínculo mesmo que fosse uma aporrinhção, uma chatice, um espinhozinho. (Entrevista MP).

Como registra Quadros (1996), a respeito das representações masculinas de pais de classe média, seus informantes ao falar de separação asseveravam a crença de que o filho de pouca idade deve ficar com a mãe, independentemente do sexo da criança. A autora destaca que a legislação também tem forte influência sobre representações de maternidade e paternidade. Assim, se em suas entrevistas era forte a referência ao fato de que em caso de separação a criança ficaria com a mãe, essa certeza também é fruto do amparo legal dessa situação.

Um dos trechos de entrevista citado acima

mesmo assim, quando os pais desenvolvem um vínculo afetivo muito forte com a criança, eles conseguem entender que, ainda mais quando as crianças são pequenas, que ficar com a mãe é melhor.

Pode ser compreendido segundo as formulações de Nolasco de que:

Diante do esvaziamento da paternidade, as referências afetivas passam a ser definidas, inicialmente, no cotidiano, por meio dos cuidados físicos e das primeiras necessidades emocionais, das quais o pai, pelas atribuições que recebe, está excluído. (NOLASCO, 1995, p. 154).

Nolasco argumenta que a licença-paternidade no Brasil é um exemplo de como a lei separa os papéis de pai e mãe. O fato da licença-paternidade ser definida em cinco dias sem qualquer justificativa plausível “*mantém certa segregação do pai em relação a seu filho, confirmando as constatações de distância e indiferença para com os rebentos*” (1995, p. 169).

Nesse sentido a lei e também as posturas reforçam a distância entre os casais e a divisão estanque das atividades parentais:

A lei fragmenta o casal e dificulta que ele possa ter condições de viver uma série de transformações junto. Tal como se define, a lei condena a mulher à solidão da gravidez e a cuidar sozinha do filho, gratificando-a com a *sublimidade materna* (NOLASCO, 1995, p. 169).

Nosso intuito aqui não é o de minimizar os esforços dos profissionais envolvidos na complexa decisão sobre a quem deve caber a guarda. Ao problematizar os elementos trazidos pelos profissionais quanto à guarda das crianças queremos discutir as ambiguidades de um discurso inovador (melhor interesse, melhores condições...) paralelo ao discurso de posições naturalizadas de pai / mãe. Consideramos a necessidade de compreender as condições sociais de emergência dos discursos legais, bem como seus efeitos.

5.4 – PENSÃO ALIMENTÍCIA E VISITAS

Ao definir a guarda para um dos pais, na maioria dos casos para a mãe, começa um jogo de forças no qual o litígio fala muito mais da relação do casal que se desvela envolvendo os filhos.

Os profissionais procuram então fazer uma exortação moral para que seja incorporada a ideia de que deve prevalecer os interesses das crianças.

Eu pego tão poucos casos de casais que sabem se separar, que pensam realmente nos filhos. Que quando eu vejo eu elogio muito, eu dou um show, eu parabenizo. Por que não? Eles devem continuar assim mesmo, sabendo que os filhos é um vínculo eterno e eles precisam... Mesmo que não se gostem, mesmo que tenham raiva. Em prol dos filhos eles precisam saber o que é melhor para a criança e não para eles. (Entrevista psicóloga).

Eu digo sempre aos pais nas ações de alimentos. Porque assim, toda ação aqui de alimentos eu regulamento a visita, não deixo passar sem regulamentar a visita. Porque eu acho que é um composto que a gente tem que resolver: alimentos, visitas, guarda. A proteção à criança tem que ser resolvida de forma integral. Ela não pode ser resolvida meia proteção. Proteção integral à criança. Eu sempre resolvo a visita. Eu digo aos pais: a visita para você é um dever. Para a criança é um direito, mas para você é um dever. E digo: “mãe, não crie obstáculos, porque se criar obstáculo está criando obstáculo ao direito da criança. E se criar obstáculo pode perder a guarda”. E em relação ao pai eu digo “se descumprir sua obrigação de visitar, sua obrigação de alimentar pode ser majorada”. É uma forma de compensar o abandono afetivo das crianças. (Entrevista juiz@).

De forma semelhante à realidade francesa estudada por F. de Singly (2007), o Estado busca fazer com que homens e mulheres (que são também pais) ao se separar limitem sua autonomia e conjuguem esforços para se ocupar “juntos” de seus filhos comuns. O Estado quer estabelecer que homens e mulheres não podem fazer o que quiserem com relação a seu papel como pais. Como dito acima *“mesmo que tenham raiva. Em prol dos filhos eles precisam saber o que é melhor para a criança e não para eles”*. A autonomização deve afetar o mínimo possível as relações pedagógicas.

Se a guarda é definida apenas para um dos pais, ao outro cabe o direito / dever de visitas. Dentre os processos judiciais os de visitas e alimentos são os que melhor representam a (inter)relação entre direito pessoal e direito patrimonial. Frequentemente as pessoas vinculam os dois processos. Os profissionais comumente se referem à “confusão” feita pelas mães em relação à pensão alimentícia e direito de visitas. Na fala anterior transparece que não é tão sem razão a dita confusão. Os profissionais esclarecem que são questões distintas, e o não pagamento não pode resultar no impedimento da visita. Se a pensão pode ser cobrada, o vínculo entre pai e filho uma vez desfeito não há como judicialmente recompor.

Muitas vezes, eu ouço isso diariamente aqui, a mãe diz assim: ‘eu não admito que ele visite a criança porque ele não paga alimentos’. Entende? E uma coisa não tem nada a ver com a outra. O pai tem o direito de visitar o filho. E mais ainda, o filho é que tem o direito de ser visitado pelo pai. Para não quebrar esse vínculo de afetividade. É muito difícil, numa vara de família a gente tem que ter muita sensibilidade com relação a isso (Entrevista juiz@).

Não podemos deixar de considerar que essa insistência na necessidade de visita traz implícita a ideia de que são laços frouxos os que atam pais e filhos. As crianças seriam centrais e prioritárias para as mulheres. Ao passo que para os homens elas estão em um patamar inferior.

A gente tem vários casos que a mãe não tem condição nenhuma de criar o filho, a mãe tá com depressão, ou tá desempregada, ou a mãe depende da família materna para sustentar duas ou três crianças ou uma só, não importa. Mas o fato é que a mãe não larga o filho. Ela pode tá estourando de dor de cabeça, pode tá com depressão, pode tá com câncer, mas não larga o filho. É como se fosse uma coisa que não se discute a necessidade e a obrigação dela de ficar com os filhos. Os pais, não. A gente tem vários pais aqui que diz assim: ‘ah, Dra, eu não posso contribuir agora não porque eu preciso terminar meu curso’. Às vezes assim, comprou um carro.... Eu tô sendo horrorosa, mas é verdade. É muito comum: quando eu terminar meu curso eu aumento os alimentos. Por enquanto eu preciso terminar meu mestrado, eu preciso terminar meu doutorado. A criança não é prioridade. Prioridade é um mestrado ou doutorado. (...) Eu acho que é uma coisa biológica pela gestação, amamentação. Dos

primeiros cuidados pelo menos durante dois anos, não é? Que a mãe tá ali toda hora, o normal é que esteja ali toda hora, e o pai não. (Entrevista MP)

Como ressalta Campos (2006), a maternidade é compreendida e definida como exclusiva, centrada na criança e em suas necessidades. Há uma dedicação total e afetiva. *“Ela pode tá estourando de dor de cabeça, pode tá com depressão, pode tá com câncer, mas não larga o filho.”* A mãe é encarada como um ser devotado sem necessidades próprias.

Semelhante às mães do séc. XVIII a (nova) mãe aparece, como demonstra Badinter, totalmente abnegada, em prol dos interesses dos filhos.

A vigilância materna estende-se de maneira ilimitada. Não há hora do dia ou da noite em que a mãe não cuide carinhosamente de seu filho. Quer esteja em boa saúde ou doente, ela deve permanecer vigilante. Se adormece estando o filho enfermo, eis que se sente culpada do maior dos crimes maternos: a negligência. (BADINTER, 1985 p. 210 - 211).

No caso paterno surge a contradição da exigência do pai provedor e o relato do desinteresse pelos filhos.

As denominações bom pai, pai honrado, pai provedor, sobrepostas às evidências do que seja o masculino (expressões da virilidade, iniciativa e objetividade), reforçam a imagem que socialmente se espera de um homem. Assim, o masculino e a paternidade formam um par de reforço mútuo, garantindo e consolidando o modelo de autoridade e de poder a ser desempenhado pelos homens. Se o modelo de pai que está sendo criticado parte do modelo divino, a masculinidade estará a ele associada, fortalecendo-o em uma série de contradições e ambigüidades. Contradições estas visíveis no cotidiano dos homens por meio de ações de um pai que tem de ser provedor, do ponto de vista material, e ao mesmo tempo é visto como alguém afastado e desinteressado do cotidiano da criança. (NOLASCO, 1995, p. 151).

O devotamento é visto como parte “integral” da natureza feminina. A perfeição está no par mãe / filho ao passo que a natureza criou o homem alheio à infância. Isso seria capaz de explicar o porquê do homem não ver como prioridade a criança.

Com relação aos pais, Cláudia Fonseca (2004) argumenta que se destaca o caráter eminentemente social do sentimento paterno. A relação que o homem tem com a criança, passa, antes de tudo, pela relação que ele possui com a mãe da criança. As atitudes masculinas sugerem que da perspectiva masculina a biologia nunca foi o *sine qua non* da paternidade. Essa realidade é emblematicamente apresentada na fala de um@ juiz@.

Uma coisa ao longo do tempo que me chamou a atenção é que tá se criando um sentimento de que ‘rompi o relacionamento com o mãe’, o pai se desobriga daqueles filhos e assume o compromisso em relação aos filhos da mulher com quem ele passou a viver. Teve um caso aqui que o sujeito disse expressamente: “eu não tô assumindo os filhos da companheira que está comigo? Por que o companheiro dela não assume os meus filhos?” É uma coisa que chama atenção é um sentimento popular. Meu compromisso é com a companheira que está comigo. Se eu assumo os filhos dela, quem está com ela assumo os meus. Eu não tenho vínculos com filhos, eu tenho vínculos com a mulher com quem eu tô vivendo. É um sentimento estranho, mas a gente percebe que está acontecendo. (Entrevista juiz@).

Então se existe algum problema, se a separação foi muito traumática, se ele não vê a criança, se ele convive com outras crianças ele cria um vínculo com as outras crianças ainda que essas crianças não sejam filhos dele. (Entrevista MP).

Cláudia Fonseca desenvolveu, em seus estudos com grupos populares brasileiros, reflexões sobre a circulação de crianças. Antiga e atualíssima prática familiar em que crianças transitam entre casas de avós, madrinhas, vizinhas, “pais verdadeiros”, agregando nesta circulação diversas “mães”. Prática, aliás, que não é exclusiva de grupos populares (FONSECA, 1995; 2002; MOTTA-MAUES, 2004).

Esta realidade apresentada na entrevista nos remete a uma outra espécie de circulação, a circulação de paternidades. Nesse quadro de recasamentos com os filhos sob a guarda da mãe, o novo companheiro da mãe passa a assumir / representar (com exclusividade ou não) o papel de pai (RODRIGUES, 2009; SCOTT, 2005).

Ser pai torna-se contingente, sendo reflexo das relações afetivo-sexuais. A adoção dos filhos da companheira pode ser temporária, fazendo com que

seja possível também a identificação de diversos “pais”, se não “cumulativos”, como no caso das ‘mães’, pais sequenciais (RODRIGUES, 2009).

Visando atender ao melhor interesse têm sido permitidas outras possibilidades de visitação, como, por exemplo, para ex-padrasto.

Já teve um rapaz que era casado com uma moça e essa moça já trazia uma filha do primeiro casamento e ele ajudou a criar essa criança. E eu acho que essa criança contava com dez ou doze anos o casal se separou e ele entrou em juízo com a ação de regulamentação [de visitas] dessa criança. Conseguiu né, a socioafetividade é para isso. Mas aí eles fizeram até um acordo, foi consensual. No primeiro momento a mãe não estava permitindo porque estava brigando com ele, mas depois fecharam um acordo até aqui, aqui na vara. (Entrevista juiz@).

Mesmo tendo sido por consenso, é significativa a possibilidade de direitos de visita considerando os laços estabelecidos na convivência, do “pai” que “*ajudou a criar essa criança*”. Nesta fala transparece também que, além da decisão judicial, é importante a colaboração da pessoa que detém a guarda para que realmente se exercite o direito / dever de visitação. E isto vai depender das relações que o ex-casal mantém. Como dito acima “*no primeiro momento a mãe não estava permitindo porque estava brigando com ele*”. A despeito das recomendações estatais, o “interesse da criança” nem sempre é separado do interesse dos adultos.

5.5 – O OUTRO LADO DA MOEDA: A ALIENAÇÃO PARENTAL

Se o estabelecimento de visitas é um meio de garantir a convivência e assegurar o estabelecimento / manutenção dos laços afetivos, há um outro lado da moeda. Quando a visitação é dificultada e o genitor guardião procura afastar o filho da convivência e do relacionamento com o outro genitor.

Esta realidade, bastante discutida atualmente no meio jurídico, é denominada alienação parental. Durante a pesquisa de campo foi recorrente nas falas a existência deste tipo de situação. Embora não seja possível afirmar que este fenômeno é expressivo em números absolutos, chama a atenção por

ser uma realidade crescente. Isto nos foi relatado pelos informantes durante as entrevistas e está em consonância com os dados da pesquisa de Santana (2009) realizada em uma cidade do nordeste brasileiro.

Dentre os atos realizados que culminam na alienação, como sair com a criança nos dias da visita do outro, impedir ou dificultar o contato telefônico, dentre outros, a estratégia extrema para afastar um filho tem sido a acusação de violência sexual. Este tipo de acusação tem tornado mais complexos os processos nas varas de família (SANTANA, 2009.)

A concepção de infância inocente é resultado de uma elaboração da sociedade moderna. Os atos de “pedofilia” e “abuso sexual” como crimes particularmente graves por envolverem crianças constituem noções relativamente recentes (FONSECA, 2005).

A elaboração de abuso de crianças parece ter sido percebida como a estratégia apropriada para subverter as imposições jurídicas. Por serem as mulheres predominantemente as guardiãs, acaba sendo elaborada sistematicamente contra os homens (embora, obviamente, haja relatos da situação inversa). Esta tática é usada como um meio de fazer o judiciário se render aos interesses femininos. Isto porque diante do risco da acusação ser verdadeira, a primeira providência é o afastamento do pai. Seria, portanto, uma estratégia de manipulação do poder estatal.

Olha mãe que por problemas com o pai da criança chega a incutir na cabeça da criança que o pai abusa sexualmente dela. (...) Aqui nós temos um caso de uma criança que era louca pelo pai. A mãe separada, mas ela era doida pelo pai. (..) E aí a tia chegou com a menina, eu vou até no Ministério Público pra dar um depoimento lá, de que a menina estava assistindo filme pornô com o pai na cama. E eu sei que vai pra lá, vai pra cá, vai pra lá. Eu suspendi de imediato a visita do cara né? Porque uma coisa dessa você não pode sequer imaginar será que é verdade ou mentira... ah não. Suspendo aí eu vou ver se é verdade ou mentira depois. É uma coisa muito grave, muito grave. Aí vai pra lá vai pra cá. Só sei que a gente manda a assistente social com as psicólogas e tudo mais e as psicólogas todas descobriram que não era, que a menina foi manipulada pra dizer isso. Ta entendendo? E não tem só um caso não, tem outros casos (entrevista juiz@).

Em alguns casos ela cria a ficção da existência do abuso sexual. Então ela chega pra o juiz e traz a acusação de que

aquele pai está abusando sexualmente aquela criança. E quando chega uma notícia dessa pro juiz ou pra juíza a gente logo se espanta. Então a tendência inicial do juiz ou da juíza é suspender aquela visitação, porque é uma notícia muito forte e aquela criança ou adolescente geralmente é uma pessoa indefesa. Então o que é que a gente tem observado? A gente não tem suspenso a visitação, mas nesses casos a gente tem feito uma visitação vigiada até que a gente tome pé da situação e perceba se realmente existe a possibilidade de estar havendo abuso sexual ou se é um caso de alienação parental. A alienação parental é justamente isso quando um genitor quer tirar da vida do outro, do filho a existência daquele lado da família. (entrevista juiz@).

Ela chegou aqui com a notícia pedindo a suspensão da visitação do genitor com o argumento de que o pai estaria abusando sexualmente da criança. É um menino. Estaria colocando o dedo no ânus da criança. E assim, foi um processo muito longo, porque tem que ser mesmo até pra se analisar com profundidade e nenhuma psicóloga que teve contato com essa criança nem assistente social, seja ela as psicólogas que trabalham aqui pra justiça no núcleo do CAP ou a psicóloga que acompanhava a criança particularmente, detectaram a existência do abuso e a mãe acredita piamente eu tenho absoluta certeza (entrevista juiz@).

Fonseca (1997) chama a atenção para o fato de que no início do Século XX, em certos casos em que estava em jogo a guarda da criança, algumas mulheres que não queriam correr o risco de perder seus filhos negavam a paternidade, se auto rotulando como prostitutas se necessário. Em algumas situações, mesmo quando ainda casadas, as mulheres não queriam registrar o filho com o nome do pai pelo mesmo receio. Isto demonstra uma tentativa das mães de manterem seus filhos e também revela o interesse de alguns pais.

No Século XXI, mesmo sendo detentoras da guarda, a estratégia para afastar os homens é utilizar o que parece mais aterrador: acoplar o tabu do incesto com a violação da inocência infantil. A alienação parental acaba se configurando como uma forma de controle por parte da mulher nos casos de separação conjugal.

A alienação parental não se restringe às acusações de abuso sexual. Mas estas acusações são o exemplo mais emblemático porque, devido à sua complexidade, demanda um bom tempo de atuação da equipe (psicossocial e

jurídica) o que pode resultar no efetivo afastamento da criança do pai, tendo, mesmo a contragosto, a participação do judiciário.

Dentre a ampla gama de situações que chegam ao judiciário a alienação parental pode ocorrer quando há o interesse da pessoa que não possui a guarda da criança em conviver com ela. É o detentor da guarda que procura evitar o convívio usando as estratégias mais diversas.

Mas é bastante recorrente a situação inversa, isto é, o detentor da guarda e / ou a criança / adolescente buscar a convivência com o pai (que é o mais comum) e este se esquivar do contato com o filho. Este tipo de abandono demonstra um paradoxo da família contemporânea: *“a força da regulação afetiva é tal que a sua conformação parece obrigatória. Impossível, ao menos oficialmente, não amar seu parceiro, seus filhos e seus pais.”* (SINGLY, 2007, p. 120). Ao judiciário fica o impasse a respeito de como lidar com essa ausência explícita de afeto em relações nas quais este se presume.

5.6 – ABANDONO AFETIVO: COMO MENSURAR O DANO?

Se o que necessita prevalecer nas relações familiares é a afetividade, podemos perceber que nas varas de família e nos discursos dos profissionais do direito esta afetividade (ou falta dela) se desvela numa ampla gama de situações.

Junto com a ênfase na afetividade está a tentativa da despatrimonializar as relações familiares. Devem preponderar os vínculos estabelecidos entre os membros de uma família. O patrimônio, os bens, precisa ser considerado apenas secundariamente.

No que diz respeito à família e ao patrimônio a relação tem se mostrado bastante intrincada. Vale aqui retomar as análises de Marcel Mauss

Na origem, seguramente, as próprias coisas tinham uma personalidade e uma virtude. As coisas não são os seres inertes que o direito de Justiniano e nossos direitos concebem. Em primeiro lugar, elas fazem parte da família: a *família* romana compreende as *res* e não apenas as pessoas. Temos ainda sua definição no *Digeste*, e é muito significativo que,

quanto mais remontamos na antiguidade, tanto mais o sentido da palavra *família* denota as *res* que fazem parte dela, designando os mesmos viveres e os meios de vida da família. (2003, p. 269).

Podemos fazer um paralelo entre as argumentações de Mauss e a realidade do direito de família. Para Mauss (2003) há a ideia de que as dimensões da vida social não podem ser separadas. Para o autor é criticável a separação entre direitos reais e direitos pessoais uma vez que não é possível separar a pessoa e a coisa.

Ressalvados os contextos das reflexões, uma vez que o argumento de Mauss diz respeito à força existente nas coisas que envolve as pessoas, podemos fazer algumas análises sobre o direito. Para o direito de família a distinção estabelecida entre a pessoa e seu patrimônio representa um avanço no sentido de reconhecer a *pessoa*, uma vez que esse ramo do direito durante muito tempo se caracterizou pelo viés patrimonialista. Assim, se para Mauss há uma força na coisa que a liga à pessoa, para o direito, que opera numa lógica distinta da maussiana, o reconhecimento da pessoa se dá pela sua dissociação da “coisa”.

Se o discurso da despatrimonialização aparentemente é simples, podemos dizer que na prática a questão ganha contornos bem mais complexos. Como já comentamos acima, o próprio reconhecimento da igualdade entre os filhos foi um meio de garantir a todos direito a herança e a alimentos.

No meio jurídico e social se disseminou a reflexão sobre os limites das obrigações e deveres dos pais em relação aos filhos, tanto na vivência da sociedade conjugal, quanto após o seu término. Esse debate ganhou fôlego com a discussão de ações judiciais propostas por filhos pedindo reparação civil / indenização por abandono afetivo.

O posicionamento sobre esta possibilidade de indenização gira em torno da discussão se o amor pode ou não ser relegado à esfera da moral individual e se pode ou não ser exigido e gerar ressarcimento. Interessa saber até que ponto a responsabilidade dos pais se restringe a manutenção material. “*Se não se pode valorar o amor, ou punir pelo desamor, é inaceitável premiar a omissão*”

de pais que geram filhos e lhes negam a convivência, o afeto e outros atributos necessários à formação da personalidade.” (PEREIRA e SILVA 2006, p. 676).

O pedido de indenização por abandono afetivo nos remete às questões morais envolvidas na decisão de “se colocar alguém na justiça” ou não. Como afirma Lygia Sigaud “dívidas morais anulam dívidas jurídicas”. Partindo das elaborações de Mauss de que o dom que se quer gratuito, na verdade é interessado, Sigaud (2004) demonstra, no contexto da zona canavieira de Pernambuco, que as prestações dadas pelo patrão inibiam os empregados de entrar na justiça contra ele, uma vez que os empregados contraíam uma dívida moral que prevalecia mesmo diante de direitos trabalhistas desrespeitados. Reconhecer o patrão como um “homem bom” impedia os funcionários de litigar contra ele.

Dessa mesma lógica podemos apreender as motivações de um filho ao processar o pai por abandono afetivo. O pai, ao não cuidar nem estar presente junto ao filho, não criou nele obrigações morais. Assim, o filho não tem o compromisso moral de não litigar contra o pai.

A questão é bastante controversa, como demonstra a fala de um@ informante

Há fatos hoje, inclusive na jurisprudência, de discussão do cabimento ou não da responsabilidade civil por abandono afetivo. Filhos que entram na justiça contra pais alegando que a ausência, via de regra, decorrente de uma separação, privou aquela relação de ser construída. Então os filhos cresceram com a ausência do pai. Essa ausência causou danos à sua integridade física, à sua integridade psicológica e daí uns entraram em juízo pedindo responsabilidade civil por abandono afetivo e ganharam. Alguns tribunais.... Já existem inúmeras decisões nesse sentido. Claro que teve uma que foi para o STJ e o STJ negou, o que para muitos dessa doutrina mais de vanguarda do direito de família isso foi um balde d'água. Porque o que se tá lutando é o reconhecimento do afeto como base fundamental de toda e qualquer relação de família. (Entrevista professor@).

Embora a questão não seja pacífica podemos refletir sobre compreensões subjacentes às decisões. Numa decisão da Justiça Gaúcha

(Processo nº 141/1030012032-0) em 16/09/2003 condenando um pai a indenizar um filho por abandono afetivo podemos ler um trecho que diz:

A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

Tal argumento transparece uma noção de “*família errada*”, diante da qual o Estado deveria agir como ordenador social. Assim, embora esteja estabelecida na legislação uma compreensão das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, que devem ter o direito de convivência com os pais, fica também implícito na argumentação o receio dos danos à sociedade que um indivíduo “mal-formado” pode causar.

A ênfase na importância do amor familiar é resultado também da preocupação de que as famílias “desorganizadas”, com pouco afeto e pouco tempo para os filhos, resultem posteriormente em casos de violência juvenil por parte destes filhos (SCHUCH, 2005).

Paradoxalmente as decisões podem ser encaradas como um reconhecimento das relações afetivas que se estabelecem de fato, como também podem ser percebidas como

possibilidades de controle de populações que precisam ser pacificadas, impedidas de se transformarem em seu fantasma mais assustador: crianças mal-formadas, crianças que alimentem as imagens da sociedade como confronto aberto, como guerra. (VIANNA, 2002, p.199).

Outr@ informante relata

Eu tenho um caso aqui. Ainda não julgado. O filho era filho de um militar do Rio de Janeiro o pai tava a serviço militar

obrigatório no Rio de Janeiro e manteve relações com a mãe dele e teve esse filho. O pai alega que nunca teve conhecimento da existência dele e ele alega que o pai sempre teve conhecimento da existência dele e mesmo assim resolveu ignorá-lo por completo, que o pai tem uma condição financeira razoável e que poderia ter ofertado a ele melhores condições de vida e não ofertou. O pai nunca deu nada. Nem o reconhecimento da paternidade quando ele pediu ele se dispôs a fazer. O processo foi julgado à revelia, não deu a menor importância ao processo. (...) O pedido é de indenização por danos morais e abandono afetivo (Entrevista juiz@).

E continua, sem se posicionar sobre este caso específico, falando sobre cabimento da indenização.

Fora desse caso. Porque esse caso eu ainda não julguei. Eu penso que é possível, a indenização por abandono afetivo. Causa dano? Causa, é indiscutível o dano que pode causar.

Embora vários profissionais reconheçam que em tese cabe indenização / reparação civil por abandono afetivo, numa situação concreta outros elementos entram em jogo. A respeito do posicionamento acima, é realmente indiscutível o dano que pode causar? Como se pode verificar esse dano? Além disso, seguindo a lógica da despatrimonialização, há a preocupação dos profissionais em identificar se de fato houve dano ou se o interesse é material, se o interesse recai sobre o patrimônio do pai. Aí fica a questão, o interesse material é menos legítimo? Como separar o interesse em reparação do interesse material?

Cabem aqui as palavras de Mauss

Uma parte considerável de nossa moral e de nossa própria vida permanece estacionada nessa atmosfera em que dádiva, obrigação e liberdade se misturam. Felizmente, nem tudo é classificado ainda em termos de compra e venda. As coisas possuem ainda um valor sentimental além de seu valor venal, se é que há valores apenas desse gênero.(MAUSS, 2003, p.294).

São significativos os relatos dest@ informante:

Aqui na vara a gente teve um caso (de indenização por abandono afetivo). (...) Eu não reconheci, foi um caso em que a menina foi fruto de uma relação. Na verdade a mãe dela trabalhava no empreendimento do pai, muito jovem, se encantou e o fato é que ela engravidou. Moraram sempre nas mesmas vizinhanças, ele nunca reconheceu. Depois quando a menina tava com 18 anos houve uma investigação de paternidade, foi considerada procedente e houve uma condenação de alimentos. Quando essa moça, já maior [de idade]... Eu não reconheci porque essa moça ao longo da vida viveu sempre com os avós, os avós maternos e essa.... Ao longo da audiência, ficou muito claro para mim que esse avô tinha suprido, tinha cumprido a função paterna, tinha cumprido a função parental paterna, ficou muito claro para mim. E também outra coisa que me chamou a atenção foi que na verdade a mãe, quando essa menina tava com 6, 7 anos, casou com outro homem, foi morar fora e deixou a menina com os avós. Para mim é mais grave a mãe se demitir do papel de mãe, deixar lá e ir embora do que aquele pai que nunca reconheceu, o dano na pessoa. Porque ela reconheceu uma outra figura paterna. (...) Eu não reconheci, porque ficou muito claro para mim que a busca da indenização na verdade era porque ela não tinha mais como pegar os alimentos, ela tinha perdido os alimentos. Foi um processo muito longo, longo assim, eu demorei dois anos para julgar. Porque eu estudava, mas meu convencimento não estava formado. Eu estudava mais um pouco toda vez que aparecia uma coisa nova. Fiquei muito na dúvida até o dia que eu disse: “Não. Eu não tô sentindo. Minha percepção não é essa de que houve o dano nesse sentido”. Até porque não teve assim... eu achava até razoável que tivesse assim um pedido de impor um tratamento psicológico, de impor que ele também se submetesse a tratamento para ter a noção da importância do exercício dessa parentalidade em relação a ela. Mas não houve isso. Então eu realmente não me convenci, achei que a questão era mais financeira que emocional. (...) O argumento dela era que o pai não era presente, aos outros irmãos deu tudo, que eles eram reconhecidos e ela não foi reconhecida, que os outros filhos tiveram direito a tudo e me (à moça) foi negado estudo, me foi negado não sei o quê, (...) A mãe casou e foi embora. Aí eu pergunto, não era para pedir também contra a mãe, que foi mais grave ainda? Casou e foi embora para São Paulo? Não teve nem o cuidado de levar. Porque não levou? (Entrevista juiz@).

Neste extenso relato fica notória a constatação de que o possível dano não é tão evidente assim. Aqui o entendimento é que o avô supriu a função paterna. Fonseca (1995) demonstra bem a fluidez dos limites da unidade doméstica e a importância das redes extensas de parentesco. Assim, é

frequente que os avós fiquem com o neto quando os pais por algum motivo vão embora.

Entretanto, aqui há o relato de que é muito mais grave “*a mãe se demitir do papel de mãe, deixar lá e ir embora do que aquele pai que nunca reconheceu*”. Deixar com os avós é percebido como uma demissão de papel, um “abandono” mais danoso que o não reconhecimento.

Fonseca explicita ainda que

Ao contrário das crenças com base na Psicologia, própria das classes médias, o papel de pai ou mãe responsável não é o de manter uma relação emocional apropriada com sua criança, mas sim assegurar que certas necessidades “objetivas” sejam atendidas (FONSECA, 1995, p.31).

A criança não é vista como emocionalmente frágil. Apesar disso, não parece cabido o pedido de indenização porque “*a questão era mais financeira que emocional*”. O argumento de que os outros irmãos tiveram tudo parece irrelevante diante do fato de que “*a mãe casou e foi embora*”.

A expectativa da magistrada era de que a autora reivindicasse o arrependimento, a repreensão moral do réu / pai (OLIVEIRA e L. OLIVEIRA, 1996) “*eu achava até razoável que tivesse assim um pedido de impor um tratamento psicológico, de impor que ele também se submetesse a tratamento para ter a noção da importância do exercício dessa parentalidade em relação a ela*”.

A última consideração diz respeito ao fato de que, para garantir justiça, não há uma solução fácil, o próprio informante destaca que

Foi um processo muito longo, longo assim, eu demorei dois anos para julgar. Porque eu estudava, mas meu convencimento não estava formado. Eu estudava mais um pouco toda vez que aparecia uma coisa nova.

É preciso refletir que talvez a consideração da pessoa possa não se dar sempre pela dissociação do patrimônio.

O direito de convivência entre pais e filhos; a questão da guarda, visitas e pensão alimentícia são aspectos discutidos frequentemente após a

separação do casal. Apesar dos esforços estatais em separar o casal conjugal do casal parental em boa parte dos litígios os interesses estão imbricados. Singly explica no contexto francês o ideal em casos de separação.

Os adultos enquanto cônjuges podem se divorciar, mas não enquanto pais. Os direitos da criança impõem limites à liberdade dos pais. O interesse da criança – um dos signos da sua individualização – deve se conjugar, o menos possível, com os interesses dos adultos (SINGLY, 2007, p. 174).

Embora esse seja o modelo presente no discurso dos profissionais, a realidade dos processos parece contraposta à aspiração.

Não só em casos de separação que é buscado o interesse da criança. Apesar de, como vimos, ser difícil definir o alcance disto. Esta também é uma preocupação nos casos de adoção. É a este ponto que passaremos a seguir.

5.7 – ADOÇÃO: A PREPONDERÂNCIA DA VERDADE AFETIVA?

A prática da adoção tem sido presente nas sociedades humanas há muito tempo. Ao longo da história a regulamentação de situações de adoção tem atendido a diferentes propósitos. Mas, se os significados da adoção, suas práticas e regulamentações legais sofreram muitas mudanças no decorrer da história, elas sempre atenderam aos interesses dos adotantes e das sociedades, sendo as necessidades das crianças pouco consideradas.

Na antiguidade a adoção consiste numa possibilidade para que um homem sem descendência masculina possa perpetuar sua linhagem. A adoção possibilitava a manutenção do culto aos ancestrais. Fustel de Coulanges destaca a relevância da adoção na antiguidade.

A crença com relação aos mortos e o culto aos mesmos constituíam a família antiga. A religião, formando a família, exigia sua não extinção. Os mortos tinham a necessidade que a descendência nunca se extinguísse. O filho não estava ligado à família pelo laço de sangue isoladamente. Era necessário também o laço do culto. “*A religião dizia não dever a família extinguir-se e todo*

o afeto e todo o direito natural cediam perante esta regra absoluta” (COULANGES, 1998 p.48).

Deste dever de perpetuar o culto doméstico decorre o direito de adoção entre os antigos. A religião obrigava os homens ao casamento e determinava o divórcio em caso de esterilidade feminina. Em caso de impotência ou morte prematura, o marido seria substituído por um parente próximo. Como um derradeiro recurso para escapar da extinção a família contava com o direito de adotar.

Adotar um filho era, portanto, vigiar pela perpetuidade da religião doméstica, pela salvação do lar, pela continuidade das oferendas fúnebres, pelo repouso dos manes dos antepassados. A adoção, tendo apenas a sua razão de ser na necessidade de prevenir a extinção de um culto, só se permitia a quem não tinha filhos. (COULANGES, 1998, p.50).

Entre os romanos, grandes inspiradores do direito ocidental, havia três tipos de adoção, a saber: a *adrogatio*, a *adoptio*, e a adoção por testamento. Através da *adrogatio* um chefe de família podia adotar uma família inteira. Era um ato de direito público. Esta espécie de adoção possibilitava um ganho de poder para o adotante dentro da comunidade.

A *adoptio*, ato de direito privado, possibilitava a um homem adotar alguém de um pater família. A importância política, econômica e religiosa era menor que da *adrogatio*, pois aqui só vinculava o adotado, e não uma família inteira. Este tipo de adoção visava a continuação do nome da família e do culto aos ancestrais. A adoção por testamento permitiu a Júlio César adotar Otávio através de testamento, possibilitando a este o uso do nome e o privilégio de ser filho de César.

Na antiguidade a adoção era preservada por assegurar a relevante função na sociedade de perpetuação do culto aos antepassados. A adoção contribuía para que a linhagem perdurasse. Na Idade Média há uma mudança ideológica quanto a linhagem, que passa a estar estritamente ligada aos laços consanguíneos. A nobreza é transmitida somente pelo sangue. A ideologia consanguínea na Europa era incompatível com a adoção (ABREU, 2002).

A cristianização da Europa foi gradativamente acabando com o culto aos mortos, não sendo mais necessário adotar alguém para desempenhar essa

função. A Igreja Católica também se mostrou contrária à prática da adoção por suspeitar que ela servisse para a legitimação de filhos tidos fora do casamento por maridos infiéis. Além disso, na ausência de descendentes, os bens deixados por um indivíduo frequentemente eram destinados a congregações religiosas. No final da Idade Média o instituto volta a renascer na Europa (ABREU, 2002).

É possível afirmar que vivemos de algumas décadas para cá um processo novo. Um período marcado pela busca do *melhor interesse da criança*, filosofia internacional que norteia as regulamentações e políticas de atenção à criança em vários países. No passado a adoção era um meio de legitimar necessidades específicas dos adultos ou necessidades das sociedades, atualmente a perspectiva formalmente defendida para a adoção mudou.

5.7.1 – LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE ADOÇÃO

O Código Civil de 1916 previa a possibilidade de filiação adotiva. Mas o assunto estava na esfera das relações privadas, tratava-se de uma questão de direito privado. Alguém que desejasse adotar uma criança podia ir a um tabelionato e registrar a adoção por escritura. Uma mãe podia levar seu filho a um cartório para que fosse adotado por uma outra pessoa que podia estar presente ou ser representado através de um procurador.

Poderiam adotar somente os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima ou legitimada. Era um modo de permitir sucessão para idosos sem herdeiros. A adoção era revogável e não era vista como um modo *normal* de constituir família, sendo, de certa forma, desestimulada pela lei.

Em 1957, quarenta anos depois, o Código Civil é alterado pela Lei 3.133 tornando possível a adoção quando o adotante tivesse a partir de 30 anos. A diferença de idade entre adotante e adotado passa a ser de 16 anos e este pode usar o nome do adotante. Casais jovens podiam adotar, mas se houvesse filhos legítimos, a adoção não envolvia direitos sucessórios. O objetivo da

adoção era dar uma criança a um casal sem filhos, concretizando o desejo de paternidade.

Com a Lei 4.655 de 1965 (oito anos depois), há a primeira mudança no sentido de proteger a menoridade. A nova lei passa a permitir a adoção de crianças de até sete anos em situação irregular, isto é, abandonada ou em exposição (ABREU, 2002).

Com a criação da *legitimação adotiva* passou a ser exigido de um período de guarda de três anos antes de deferir a legitimação, que era irrevogável e previa o rompimento com a família de origem. Os adotantes podiam modificar nome e prenome do adotado. Entretanto, se nascessem filhos legítimos, o adotado não tinha direitos sucessórios. Para adotar, era necessário um período de 5 anos de casamento sem filhos ou, para ser dispensado desse período, era necessário comprovar a esterilidade através laudo médico (COSTA e ROSSETTI-FERREIRA, 2007).

Em 1979 o Código de Menores entra em vigor no Brasil. Esta legislação é de direito público. Começa a preocupação com o “interesse do menor”. Pelo Código de Menores há duas possibilidades de adoção, a saber: simples e plena. Na adoção simples não eram rompidos os laços entre o menor adotado e sua família biológica. Poderia haver desistência da adoção com a consequente devolução da criança. A adoção plena, irrevogável, resultava no rompimento com a família consanguínea e total integração do menor com a nova família.

A partir da Constituição Federal de 1988 os filhos nascidos ou não na relação de casamento ou por adoção tem os mesmos direitos e qualificações. Paulo Lôbo afirma que

após a Constituição de 1988, não há mais filho adotivo, mas adoção, entendida como meio de filiação que é única. (...) A total igualdade de direitos entre os filhos biológicos e os que foram adotados demonstra a opção da ordem jurídica brasileira, principalmente constitucional, pela família socioafetiva. A filiação não é um dado de natureza, e sim uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando a sua origem. Neste sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais no cotidiano de suas vidas (2008, p. 247).

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente modificam-se os interesses com a adoção. O foco passa a ser a proteção e a realização da personalidade dos filhos. ECA Art. 43 “*A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos*”.

Importa compreender o que são reais vantagens para o adotado. Se não há um critério definidor para “reais vantagens” e “melhor interesse”, é consenso que deve prevalecer o interesse do adotado, e não mais do adotante.

De acordo com o novo paradigma a filiação por adoção seria mais sublime, pois é resultado do desejo e do afeto, sem que haja nenhuma obrigatoriedade no estabelecimento da relação. Assim, conjuntamente com a metáfora “filhos do coração”, vem um correlato “os pais devem adotar seus filhos”.

5.7.2 – PATERNIDADE NA ADOÇÃO À BRASILEIRA

Como afirmamos no início do capítulo, sob a denominação “filiação socioafetiva” está sendo contemplada uma diversidade de filiações que se estabelecem mesmo sem laços biológicos. Abrange os casos de adoção, filhos de criação, adoção à brasileira.

No que diz respeito aos filhos de criação essa prática raramente tem repercussões jurídicas. Como afirma Cláudia Fonseca “*as crianças podem ter diversas ‘mães’ sem nunca passar por um tribunal*” (1995, p.9). A transferência de uma criança para outro lar não exclui a expectativa de uma restituição da criança. Essa prática difere da adoção legal que é definitiva.

Nas adoções à brasileira o casal, ou um deles, vai ao cartório e registra a criança como filho biológico. Grande parte das adoções no Brasil tem ocorrido desta forma. Esta prática, tipificada como crime no Código Penal²¹

²¹ Código Penal Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

desperta posicionamentos contraditórios. Abreu (2002) demonstra bem essa ambiguidade ao se referir à história de uma mãe, advogada, que conta em rede nacional ter adotado à brasileira.

Existe um plano formal, simbolicamente dominante (a lei). Existe um outro, prático, que acaba sendo incentivado, na ausência de aplicação da lei. É possível distinguir esse duplo funcionamento no momento em que se declara que quem burla a lei adotando “à brasileira” será perdoado. Porém, mais forte ainda é quando se afirma que o criminoso não será nem mesmo perseguido. Paralelamente, o plano formal é reforçado com conselhos reiterados para que as pessoas não adotem esse tipo de prática. (ABREU, 2002 p.46).

Não apenas os posicionamentos são contraditórios, o próprio Código Penal o é, pois num primeiro momento é bastante rígido, sendo uma das exceções na contagem do tempo para a prescrição da pena²², mas sendo também permissivo com que o comete. O “perdão judicial” no parágrafo do artigo 242 do Código Penal revela que o crime também pode ser visto como um ato nobre, caridoso, que objetiva salvar a criança (ABREU, 2002).

Essa ambiguidade também se tornou evidente nos casos etnográficos coletados. Apesar de o ato ser crime, dentre as diversas situações nas quais se discute a afetividade os casos de adoção à brasileira são os mais pacíficos. É considerada válida a adoção deste tipo porque reflete o afeto.

Nos casos de adoção no Brasil que muitas vezes ocorrem em desacordo com a lei

Estamos diante do que chamamos de lei “que não pega”, direito positivo que não vige, deseixado de eficácia, no jargão jurídico. Apesar dos esforços do Estado para disciplinar a prática, ou seja, para trazer para si a regulação e mediação das ações dos agentes sociais, estes não se deixam vergar pela lei. Quando um operador do direito diz: “Não aconselho ninguém a fazer isto”, e paralelamente afirma que “seria um absurdo condenar alguém por um ato destes”, deixa claramente transparecer os esquemas de percepção e ação engendrados no espaço social das adoções no Brasil. (ABREU, 2002 p.48).

²² Código Penal Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

A nobreza de espírito no reconhecimento da paternidade pode ser ressaltada mesmo diante de um pedido de desconstituição, como podemos ler no trecho a seguir de uma sentença que nega o pedido.

A nobreza de propósitos do demandante, consubstanciada no ato de reconhecer como sua filha de terceiro, com a finalidade de proteger e amparar a demandada dispensando-lha carinho e afeição, se revela na emoção da demandada manifestada em audiência. Nem mesmo o ajuizamento da presente ação, foi capaz de macular o afeto e o referencial de paternidade da demandante. (Sentença – pesquisa de campo).

A fala de um dos informantes é emblemática desse impasse do que é ilegal, mas deve ser aceito pelo plano moral

A gente tem dois ou três casos de adoção à brasileira, que a gente não pode saber, né, porque é feito de uma maneira... mas, enfim...

(...)

Hoje o caminho jurisprudencial e doutrinário é você dar prioridade ao vínculo socioafetivo em relação a questão meramente sanguínea. Eles devem vir juntos, mas se um tem que ser sopesado a vinculação socioafetiva deve ter seu valor (Entrevista MP).

Nesta fala transparece um certo desconforto ao referir a adoção à brasileira. O corte na fala, marcado pelas reticências, a afirmação que “*a gente não pode saber, né*” demonstra a ambiguidade ilegal / moral. Na continuação da fala parece vir a redenção para o impasse com a consideração do vínculo socioafetivo.

Outro informante explica porque não se deve anular o registro nos casos de adoção à brasileira

Os casos de adoção brasileira ninguém anula mais não. Se essa adoção for contestada dizendo que não seguiu rito legal de adoção aí depende do juiz, mas provavelmente vai ser mantida porque menino a gente costuma dizer assim: não é objeto que a gente compra em prateleira de Bomprego. Se você adotou aquela criança sabendo que ela não era sua filha, mas mesmo assim você quis adotar, então vai ser para o resto da vida. A não ser se a própria criança diga ‘ops eu não quero esse pai não’, negando o afeto, negando essa paternidade que um dia ele assumiu. (Entrevista juiz@).

O caminho para o reconhecimento de vínculos socioafetivos não decorre de um movimento espontâneo

Eu própria eu mudei também meu conceito que antes eu era mais rígida, eu era mais legalista entendeu? Eu achava que era a paternidade sanguínea que deveria prevalecer... ...mas depois lendo, estudando, e vendo outras decisões também, já agora bem mais... com uma qualidade bem maior, é, eu me convenci de que realmente a paternidade socioafetiva ela é muito mais importante do que a família (sanguínea), muito mais importante... (Entrevista juiz@).

O exercício de convencimento do profissional perpassa por ler, estudar e também pela existência de precedentes, de outras decisões que fundamentem seu entendimento.

O Código Civil no Art. 1.604 afirma que “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. A esse respeito Albuquerque (2006), professora de direito, argumenta que a adoção à brasileira pode tornar-se ‘verdade’ diante do estabelecimento dos vínculos afetivos. Estabelecida a relação pai / filho não há que se falar na falsidade do registro, pois ele revela o que foi declarado. A relação estabilizada no tempo não deve ser desconstituída por critérios formais. Há que se observar o fim maior de garantir a família que foi efetivamente construída.

No decorrer da pesquisa de campo encontramos exemplos de adoção à brasileira citados por quase todos os informantes. Como esse tipo de adoção ocorre à sombra da lei, tais casos em geral chegam ao judiciário quando se trata de desconstituir a paternidade.

A tentativa de desconstituição da paternidade pode se dar por outras pessoas que não os pais que registraram.

Depois que a pessoa morreu as pessoas que seriam sucessores se ele não tivesse adotado entraram com a negativa. Aí é que entra a questão da vinculação socioafetiva. (...) No caso específico ele tinha registrado uma menina vinte e três anos atrás. Viveu a vida toda como pai da menina. Chamava a menina de filha e ela chamava ele de pai e era apresentada nessa situação. E exerceu todos os poderes e deveres de um verdadeiro pai. Morreu absolutamente lúcido. Dirigiu os negócios dele até o final da vida. Nunca em vida questionou a adoção à brasileira. Não era filha de nenhum dos

dois. Era uma menina que vivia na rua a mulher dele trouxe para dentro de casa, viveu um tempinho com eles para ajudar e depois ele adotou. Foi no cartório e adotou como filha deles dois.

A mãe já tinha morrido também. Quando ele morreu os dois sobrinhos dele vieram aqui pedir a anulação, porque se ela não existisse a herança seria deles. Aí o parecer foi contrário e a sentença também com base justamente na vinculação socioafetiva. Apesar da adoção ser nula de pleno direito, permanecia válida enquanto vinculação socioafetiva. A gente no parecer disse que era até imoral porque em vida do adotante eles nunca teriam pedido isso. O interesse deles era meramente pecuniário, enquanto o interesse da menina era interesse... .(Entrevista MP).

Mas, sem dúvidas, o caso mais comum de pedido de desconstituição de paternidade é de homens que, sabendo não ser o pai (biológico) registra a criança como sendo seu filho. Via de regra, quem faz isso é o companheiro de uma mulher com filho. O homem que seria padrasto escolhe a identidade de pai. Registrar o filho da companheira serve para marcar a aliança entre o homem e a mulher (FONSECA, 2004).

As razões para procurar a desconstituição podem ser questões econômicas, evitar o pagamento de pensão ou os direitos sucessórios, ou o mero desejo de desfazer o vínculo com a criança, uma vez que não há mais o laço com a companheira.

Eu tive um caso que a pessoa pedia isso para se desonerar de pagar alimentos, tenho um caso corrente em que a pessoa pede isso para excluir a suposta filha da sucessão, de um eventual direito sucessório. E teve um caso que não tinha nenhuma coisa nem outra. Nem tinha a expectativa de deixar herança, nem pagava mais alimentos, ele queria apenas desconstituir a relação. (Entrevista juiz@).

Ao padrasto que assumiu aquela pessoa como filho. O sujeito passou a viver com a mãe, ela já tinha um filho foi lá e registrou aquela pessoa como filho. Depois da separação essa pessoa entrou com ação de alimentos ou depois da separação aquele pai, aquela pessoa que assumiu a paternidade veio pedir a desconstituição da paternidade. Aconteceu mais de uma vez. Veio pedir a negatória de paternidade. Dizendo, “eu assumi, mas eu não sou o pai, portanto eu não tenho nenhuma obrigação de pagar alimentos”. (Entrevista juiz@).

O apelo aos laços de sangue, que são perenes, serve como argumento para o pedido de desconstituição formulado por diversos pais. Seguindo a lógica inversa, para muitos homens o “papel” pode ser contestado. É utilizado em muitos casos o teste de DNA para provar a ausência de vínculos.

Eu faço um DNA, tem DNA dizendo que é negativo. Realmente não é o pai sanguíneo e [a expectativa do pai registral é de que] vou anular o registro. E a justiça diz não. Porque se você fizesse isso imagina a cabeça dessa criança, não é? Tem que pensar no quê? No interesse do filho, da criança. (Entrevista juiz@).

A justiça dizer não ao teste de DNA demonstra uma compreensão que começa a ser aceita no mundo jurídico de família como escolha, pelo menos quando se trata de proteger os interesses do filho nos casos de adoção à brasileira. Esse posicionamento pode ser encontrado em outras decisões

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. Ainda que o exame de DNA tenha concluído pela ausência de parentesco entre as partes, o laudo não tem o condão de afastar possível vínculo socioafetivo, questão que depende de ampla dilação probatória, para oportuna sentença. Não estando afastada a paternidade socioafetiva, devem ser mantidos hígidos os deveres parentais, dentre os quais o de prestar alimentos à filha, mormente recém iniciada a ação negatória da paternidade. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70033466384, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 24/02/2010).

A ressalva feita acima sobre a possibilidade de desconsideração de DNA, que ocorre nos processos de desconstituição de paternidade, diz respeito ao fato de que, quando se trata de reconhecer uma paternidade, o referido exame é ainda a prova cabal. Assim, um informante relata como tinha convicção num caso de pedido de reconhecimento de paternidade, mas o DNA comprovou a inexistência do vínculo.

Eu tinha certeza absoluta, eu conversei com ela (a mãe da criança), parecia uma pessoa muito correta, parecia muito certa do que estava dizendo. E aí eu pedi o exame DNA. Eu fiz o

DNA pelo Ministério Público e o exame deu negativo. (Entrevista MP).

No caso em questão o casal viveu junto por mais de uma década e pouco depois da separação ela engravidou. Casos como esse tornam marcantes os avanços da ciência nas relações sociais.

É evidente que há a possibilidade de o juiz compreender de maneira diversa e desconstituir a paternidade. Durante a pesquisa de campo nos foi relatado um caso em que isto ocorreu e gerou um caso de pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva.

O pedido inicial era de uma mãe pedindo reconhecimento de filiação socioafetiva (...) Um casal, ele era bem mais velho do que ela, acho que uns 20 anos mais velho do que ela. Ele já tinha tido uma família, acho que cinco filhos. A esposa dele morreu. E aí anos depois ele conhece uma outra pessoa, era secretária dele, começa a se relacionar, vão morar juntos. Até aí tudo tranquilo. Os filhos dele já eram jovens, adolescentes ou adultos, quando chegou aqui já era tudo adulto porque o caso demorou 15 anos para chegar aqui. E aí quando eles estavam morando juntos eles resolveram adotar uma criança, adotar à brasileira. Pegou a filha da empregada de não sei quem do interior e resolveram registrar como se fosse deles. E aí o que aconteceu. Esse casal ficou junto até a criança ter uns 5 ou 6 anos de idade e aí se separaram. Quando ocorreu a separação, pelo que a gente percebeu aqui no estudo, que era mais por pressão da família dele, dos filhos principalmente, de não aceitar essa nova família que já estava constituída. E aí ele entrou com o pedido de [desconstituição de] paternidade. Podia fazer o DNA que ele não era o pai. E a mãe disse, de fato, não precisa fazer DNA, ele não é o pai biológico dela, mas nós adotamos juntos, etc. E aí o juiz foi e decretou uma negativa de paternidade. Foi emitida uma nova certidão de nascimento da menina sem o nome do pai. O curioso é que a menina nada sabia que era adotada. E justamente o processo quando chegou aqui pra gente... Esse primeiro processo de desconstituição de paternidade não chegou aqui. O juiz pediu o DNA, fez o DNA e deu que não era pai biológico e o juiz mandou emitir nova certidão. E aí a mãe entrou com o pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva. Que de fato ele não era pai biológico, mas que havia uma relação de pai e filha entre eles. E aí o nosso objetivo era justamente tentar constatar se havia essa relação de família entre o pai e a menina que já tava com 15 anos. (...). Enquanto os filhos dele, porque ele já tava bem idoso quando chegou aqui, ficavam preocupados com herança, pensão, com não sei o quê, o medo dela [da mãe] era que a menina descobrisse que era adotada. (...) A gente fez o estudo e viu que ele tratava a menina como

filha. Ela tratava ele como pai. Ele tinha ciúme dela com o namorado, ia passear no shopping. Tinha um certo carinho, tinha amor, tinha zelo e tal. Só que ele não queria que ficasse registrado oficialmente. Ele dizia “meus filhos vão me matar”. Mas o senhor chama ela de filha? Chamo. Gosta de chamar de filha? “gosto”. (Entrevista psicóloga).

Referindo-se ao pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva um@ promotor@ destaca

Ele continua com a relação de afeto. E o que é mais importante, a menina, que já é uma moça, nem sequer soube que a paternidade foi desconstituída, ela nunca viu o documento porque a mãe não deixou. (Entrevista MP).

Esse caso tem uma particularidade, o pedido só se torna à primeira vista cabido porque houve antes a certidão indicando o reconhecimento oficial. Dito de outro modo, dificilmente uma mãe poderia pedir tal reconhecimento baseado apenas nos cuidados parentais. Daí porque esse caso é referido pelos informantes como sendo inédito em Pernambuco.

Isto leva um dos informantes a destacar que é na negatória de paternidade que se dá valor à afetividade. Certamente o objetivo é ressaltar que são nesses casos em que os profissionais *podem*, têm mecanismos de impor a manutenção dos laços, ou, pelo menos, das obrigações.

Negatória de paternidade. É quando a gente dá valor a afetividade (...). É assim, eu sou um homem me apaixono por você, você tem uma filhinha pequena só registrada em seu nome. Eu vou me casar com você, estou apaixonado e quero apadrinhar aquela menina. Então eu vou dar meu nome. Vou dar meu nome à filha dela. E aí registra a criança como sua. Dez anos depois ele se separa, e ela ingressa com ação de alimentos para que ele fique pagando alimentos aquela criança que ele registrou. Aí ele diz “não é minha. Eu vou provar por um DNA que não é, e pronto”. Aí entra com uma negatória de paternidade e eu sou da linha, existe um grupo de promotores e juízes que entende que provou no DNA que não é pai, não tem obrigação nenhuma, eu sou da linha e o juiz que trabalha comigo também, graças a Deus. Nós somos de uma linha que entendemos o seguinte: se ele registrou consciente que não era, não houve dolo, não houve coação, não houve fraude, ele não pode brincar de Deus. Ele não pode um dia querer ser pai e no outro não querer. E geralmente eles não querem ser mais porque se separou daquela mulher, vai ter que ficar pagando alimentos aquela criança e tem também a questão hereditária dos bens que ele vai adquirir que vai ficar para aquela criança. E ele não quer ter que dar alguma coisa para a filha da mulher

que ele não quer mais. E isso é muito mais comum do que você imagina. (Entrevista MP).

Este relato demonstra os usos dos poderes que estão em jogo. O pai registra a criança como uma espécie de selo da nova união. Na separação recorre-se à força do difundido teste de DNA. Mas o judiciário aqui pode tentar estabelecer uma moral familiar, pai é pai, “*ele não pode brincar de Deus. Ele não pode um dia querer ser pai e no outro não querer*”. A tentativa por parte dos pais de se eximir dos deveres não é em si uma surpresa, pois isso ocorre também (como vimos) em casos de filhos biológicos.

O relato destaca ainda que, em última instância, cabe o entendimento do juiz. Há juízes que seguem “a linha do DNA”. Na pesquisa de campo nos parece que nos casos de adoção à brasileira essa linha tem sido bem minoritária. Os informantes sempre tinham um caso para contar em que foi mantida a paternidade, deu parecer favorável à manutenção, mostrando inclusive sentenças e pareceres.

Preponderou a paternidade em função dos laços afetivos. A pessoa vem e diz “olha o pai que eu conheço é ele, por toda a minha vida a referência que eu tive de pai foi ele e eu quero que ele continue sendo meu pai.”
...e assim o pai afetivo foi aquele que criou ele durante toda a vida dele né?

Era uma filha, já era maior, e foi mantida a paternidade afetiva. Ou seja, ele assumiu, assumiu conscientemente, não podia desconstituir pelo simples fato de não querer mais.

Agora o que a gente tem feito nas negatórias é o seguinte, a gente pesquisa a afetividade. Se existir um laço de afetividade, mesmo que o DNA dê negativo, a gente, eu dou um parecer contra e o juiz decide nesse sentido.

Há também exemplo do Superior Tribunal de Justiça considerando como legítimo o reconhecimento de uma filha feito por um homem pouco antes de sua morte. Este homem tinha o conhecimento de que não era pai biológico da menina, mas a criou desde a infância. No voto do relator, que foi acompanhado por unanimidade, podemos destacar os seguintes argumentos:

Ficou assentado nas instâncias ordinárias que o declarante sabia não ser pai biológico da recorrente e, não obstante, a reconheceu como se filha fosse.(...)

No ato do reconhecimento, duas “verdades”, biológica e sócio-afetiva, antagonizavam-se e o de cujus optou por reconhecer a recorrente como se fosse sua filha, muito embora não fosse seu genitor. (...)

Assim como ocorreu na hipótese sub judice, a paternidade sócio-afetiva pode estar, hoje, presente em milhares de lares brasileiros. O julgador não pode fechar os olhos a esta realidade que se impõe e o direito não deve deixar de lhe atribuir efeitos. (...)

Onde há dissociação entre as verdades biológica e sócio-efetiva, o direito haverá de optar por uma ou outra. Como visto, o STJ vem dando prioridade ao critério biológico naquelas circunstâncias em que a paternidade sócioafetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.

Recurso Especial Nº 878.941 - DF (2006/0086284-0)
21/08/2007

Uma vez que há deveres mútuos entre parentes biológicos, é possível apelar para o critério biológico assegurando minimamente o cumprimento de tais deveres (como é o caso da pensão alimentícia que é devida a filhos menores uma vez comprovado o laço genético entre pai e filho, mesmo o pai não querendo espontaneamente reconhecer criança). Mas, estabelecido o sentimento, este não deve ser negligenciado.

Numa situação inversa, foi aceita uma ação negatória de paternidade no Tribunal de Justiça de Minas Gerais porque, embora reconhecido espontaneamente pelo pai um filho que sabia não ter laços biológicos, não existiam entre eles vínculos afetivos. Tais aspectos são explicitados desde a ementa:

EMENTA: AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - REQUISITO - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.- A procedência do pedido formulado na ação

negatória de paternidade cumulada com nulidade de registro de nascimento, depende também da prova de inexistência da paternidade sócio-afetiva.- Demonstrada, por prova técnica, que o autor não é pai do autor e ausente o vínculo afetivo entre as partes, deve-se excluir a paternidade do autor sobre o réu.- Direito do suplicado à verdade real.- Recurso provido. (TJMG Apelação Cível Nº 1.0205.06.002077-8/001) 19/01/2009

No voto a relatora explicita que o DNA não deve ser considerado isoladamente.

Malgrado o DNA se trate de prova científica de valor absoluto, sob o ponto de vista biológico, para afastar a paternidade, deve ser analisado em conjunto com os demais elementos dos autos, especificamente com aqueles indicativos da existência ou não de vínculo afetivo entre as partes. (...)

Adota-se, atualmente, o entendimento de que a paternidade não se pode resumir a um simples dado biológico, havendo outros valores do ponto de vista ético e sentimental que devem ser considerados e ponderados com cautela, na árdua tarefa de se decidir pela existência ou não de vínculo de filiação. (...)

Destarte, para se concluir pela procedência da negatória de paternidade, necessário que esteja demonstrado nos autos tanto a ausência de vínculo biológico de paternidade, quanto de vínculo afetivo, entre os supostos pai e filho. (TJMG Apelação Cível Nº 1.0205.06.002077-8/001)

Outra possibilidade de desconstituição de paternidade é quando o juiz acata o pedido porque há outro pai para assumir o lugar na certidão (FONSECA, 2004).

Negatória de paternidade, o pai entrou com negatória de paternidade. Disse; “Ó, não sou o pai dessa criança” e aí na audiência a mãe veio e disse “realmente ele não é o pai dessa criança”. Isso normalmente depois do exame de DNA. O pai da criança é Fulano de Tal (apelido). E Fulano de Tal sabe que é o pai dessa criança? Sabe. E a senhora tem condições de chamar ele aqui para ele assumir essa paternidade? Ela disse tenho. Eu suspendo a audiência ela vai atrás desse camarada. Ele vem, assume a paternidade. Ou seja, eu desconstituo essa e ao mesmo tempo reconheço a paternidade que está sendo apontada. O outro pai assume. (Entrevista juiz@).

Nestes últimos trechos aparecem nos argumentos a convivência e a relação biológica, identificada através do DNA. “*Malgrado o DNA se trate de prova científica de valor absoluto*” “*a paternidade não se pode resumir a um*

simples dado biológico". Temos então "*duas verdades, biológica e sócio-afetiva*" que podem ou não coincidir. Numa primeira análise tais categorias podem parecer contrapostas "biologia X afeto". Mas talvez devamos pensar que à verdade afetiva tem sido atribuído os elementos comumente compreendidos como decorrência do biológico. Assim, o afetivo se dá "como se biológico fosse".

Por fim, é preciso destacar a nova concepção de paternidade introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988. Modernamente a sócio-afetividade deve prevalecer perante a verdade biológica. A verdadeira paternidade não é unicamente genética, mas representa um exercício de afetividade. (...) a requerida foi integrada naquela família como membro efetivo, em tudo imitando a filiação biológica. (Parecer MP – Pesquisa de Campo).

5.8 – FINALIZANDO...

A biologia nunca foi efetivamente o critério definidor da filiação para o mundo jurídico. Do período das presunções e do rigor da lei para definição de filiação passamos para o momento em que se pode ter a certeza da ligação genética. Só que a certeza genética trouxe para o direito de família outra incerteza, nem sempre genitor é pai.

Se "pai é o que cria" como dar a isso validade jurídica, se a filiação quase sempre aparece relacionada com os laços conjugais e estes se mostram cada vez mais instáveis? Não é à toa que os casos de adoção à brasileira são os mais corriqueiros de filiação socioafetiva. Ao lidar num plano formal, campo jurídico, é preciso também que as pessoas tenham demonstrado sua escolha de modo formal, mesmo que ilegal (como é o caso da adoção à brasileira).

Transparece o esforço de dar uma família, com um pai, para as crianças. Assim, a noção de afetividade ao invés de se contrapor à de consanguinidade se compõe no reflexo desta.

Cabem aqui as palavras de Bauman

"Afinidade" é parentesco qualificado – parentesco, mas... (Wahlverwandschaft, expressão que se costuma traduzir, errada e enganosamente, por "afinidade eletiva", um

pleonasma gritante, já que nenhuma afinidade pode ser não-eletiva; somente o parentesco é, pura e simplesmente, quer se queira ou não, uma coisa dada...) A escolha é o fator qualificante: ela transforma o parentesco em afinidade. Mas também trai a ambição desta última: sua intenção é ser como o parentesco, tão incondicional, irrevogável e indissolúvel quanto ele (2004, p. 45).

Há um esforço do direito em separar a vida conjugal da responsabilidade parental. Há também a tentativa de separar questões financeiras das relações familiares, que devem ser mais pessoais. Quando chegam os litígios buscam-se do judiciário respostas para problemas, mas os atores (partes e operadores do direito) muitas vezes seguem lógicas distintas.

O princípio do melhor interesse da criança tem sido incorporado na prática numa diversidade de situações. Diante da indefinição sobre como atender “o melhor interesse” aparece nos discursos a afetividade como elemento que atende aos interesses. Esta noção vem sendo construída com os mesmos valores que pautam a família nuclear. Há uma preocupação em definir uma mãe, um pai... Mas não podemos simplesmente dizer que isto significa um reforço ao modelo ideológico das classes médias. Talvez devamos considerar que se há uma maior abertura dos operadores do direito para possibilitar arranjos diferentes, há também a dificuldade de construir uma noção mais aberta.

Capítulo 6

CONJUGALIDADE E DIREITOS

O sexto capítulo explora a discussão sobre afeto e conjugalidade. Este é um aspecto essencial das relações de família e parentesco e também para a compreensão de diversas demandas que chegam às varas de família. A análise será realizada em duas partes: a primeira abordando considerações sobre a constituição e dissolução de vínculos conjugais. São as separações com suas diversas implicações a maior parte das demandas nas varas de família. A segunda parte tratará da emergência das uniões homoafetivas e o debate a respeito da homoparentalidade. Na análise da conjugalidade ganha relevância o *princípio da igualdade*. Procuraremos destacar nos dois momentos a importância do afeto como fator que contribui no modo de se perceber a família pelo campo jurídico.

6.1 – MUDANÇA NOS PADRÕES DE CONJUGALIDADE

Scott (2001) ressalta que a conjugalidade integra as conceitualizações clássicas dos elementos que constituem uma família. Faz parte da simbologia e da construção da vida cotidiana.

Dentre as grandes mudanças que as famílias têm passado nas últimas décadas, um fator de grande relevância diz respeito ao aumento de divórcios, separações e uniões livres.

No Brasil duas alterações na legislação contribuíram fortemente com tais mudanças, a saber: a Lei do Divórcio, em 1977, e o reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 da união estável como entidade familiar.

Com a Lei do Divórcio e a Constituição de 1988 o Código Civil de 1916 perde a centralidade na regulação das questões legais de família. Atualmente a lei se baseia na igualdade de direitos entre homens e mulheres e na pluralidade de formas para a constituição de famílias.

O novo Código Civil implanta definitivamente as regras de igualdade de direitos entre homens e mulheres superando dúvidas as quais o princípio constitucional não tinha solução exata, como, por exemplo, a idade mínima para o casamento que, pelo CCB de 1916, era de 18 anos para os homens e 16 anos para as mulheres. O CCB de 2002 iguala ao estabelecer a idade núbil de 16 anos para ambos os sexos (PEREIRA, 2004b).

Para Paulo Lôbo o princípio da igualdade possibilitou uma grande modificação no direito de família. *“Nenhum princípio da Constituição provocou tão grande transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares”* (LÔBO, 2008a, p. 42).

A igualdade entre homens e mulheres garantida na Constituição de 1988 é resultado de lutas. O movimento feminista teve um papel fundamental na busca dessa igualização de direitos. Chamou a atenção para o fato de que *“a história da mulher no Direito é de um não-lugar, uma história de ausência, já que ela sempre esteve subordinada ao pai ou ao marido, sem autonomia e marcada pelo regime da incapacidade ou capacidade jurídica”* (PEREIRA, 2004b, p. 101).

Assim, a igualdade entre homens e mulheres diz respeito à igualdade de direitos, à reivindicação de um lugar de sujeito.

No que diz respeito às uniões estáveis Pereira questiona a igualdade entre as diversas entidades familiares estabelecida na Constituição Federal.

Ao argumentar sobre o *princípio da autonomia e da menor intervenção estatal* o autor argumenta, seguindo o entendimento de Fachin, que estamos diante de um processo de privatização das relações com a interferência mínima do Estado nas relações de família. É a chama “desinstitucionalização da família”. Assim,

É de se indagar também se ao “regularizar”, normatizar as uniões estáveis – até então consideradas livres – o Estado não estaria adentrando na autonomia privada do indivíduo que, contrapondo-se à solenidade, ao formalismo consubstanciado no casamento, optou por unir-se sem interferência do Estado. Este é um paradoxo criado em nome de se proteger a parte

econômica e historicamente mais fraca. (PEREIRA, 2004b, p. 113).

O reconhecimento da união estável visou proteger as partes envolvidas, pois em muitos casos com o término da união não havia direitos assegurados como, por exemplo, ao patrimônio comum. Na maioria das situações as mulheres eram identificadas como concubinas e, mesmo que a convivência perdurasse por décadas, normalmente com filhos, não havia reconhecimento legal²³ da união.

Por outro lado, o reconhecimento estatal suscita questionamentos quanto à interferência em um tipo de arranjo que se estabelece sem o caráter formal do casamento.

Tanto no casamento quanto na união estável se presume o afeto entre cônjuges e companheiros (como vimos no capítulo dois).

F. de Singly (2007) argumenta que a lógica afetiva foi externa à família e ao casamento durante muito tempo. Ele lembra que o mito do amor foi construído contra o casamento por interesse. Mas se a lógica do afeto terminou por entrar na instituição do casamento, também contribuiu para dar um novo sentido à sua dissolução.

Scott (2001) observa que

A possibilidade de redefinir a aliança, identificando-se com outros fragmentos de uma sociedade onde se admitem anonimato e redefinições de rumos, desproblematiza a idéia de “separar”, de “aguardar” ou de “criar alternativas” na construção da domesticidade. É muito significativo que esse reconhecimento da efemeridade e da permeabilidade de fronteiras na vivência da conjugalidade venha acompanhado de um discurso sobre a importância da “qualidade” das relações que se formam e se reformam. Num mundo de alianças quebráveis, a valorização da idéia de aliança continua firme. (SCOTT, 2001, p. 99).

²³ Na década de 1960 os Tribunais passaram a buscar soluções para esta realidade seguindo os enunciados das súmulas 380 e 382 do STF.

Súmula 380: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Súmula 382: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

A união não era tratada como matéria de direito de família, era considerada como direito das obrigações a partir da figura da sociedade de fato (LÔBO, 2008a).

Como a família centrada no casamento teve um papel fundamental no direito de família, é relevante observar como vem sendo tratado pelo campo jurídico a possibilidade de rompimento. Antes de abordar a dissolução dos vínculos conjugais na legislação e no judiciário, faremos algumas considerações sobre conjugalidade e individualização.

6.1.1 – CONJUGALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO

Considerando que a construção do casamento como relação fundada no amor tem tido hegemonia nas sociedades ocidentais contemporâneas, torna-se pertinente refletir sobre a sentimentalização da conjugalidade.

Oltramari (2009) citando obras que analisam o romance *Tristão e Isolda* destaca que no romance o amor transparece como uma doença da alma que pessoas como os personagens da história decidem contrair. O autor destaca que, embora seja relativamente recente a ideia de amor em nossa sociedade, o sentimento passou a ser visto como bastando a si mesmo, não necessitando de outros ingredientes. Goza de autonomia e liberdade com relação às interações sociais.

Recorrendo aos argumentos de Viveiros de Castro e Araújo (1977) podemos refletir sobre a abordagem antropológica da noção de amor na tradição cultural do Ocidente moderno. Os autores lançam mão da obra *Romeu e Julieta* de Shakespeare como arquétipo do amor. Devemos lembrar que, além de uma grande difusão, a obra possui também papel de matriz em relação a uma infinidade de produtos da indústria cultural moderna.

Os autores argumentam que no romance o amor “*é visto como uma relação entre indivíduos, no sentido de seres despidos de qualquer referência ao mundo social, e mesmo contra este mundo.*” (VIVEIROS DE CASTRO e ARAÚJO, 1977, p. 131).

A peça *Romeu e Julieta* possui um valor paradigmático por constituir uma espécie de “mito de origem” da noção moderna de amor. O mito, segundo Lévi-Strauss, é uma narrativa na qual as sociedades apontam a si próprias com suas tensões e contradições. Uma das características próprias do mito é a

manipulação sintética de grandes oposições cosmológicas bem como o esforço de resolução das contradições básicas da cultura.

A autoria do mito é sempre coletiva. Nesse sentido, o amor que o romance representa é reconhecido por toda uma coletividade. A própria história da peça era narrada em forma de poema e de outros gêneros antes da consagração na versão teatral elaborada por Shakespeare.

A análise realizada por Viveiros de Castro e Araújo apóia-se nas reflexões já referidas de Luis Dumont sobre o papel do indivíduo no pensamento ocidental. Assim, argumentam sobre a hipótese de que o amor em *Romeu e Julieta* aponta para uma valorização muito especial da noção de indivíduo.

Os autores destacam que no “holismo” o homem existe em função do todo, ao passo que no “individualismo” o ser humano é um ser não-social, moralmente anônimo. O argumento aborda ainda um aspecto não tematizado por Dumont, a saber: a autonomização do domínio afetivo, que é ilustrado em *Romeu e Julieta*.

Romeu e Julieta é um mito de origem do amor porque inaugura uma outra concepção das relações entre o indivíduo e a sociedade. O que o romance revela:

É a origem do indivíduo moderno sob um aspecto essencial: este indivíduo é tematizado, sob a espécie de sua dimensão interna, enquanto ser psicológico que obedece a linhas de ação independentes das regras que organizam a vida social em termos de grupos, papéis, posições e sentimentos socialmente prescritos. (...) O valor paradigmático, mitológico, de *Romeu e Julieta* deriva não do caráter típico dos personagens, mas justamente de seu caráter altamente individualizado. (VIVEIROS DE CASTRO e ARAÚJO, 1977, p. 142 e 144).

Realizando uma análise estrutural da história, Viveiros de Castro e Araújo argumentam que nela há uma oposição central explícita entre *amor* e *família* que se desdobra em outras, a saber: corpo (amor) / nome (família), alma-coração (amor) / corpo (família).

A oposição amor / família transparece claramente na história, uma vez que os protagonistas são filhos únicos das duas grandes famílias nobres da

Cidade de Verona. Os Montecchio e os Capuleto são inimigos e nutrem um ódio violento e recíproco.

A oposição corpo / nome fica explícita no diálogo do balcão, em que Romeu e Julieta se descobrem apaixonados.

Julieta – Romeu, Romeu! Por que razão tu és Romeu? Renega teu pai e abandona esse nome! Ou se não queres jura então que me amarás, e eu deixarei de ser Julieta Capuleto!

Em ti, só o teu nome é que é meu inimigo! Tu não és Montecchio, mas tu mesmo! Afinal, o que é um Montecchio? Não é um pé, nem a mão, nem um braço, nem um rosto. Nada do que compõe um corpo humano. Toma outro nome! Um nome! Mas, o que é um nome? Se outro nome tivesse a rosa em vez de rosa, deixaria por isso de ser perfumosa? Assim também, Romeu, se não fosses Romeu, terias, com outro nome, esses mesmos encantos, tão queridos por mim. Romeu, deixa esse nome, e, em troca dele, que não faz parte de ti, toma-me a mim, que já sou toda tua!

Romeu – Farei o teu desejo de bom grado! Por ti, trocarei seja o que for! Por ti, serei de novo batizado! Não me chames Romeu... mas sim o Amor!

Não, minha bela, nem Montecchio nem Romeu! Já que meu nome não me agrada, eu não sou eu!

(Citado por Viveiros de Castro e Araújo, 1977, p. 150).

Julieta pede que Romeu renegue seu nome e Romeu demonstra a ruptura entre nome e identidade. O sobrenome que demonstra o pertencimento familiar é abandonado para não se constituir uma barreira ao amor. O nome insere o indivíduo na rede de relações socialmente prescritas, do ódio que existe entre as famílias. Mas o nome é “externo”, sendo a relação corpo / nome arbitrária e não fazendo parte da essência de Romeu.

Já a oposição alma-corção / corpo se evidencia com o desterro de Romeu quando este é obrigado a matar Teobaldo, primo de Julieta e inimigo dos Montecchio. Teobaldo havia matado Mercúrio, amigo de Romeu. Romeu e Julieta ficam fisicamente afastados, mas unidos pela alma-corção. É a alma que liga os protagonistas. *“Assim, se as relações de Romeu e Julieta com suas famílias são externas e nominais, materiais mas não de substância, a relação amorosa é interna, real, espiritual e imutável” (VIVEIROS DE CASTRO e ARAÚJO, 1977, p. 153).*

As três oposições apresentadas podem ser sintetizadas numa única, a saber: a oposição entre um eu individual (amor, corpo, alma - coração) e um eu social (família, corpo, nome).

A história de Romeu e Julieta é paradigmática do surgimento do amor moderno por estar situada na *passagem* de uma ordem holista para uma ordem individualista. É a convivência dos dois códigos que produz a tragédia (REZENDE e COELHO, 2010).

Assim, numa ordem holista Romeu e Julieta não se amariam, pois estariam ligados às suas identidades decorrentes do pertencimento às famílias de origem. Talvez até chegassem a se amar, mas isso não seria motivo para o casamento, uma vez que o amor como motivação para o casamento é algo recente. Considerada esta hipótese a tragédia não se daria, pois o casamento em segredo que culminou na tragédia não ocorreria.

Já numa ordem individualista Romeu e Julieta poderiam amar quem quisesse e escolher seu cônjuge sem a preocupação com o estabelecimento de alianças, apenas por motivo de foro íntimo. Mesmo que suas famílias desaprovassem a escolha, poderiam se opor, mas dificilmente um casal moderno apaixonado faria disso um empecilho para o casamento. Novamente a tragédia não se daria, pois o casamento em segredo não ocorreria (REZENDE e COELHO, 2010).

É nessa convivência dos códigos contraditórios, holismo e individualismo, que a tragédia se passa. Emerge uma noção de amor proveniente do íntimo que faz o indivíduo impor a sua vontade.

O indivíduo é livre em relação à sociedade, mas está amarrado aos ditames do amor. Temos então a emergência de uma concepção de amor no qual o indivíduo é tomado por um sentimento de origem sobredeterminada (REZENDE e COELHO, 2010).

Desta reflexão gostaríamos de reter que nesta concepção de amor construída que é emblematizada pela tragédia de Romeu e Julieta, em nome do amor rebela-se qualquer determinação de ordem social que venha a se opor à vivência plena desse sentimento.

Mediante a força do amor são legitimadas novas conexões, passando a predominar lógicas individualizadas. Entretanto, na contemporaneidade o

próprio processo de individualismo tem sido causa do fracasso do casamento fundado no amor.

Se o amor tem sido cada vez mais procurado nos relacionamentos de conjugalidade, grande parte das dissoluções se dá porque o amor acabou. As pessoas buscam novos relacionamentos procurando o amor que não existia mais no anterior.

Assim, talvez o individualismo demonstre o paradoxo existente dentro da relação de autonomia e individualidade nos laços de conjugalidade. O sentimento amoroso, um dos pilares da individualização, desafiou a instituição matrimônio que estava subordinada aos interesses da reprodução familiar e social.

Entretanto, atualmente já não temos o duo conjugal quebrando amarras com a comunidade e o parentesco, nuclearizando-se. Temos o indivíduo a enfrentar as tensões existentes entre a procura da liberdade individual e as gratificações amorosas de uma vida a dois (ABOIM, 2009).

Autores como Giddens (1993) e Bauman (2004) abordam a conjugalidade no mundo contemporâneo tratando das incertezas que a modernidade trouxe para os relacionamentos amorosos.

Analisando a transformação da intimidade em camadas médias intelectualizadas européias e norte-americanas, Giddens (1993) argumenta que a intimidade moderna é marcada pela ascensão de um “relacionamento puro”, centralizado no compromisso. Tratando da conjugalidade, Giddens discorre a respeito da ascensão do amor romântico. A difusão dos ideais do amor romântico proporcionou ao vínculo conjugal significado especial. O “lar” passa a ser percebido como distinto do trabalho, como um local no qual os indivíduos poderiam esperar apoio emocional, em contraste com o caráter instrumental do ambiente de trabalho.

Esse modelo centrava-se nas desigualdades de gênero ‘colocando’ as mulheres no lar e reiterando o ‘machismo’ na sociedade. Havia uma divisão de afetos e emoções na qual cabia à mulher o papel de manter afetivamente o casamento. O amor romântico pressupõe a possibilidade de um vínculo durável com o outro, baseando-se nas qualidades do próprio vínculo.

No que diz respeito à sexualidade, as pressões para a constituição de uma família grande, perderam espaço para a tendência a limitar rigorosamente o tamanho da família. Assim, quanto à sexualidade, as mulheres passam a se afastar do ciclo constante de gravidez e parto. A sexualidade passa a ser maleável, passível de ser assumida de formas diversas, sendo uma “propriedade” potencial do indivíduo.

O amor romântico é precursor do relacionamento puro. A emergência da sexualidade plástica, liberada da relação intrínseca com a reprodução, foi fundamental para a emancipação implícita no relacionamento puro.

A criação da sexualidade plástica foi condição da revolução sexual (ocorrida há algumas décadas). Ela propiciou a revolução na autonomia sexual feminina e colaborou com o florescimento da homossexualidade masculina e feminina.

O caráter subversivo da ideia de amor romântico permaneceu sob controle por um longo período pela associação do amor com o casamento e com a maternidade; e pela noção de que quando o amor verdadeiro é encontrado, é para sempre.

Se a durabilidade do casamento, no contexto do amor romântico, podia ser assumida como certa (uma “condição natural”), o relacionamento puro se caracteriza pela possibilidade de ser terminado por qualquer dos parceiros em qualquer momento particular.

O que distingue a relação pura é o fato de que ela pode ser escolhida dentre uma diversidade de possibilidades. Apesar das condições de vida limitarem o grau de liberdade de escolha, há ainda uma pluralidade de possibilidades que permitem ao indivíduo se afastar dos modelos tradicionais de relação e estabelecer laços nos moldes da “relação pura”.

Diferentemente dos laços pessoais em contextos tradicionais, a “relação pura” não está amarrada a condições externas da vida social e econômica. Ela é mantida pela satisfação emocional que oferece. É justamente por não ser sustentada por critério externo que a relação torna-se “pura”. O compromisso de ambas as partes é o essencial na sustentação. É pressuposto para o relacionamento puro a igualdade entre as duas pessoas. Em decorrência disto a reciprocidade e a sintonia mútua são imprescindíveis na relação pura. “*O que*

mantém o relacionamento puro é a aceitação, por parte de cada um dos parceiros, 'até segunda ordem', de que cada obtenha da relação benefício suficiente que justifique a continuidade". (GIDDENS, 1993, p. 74).

O relacionamento puro traz consigo uma contradição estrutural, pois para criar um compromisso e estabelecer uma história compartilhada, uma pessoa deve se dar à outra. Deve proporcionar algum tipo de garantia à outra de que o relacionamento pode ser mantido por um período indefinido.

Mas a durabilidade não pode ser assumida como certa, já que o relacionamento puro pode ser terminado por qualquer dos parceiros em qualquer momento particular. A confiança é um fenômeno necessário à sociedade moderna, como decorrência das transformações das relações sociais. A confiança só existe em uma relação de risco, do qual o sujeito deve estar consciente.

Para Giddens o relacionamento puro pode proporcionar um ambiente favorável para o projeto reflexivo do eu. Nesse quadro tais relações são escolhas realizadas por um indivíduo que age reflexivamente buscando ser coerente e verdadeiro consigo mesmo.

Giddens, assim como Bauman, destaca a força dos elementos da escolha e de busca de satisfação pessoal nas relações amorosas.

Bauman (2004), com uma visão menos positiva que a de Giddens, ressalta que na modernidade os laços afetivos tornam-se cada vez mais frágeis, em decorrência das crescentes relações de consumo características de nosso contexto histórico.

Bauman (2004) argumenta que na nossa sociedade líquida moderna os vínculos não têm garantia de permanência, podendo facilmente se desfazer, o que de fato ocorre repetidas vezes. Numa perspectiva bastante crítica o autor afirma que os relacionamentos, na nossa cultura consumista, se transformam em produto para uso imediato, instantâneo, que não exijam esforços prolongados.

O autor refere-se à metáfora do “amor líquido” para ilustrar a complexidade das relações afetivas do ser humano na atualidade. Os relacionamentos aparecem como uma questão de cálculo e decisão gerando uma incerteza sobre sua continuidade.

Ao contrário de uma escolha pessoal do tipo “pegar ou largar”, não está em seu poder evitar que o parceiro ou parceira prefira sair do negócio. Há muito pouco que você possa fazer para mudar essa decisão a seu favor. Para o parceiro você é a ação a ser vendida ou o prejuízo a ser eliminado – e ninguém consulta as ações antes de devolvê-las ao mercado, nem os prejuízos antes de cortá-los. (BAUMAN, 2004, p. 30).

Mas apesar dessa efemeridade do amor, é significativo observar que ele é almejado como se fosse eterno, mesmo que possa durar menos do que imaginamos.

Como destaca Salem (1989), referindo-se ao casal igualitário, no afã da relação o casal percebe-se como fundado em um vínculo afetivo e psicológico. Decorre daí a representação de uma conjugalidade “natural” talvez até antissocial. Tudo se passa como se os parceiros transpusessem a rede de parentesco entrando num domínio onde só prevalecessem relações de escolha.

Uma vez passada a fase do apaixonamento o “dois em um” do casal igualitário acaba cedendo às demandas da individualidade. Em decorrência disto o aumento do divórcio e da recomposição conjugal demonstra que, em detrimento da perenidade do casamento, há uma busca do bem-estar individual. Assim, o investimento num casamento livre de constrangimentos institucionais o expõe cada vez mais à dissolução. Nos interessa entender como esta realidade de dissolução dos vínculos vem sendo percebida pelo judiciário.

6.1.2 – SEPARAÇÕES

Gilberto Velho (2001) destaca que a rotinização da separação foi um dos fenômenos mais importantes da sociedade brasileira nos últimos cinquenta anos. Enfocando no ideário das camadas médias urbanas o autor argumenta que o aumento do quantitativo também veio acompanhado de uma mudança no significado na separação conjugal que passou a ser associada a valores

como felicidade individual. Houve uma desvinculação do compromisso conjugal vitalício demonstrando a importância da dimensão afetivo sexual.

No campo do direito de família as discussões sobre a importância do afeto e dos sentimentos para a manutenção do vínculo conjugal não é nova. No início do século XX Anísio de Abreu já defendia argumentos neste sentido quando apresentou emenda permitindo o divórcio no Projeto do Código Civil de 1916.

Para Anísio de Abreu, o casamento resultava de um acordo de vontades que estava sujeito a erros. Se o homem e a mulher eram livres para unirem-se por meio do casamento, tanto o eram para desfazerem essa forma de união. Em defesa de sua tese, Abreu argumentava que não era a lei que dignificava o casamento, pois, segundo ele, ela não era capaz de gerar sentimento, nem de criar afeto. Seu fundamento era o amor, enquanto esse existisse. E assim, Abreu lança a idéia que viria florescer, novamente, tempos depois da promulgação do CC/2002, por meio da iniciativa dos juristas que organizaram o *Estatuto das Famílias*: **“A base da estabilidade da família está no sentimento afetivo, no amor, na dignidade do indivíduo perante si e a sociedade”** (grifos no original) (ZARIAS, 2008, p.108).

Como explicitado no trecho acima, a importância do afeto ressurge destacada no Estatuto das Famílias. A discussão sobre o divórcio gerou grandes debates antes mesmo da promulgação do Código Civil de 1916. O divórcio era colocado em suspeição pelos seus efeitos com relação aos filhos, não exatamente quanto ao destino do casal.

As recentes alterações na legislação quanto ao divórcio e à separação sugerem um maior reconhecimento estatal da individualização e da focalização nas relações.

A legislação tem dado exemplos de privatização das relações de família. A Lei nº 11.441 de 2007, chamada Lei dos Cartórios, possibilita a realização de separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, sem a intervenção do Poder Judiciário. Por esta lei é alterado o Código de Processo Civil passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A:

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão

ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

Recentemente tivemos no Brasil a aprovação da Emenda Constitucional que extingue a figura da separação permitindo o chamado divórcio direto. Alguns projetos de lei buscavam essa alteração entendendo que não se justificava tanta interferência estatal na vida privada. É interessante traçar algumas considerações sobre projetos de lei que buscavam a extinção do instituto da separação.

O Estatuto das Famílias prevê os institutos da separação e do divórcio, sendo este considerado preferível, uma vez que ocorre a dissolução do vínculo conjugal. A justificativa apresentada pelo deputado Sérgio Barradas que apresentou o projeto em outubro de 2007 é a seguinte:

Privilegiou-se o divórcio como meio mais adequado para assegurar a paz dos que não mais desejam continuar casados, definindo em regras simples e compreensíveis os requisitos para alcançá-lo. Evitou-se, tanto no divórcio quanto na separação, a interferência do Estado na intimidade do casal, ficando vedada a investigação das causas da separação, que não devem ser objeto de publicidade. (Estatuto das Famílias, p. 10).

Além de buscar uma menor interferência estatal, a ênfase no divórcio como preferível se baseia numa visão de que não faz mais sentido atualmente o instituto da separação, resquício ainda conservador da nossa legislação.

Entretanto, a proposta apresentada por Carneiro no Estatuto das Famílias quanto à separação está em desacordo com um projeto anteriormente apresentada por ele que previa o fim do instituto da separação. A proposta oferecida em abril de 2007 (PEC 33/07) visava modificar a redação do art. 226 § 6º da Constituição Federal de 1988. O texto atual preconiza que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Pela preposta o texto da

Constituição passaria a ter a seguinte redação “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”.

Em 21 de novembro de 2007 a Comissão Especial do Divórcio da Câmara dos Deputados aprovou o substitutivo que extingue a figura da separação. Este substitutivo refere-se ao texto da PEC 22/99 de autoria do deputado Ênio Bacci (PDT-RS), cujo texto original apenas igualava o intervalo de tempo necessário para a concessão do divórcio nos casos de separação judicial e de fato. No primeiro caso a Constituição previa a necessidade de aguardar um ano. Para a separação de fato o prazo requerido era de dois anos. A proposta da PEC autorizaria o divórcio após um ano de separação de fato ou de direito. Considerada ainda tímida tal proposta, o substitutivo propõe a exclusão da exigência de separação. A esta proposta foram apensadas a PEC 413/05, do ex-deputado Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ), e a PEC 33/07, do deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA), que propõem o divórcio direto.

O texto aprovado foi resultado de aperfeiçoamento das duas Propostas (a 413/2005, e a 33/2007) a partir da relatoria do deputado Joseph Bandeira (PT-BA). Tendo sido aprovada na Câmara a proposta seguiu para o Senado para votação também em dois turnos com maioria absoluta. No Senado, a PEC, que recebeu o número 28/2009, teve da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) a aprovação unânime do parecer do senador Demóstenes Torres (DEM-GO).

Durante a audiência pública realizada em outubro de 2007 pela comissão especial criada para analisar a Proposta de Emenda à Constituição (PEC), a despeito das posições contrárias das lideranças religiosas católicas e protestantes de que o divórcio representa um recuo para o fortalecimento de vínculos familiares, o entendimento do relator da comissão especial, deputado Joseph Bandeira (PT-BA), era no sentido de que defender o divórcio não implica ser contra a família. O divórcio proporciona às pessoas a possibilidade de estabelecer novos núcleos familiares estáveis, com novos casamentos²⁴.

²⁴ Notícia divulgada no site do IBDFAM “Comissão especial debate PEC do divórcio”. 10/10/2007. Fonte: Agência Câmara. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=1929>.

De um discurso no qual se via o divórcio como uma ameaça à família, passa-se para outro no qual na possibilidade de dissolução é vista como potencializadora de relações baseadas no amor e na afeição. O divórcio passa a ser encarado como uma garantia de direitos pessoais. Não é mais algo que põe em risco a família; mas algo que contribui para reforçar a instituição por permitir relações baseadas na escolha e nos sentimentos, e não perpetuadas apenas por imposições legais.

Essa discussão sobre separações e divórcios teve seu desfecho no mês de julho de 2010 com a aprovação do fim da exigência de separação judicial prévia dos casais para a obtenção do divórcio, PEC 28/09. O relator, Senador Demóstenes Torres, explica no seu voto que:

Ora, o Estado atual é bem menos tutelar que o de trinta anos atrás, e, quanto à sociedade hodierna, as dúvidas e temores que acometeram diversos segmentos dos anos 70 do século passado estão, hoje, todos dissipados, inclusive o de que, “no dia seguinte à aprovação do divórcio, não restaria, no País, um só casamento”.

O que se observa é que a sociedade brasileira é madura para decidir a própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem esses institutos. Portanto, não é a existência do instituto divórcio que desfaz casamentos, nem a imposição de prazos ou separações intermediárias que o impedirá.

Nesse argumento é importante observar o reconhecimento de que as pessoas podem “*decidir a própria vida*”. Como ressalta Scott (2005) as leis podem influenciar novas moralidades. Aqui é interessante observar como transparece a preocupação em afirmar que não é a existência de leis que vai determinar os comportamentos “*não é a existência do instituto divórcio que desfaz casamentos*”. Este tipo de argumento também é presente quando se trata de uniões homoafetivas.

Olhe, eu lembro do projeto de divórcio na câmara. Ai meus Deus, o que se falava daquele projeto de divórcio no país era um absurdo. Porque agora acabou a vergonha total, porque, olhe, os casamentos já estão todos acabando. Agora que ninguém vai dar mais valor a casamento, por conta do divórcio. Na verdade isso não é uma realidade. A realidade era outra. A realidade é que existia muita gente separada, e que não podia

casar, mas que já estava vivendo com outras [pessoas], constituindo famílias, mas não podiam casar porque a lei não permitia, não é? Então o divórcio só veio ratificar uma realidade existente. Tá certo. Vai ser como a realidade, por exemplo, dos casais homossexuais, vai ter que mudar porque ela existe. Existe ou não existe? (Entrevista juiz@).

A nova emenda à Constituição busca reduzir a ingerência estatal na vida privada dos indivíduos. Antes se desfazia a sociedade conjugal por iniciativa dos cônjuges, mas o vínculo conjugal, para ser desfeito pelo divórcio, necessitava de nova interferência do Estado. Com a recente mudança, ambos os laços são desfeitos num só momento.

Mas a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal com uma relativa facilidade ainda é percebida como algo que pode contribuir para que as pessoas não invistam na relação, como nos fala Bauman (2004). A fala de uma psicóloga é representativa a este respeito.

As pessoas casam e com pouco tempo se separam. E aí com a lei do divórcio. Com os avanços do direito de família e o advento da lei do divórcio se separar parece que ficou mais fácil. As pessoas não primam mais por tentar, por conversar a relação. Aparentemente é mais fácil se separar. Mas a gente observa que nada é fácil quando as pessoas resolvem se separar. (Entrevista psicóloga).

Charges²⁵ posteriores à aprovação do “divórcio direto”²⁶ também remetem a essa compreensão.

²⁵ Site Yahoo notícias. <http://colunistas.yahoo.net/posts/3299.html> Acesso em 08/07/2010.

²⁶ A charge trata do divórcio direto satirizando a desnecessidade de um período de separação prévia, mas faz também referência à Lei dos Cartórios.



O fato de a lei permitir que as pessoas se separem não significa que na esfera individual isto seja um processo simples. São recorrentes as falas dos profissionais envolvidos de que na maioria dos casos as pessoas não conseguem lidar com essa situação. Os elementos que advêm da separação: divisão de patrimônio, guarda de filhos, regulamentação de visitas, pensões, resultam em inúmeros conflitos. Assim, apesar da obrigatoriedade de se recorrer à via judicial (pois as separações por via administrativa só podem se dar caso não haja interesses de menores e incapazes envolvidos), a percepção é de que *“As pessoas elegem o judiciário para resolver o que eles não conseguem resolver com autonomia”*. Muitas vezes perduram por anos brigas judiciais nas quais, em diversos casos, é necessário que o magistrado decida detalhes da vida dos envolvidos.

Os processos de separação e divórcio que ocorrem de modo consensual são considerados bastante simples. Um fato ocorrido durante a realização de uma entrevista ilustra bem esse entendimento.

Estamos no meio de uma entrevista que estava sendo realizada na sala ao lado do gabinete d@ Juiz@. Nesta sala alguns serventuários estavam trabalhando próximos de nós, mas não tão perto a ponto de interferir. Chega então uma estagiária com um papel para ser assinado. “Dra., Licença”. A promotora pergunta “eu dei o parecer direitinho?” Risos da promotora, da estagiária e meus. “Não pense que a gente aqui é relapsa não. É que a gente tem tudo no computador. E divórcio consensual é a coisa mais boba do mundo. Praticamente eles chegam lá e declaram o que a gente já sabe que eles vão declarar.” (...) “Divórcio consensual é a coisa mais boba que existe para fazer aqui. Não existe processo mais bobo que divórcio consensual. É basicamente o casal que já traz aqui o acordo praticamente pronto. Pra você ter idéia, o casal pode entrar... Se o processo chega hoje, pode ser marcada a audiência para amanhã e já tem pronto o parecer e a sentença. A sentença também já sai hoje. Já tão saindo daqui com tudo pronto. Já tem a sentença o parecer tudo pronto, de tão bobo que é. (...) Eu to querendo dizer que eles mesmo resolveram a vidinha deles, tão trazendo para cá que é para a gente homologar e dizer que tá tudo certinho o que eles fizeram e que eles podem se divorciar. É muito simples.” (Diário de campo e entrevista MP).

O fato de o processo ser “bobo”, no qual “eles já resolveram a vidinha deles”, se contrapõe a boa parte dos casos em que é necessário que o Estado, juiz, decida.

Diversas vezes nos processos de divórcio litigioso há a tentativa de expor a vida do outro objetivando dar força aos seus argumentos. Como descreve o relato a seguir:

Tem fotos dela no processo horrorosas. Ela completamente assim... desabada. Tem foto dela nua, tem foto dela praticando infidelidade no carnaval, tem depoimento das crianças dizendo que ela levava os namorados para dentro de casa. (Entrevista MP).

Nesse sentido, o Estado, em decorrência do processo judicial, ainda desempenha um papel regulador das relações privadas (ZARIAS, 2008).

Com a Constituição Federal de 1988 foram consolidadas mudanças significativas no direito de família. No que diz respeito à conjugalidade, podemos destacar o estabelecimento da igualdade entre homens mulheres e a ampliação das entidades familiares.

Anteriormente à atual Carta Magna uma profunda alteração no direito de família tratou da possibilidade de dissolução dos vínculos conjugais com o divórcio. Temos agora bem recente a possibilidade do divórcio realizado no cartório e também a desnecessidade da prévia separação.

Nos argumentos para as mudanças legislativas transparecem considerações quanto à maior autonomia dos indivíduos e uma diminuição da intervenção estatal.

Entretanto, na vivência concreta dos processos de separação e divórcio nas varas de família a percepção dos profissionais envolvidos é de uma diminuição desta autonomia sendo necessária a intervenção estatal para decidir os aspectos mais elementares da vida do ex-casal.

Se a possibilidade de refazer as alianças desproblematiza a ideia de se separar, isto não significa que concretamente no desenrolar dos processos de divórcio seja realmente possível desproblematizar os litígios.

6.2 – NOVAS FAMÍLIAS?

Scott (2001) argumenta que quando as diferenças sociais são ressaltadas a família se transforma em “as famílias”, no plural. A noção de exclusão social surge para dar visibilidade a famílias que não se enquadram no padrão demográfico de casais com filhos ou que fogem do padrão da sexualidade hegemônica, como os casais homossexuais.

Uma das grandes questões que tem gerado acirradas polêmicas no direito de família atualmente diz respeito à possibilidade ou não do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como uma família.

Neste ano de 2010 estamos há quinze anos da apresentação do Projeto de Lei nº 1.151/95 na Câmara dos Deputados pela então deputada Marta Suplicy (PT/SP). O referido projeto trata da parceria civil registrada²⁷ entre pessoas do mesmo sexo.

²⁷ Mello (2005) lembra que no projeto inicial o nome do instrumento jurídico a ser disciplinado era de união civil entre pessoas do mesmo sexo. Com o substitutivo passa-se a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo

Desde então pouco se caminhou no âmbito da legislação, mas tem havido um aumento das demandas que envolvem casais homossexuais na esfera da justiça, o que requer por parte dos operadores do direito um posicionamento, a despeito da ausência de leis. Assim, o Poder Judiciário tem ficado frente a frente com situações nas quais os casais homossexuais buscam tutela jurisdicional para a solução de litígios de natureza variada.

Em decorrência disto a sociedade brasileira tem sofrido transformações com o aumento da visibilidade do debate sobre a homossexualidade. Os meios de comunicação de massa têm contribuído para tornar mais patente esta questão ao divulgar decisões judiciais favoráveis aos pleitos dos homossexuais.

Na ausência de regulamentações para tratar tal demanda tem surgido no Brasil posicionamentos contraditórios para resolver os litígios. Mello (2006) chama a atenção para o fato de que no nosso país a dimensão familiar dos vínculos afetivos-sexuais entre homossexuais em algumas situações é afirmada e em outras, negada. Para fundamentar tal assertiva o autor apresenta três exemplos, a saber:

Em 2003 o Conselho Nacional de Imigração determinou, através de resolução administrativa, o reconhecimento da união entre homossexuais para a concessão de visto a estrangeiros. O entendimento foi o de que não deve haver distinção de sexo para a concessão de visto temporário ou permanente ou permanência definitiva, a estrangeiros companheiros/as de brasileiros. Antes de tal resolução já havia no Brasil algumas decisões com este entendimento.

Outro caso refere-se à propositura pelo procurador do Ministério Público Federal de uma ação civil pública pedindo liminar que permitisse o casamento entre homossexuais no país. Tal fato se deu em São Paulo, Taubaté, em janeiro de 2005. O argumento que servia de base era a ausência de proibição da união entre homossexuais pelo Código Civil. A Justiça Federal negou a liminar uma semana depois. O fundamento foi de que tal matéria não pode ser decidida por liminar, pois o casamento traz diversas implicações de ordem moral e consequências jurídicas.

A terceira situação referida e que ganhou notoriedade nacional foi a impugnação da candidatura de Eulina Rabelo que concorria à prefeitura do município de Viseu (Pará). O fundamento do Superior Tribunal Eleitoral (TSE) foi o de que a candidata vivia em um relacionamento estável com a prefeita à época. Assim, Eulina foi considerada inelegível (MELLO, 2006).

Os exemplos elucidam o quanto têm sido controversos os posicionamentos, mas também demonstram que não é mais possível obscurecer na sociedade a existência das uniões entre homossexuais.

Apesar de cada vez mais frequente, a existência de arranjos formados por homossexuais enfrenta resistências, pois desafiam as estruturas de uma heterossexualidade compulsória.

Gayle Rubin (1989) chama a atenção para o fato de que a conduta homossexual sempre existiu, o que tem variado nas diferentes sociedades e épocas é o fato do fenômeno ser recompensado ou castigado, buscado ou proibido, algo temporário ou por toda a vida. Apesar das capacidades biológicas serem fundamentais para a sexualidade humana, não é possível compreendê-la apenas em termos biológicos.

Assim, é preciso reconhecer a sexualidade como um produto humano, como também o são outras criações como dietas, transportes, regras de etiqueta, formas de trabalho, diversão, processo de produção e formas de opressão. Apenas com a compreensão do sexo em termos de análise social e histórica é possível uma política sexual mais realista (RUBIN, 1989).

É necessário que se compreenda então que a sexualidade é política, e está organizada em sistemas de poder que recompensam alguns indivíduos e atividades e castiga a outros.

Durante a palestra que versava sobre união de casais homossexuais realizada para os estudantes de direito da UFPE um dos palestrantes chama a atenção para a contribuição do movimento feminista no sentido de elucidar a discussão do público e do privado e que o privado é político.

Ele explica que na faculdade conversou com uma professora que não chegava a dizer que era heterossexual e casada, mas falava o tempo todo no marido, nos filhos. Já dos homossexuais é esperada a “discrição”, o silêncio sobre sua

vida privada. Mas é preciso chamar a atenção que o privado é político. Ele diz à platéia que é homossexual e aponta para o companheiro que está lá sentado (...). O palestrante destaca o quanto a sociedade é preconceituosa com os homossexuais, ele mesmo sentiu preconceito quando se viu interessado por outro homem, afinal, cresceu na mesma sociedade que todos ali (estendendo a mão para a platéia), com uma forte moral cristã. (Diário de campo - Palestra sobre união entre homossexuais UFPE).

Considerando que determinadas práticas são valorizadas em detrimento de outras, Rubin (1989) afirma que as sociedades ocidentais modernas avaliam os atos sexuais de acordo com um sistema hierárquico de valor sexual. Nesta hierarquia o topo é ocupado pelos heterossexuais reprodutores casados. Um pouco abaixo temos os heterossexuais monogâmicos não casados, mas que formam casais, seguidos da maior parte dos heterossexuais. Os casais homossexuais estão na extremidade da respeitabilidade. Aos indivíduos cuja conduta está no topo da hierarquia são dadas recompensas como o reconhecimento da saúde mental, respeitabilidade, legalidade, mobilidade física e social, apoio institucional e benefícios materiais. À medida que o indivíduo desce na escala de condutas sexuais aceitas pela sociedade se veem sujeitos à presunção de enfermidade mental, ausência de respeitabilidade, criminalidade, perda do apoio institucional.

De acordo com o sistema de hierarquia sexual a sexualidade “boa”, “normal”, “natural” também seria idealmente heterossexual, marital, monogâmica, reprodutiva e não comercial. Se daria ainda entre casais da mesma geração, excluindo pornografia, objetos fetichistas, e qualquer outro papel que não o de macho e fêmea. Assim, o sexo que violasse essas regras, como no caso dos homossexuais, seria “mal”, “anormal”, “antinatural” (RUBIN, 1989).

Considerando esta dicotomia “natural x antinatural” podemos construir uma comparação na justiça brasileira entre as uniões homoafetivas e os casos de filiação não biológica.

No campo da filiação tem havido uma valorização dos laços construídos, não biológicos, não naturais. Assim, autores como Paulo Lôbo (2008a, 2008b) argumentam em textos jurídicos que toda paternidade é socioafetiva, tendo ou

não origem biológica. Paternidade biológica e não biológica são espécies do gênero socioafetivo. As adoções cujos filhos, por não serem biológicos, são “filhos do coração”, ganha um status mais elevado. Daí que os pais, mesmo os biológicos, “devem adotar seus filhos”.

É significativo que determinados tipos de filiação ganhem relevo por não serem calcadas no laço biológico, e sim nos afetivos que são os mais relevantes na vida do indivíduo, ao passo que uniões homoafetivas deixem de ser reconhecidas justamente por não se pautarem na ‘natureza’. Ainda existe na nossa legislação e na atuação dos operadores do direito uma forte moral da Igreja para regular as relações de família.

A pesquisa realizada por Rosa Oliveira (2007) com membros dos tribunais de justiça e nos textos de seus acórdãos²⁸ explicita o grande alcance da moral cristã e da noção de família pautada no modelo heterossexual, o que, sugere a autora, pode indicar motivações pautadas no direito natural que justifique o não reconhecimento de outros arranjos familiares.

Oliveira relata o entendimento de desembargadores a respeito da união homoafetiva, dentre os quais é bastante significativa a seguinte fala:

Eu acho que afronta de uma maneira grave o direito natural, no sentido de que ninguém, pelo que eu tenho procurado entender, eu não consigo me convencer de que seja algo natural. Eu não consigo me convencer de que seja algo natural uma eventual relação sexual entre homens, ou mesmo entre mulheres. Isso não me convence. (...) isso é absolutamente antinatural. (...) não é uma relação normal (OLIVEIRA, 2007, p. 142).

A homossexualidade, ainda percebida por muitos como sendo uma prática anormal e antinatural, também tem estado na pauta da defesa dos direitos humanos. Objetivando proteger os indivíduos de discriminações por motivos de raça, sexo, religião, ou orientação sexual têm sido alcançadas algumas conquistas, como a despenalização da homossexualidade dos códigos penais de diversos países e também a sua desmedicalização, com a retirada da homossexualidade da Classificação Internacional das Doenças

²⁸ Decisão proferida em grau de recurso por tribunal coletivo.

(CID). Através da Resolução nº 01/99 o Conselho Federal de Psicologia afasta a possibilidade de tratamento com vistas à cura da homossexualidade (ARAN e CORREA, 2004).

Mello (2005) ressalta que embora médicos e homossexuais comumente sejam vistos como opositores nas lutas acerca das representações sociais da homossexualidade, seus discursos também atuaram como aliados no processo de construção de uma identidade homossexual. Atribuir o estatuto de doença ao desejo e ao comportamento homossexual representou, em fins do século XIX, um grande avanço político, pois protegia parcialmente os amantes da perseguição policial e religiosa.

Os homossexuais aceitaram sua condição supostamente patológica como estratégia política. A ‘aliança’ com médicos visava assegurar a descriminalização das vivências afetivo sexuais. Homossexuais e médicos elaboraram a constituição identitária homossexual. Mas esta aliança não impediu que recorrentemente médicos conduzissem homossexuais para manicômios e prisões, inclusive no Brasil.

A partir da década de 1960 os homossexuais passam a reivindicar uma nova identidade homossexual. A reinvenção da homossexualidade busca se caracterizar como um misto de desejos e não mais um sintoma ou diagnóstico (MELLO, 2005).

O próprio termo homossexualidade veio a substituir o termo homossexualismo, pois o sufixo “ismo” significa doença, ao passo que o sufixo “dade” significa modo de ser.

Costa (1992) utiliza o termo homoerotismo em detrimento de homossexualismo por entender que este último, além da conotação preconceituosa do senso comum, está excessivamente comprometido com a ideologia psiquiátrica que lhe deu origem. Além disso, para o autor os termos “homossexualismo” e “homossexualidade” são teoricamente pobres. Homoerotismo, ao contrário, nos obriga a rever o modo como pensamos a atração pelo mesmo sexo. E, finalmente, o termo homoerotismo não possui a forma substantiva que indica identidade, como no caso de homossexualismo de onde derivou o substantivo homossexual.

No vocabulário jurídico uma expressão que tem se tornado corrente é homoafetividade. A expressão homoafetivo, neologismo cunhado por Maria Berenice Dias no livro “União Homossexual: o preconceito & a justiça” (2001), busca uma alternativa que não reproduza a carga discriminatória apegada ao termo homossexual

Sugerimos aqui que a denominação “uniões homoafetivas” é uma tentativa de igualar, no imaginário popular e jurídico, uma concepção de relação tal como se dá nas relações heterossexuais: indivíduos livres das amarras sociais, mas presos aos ditames do amor. Denominadas como uniões homoafetivas, destaca-se o elemento da afetividade, que se sobrepõe inclusive ao “modo de ser”. O sufixo de “homo” destaca: são uniões “afetivas”.

Se é possível verificar uma maior tolerância da sociedade no que diz respeito à vivência do amor entre homossexuais, muitas vezes se espera que seja vivido e exercido no âmbito privado, isto é, excluídos da proteção e do reconhecimento pelos Códigos Civis (ARAN e CORREA, 2004).

Esta realidade demonstra uma certa aceitação com relação aos casais homossexuais, contanto que isto não coloque em risco os pilares da ordem social vigente do que idealmente constitui a norma, o casal heterossexual reprodutivo. No direito civil, na esfera do reconhecimento público da existência dos laços entre casais homossexuais é que se coloca todo o problema: o que diz respeito à visibilidade.

Os valores associados a uma concepção de família que não abre espaço para a diferença sexual são demonstrados na fala de alguns dos operadores do direito:

Chegou pra mim, mas aí eu me averbo incompetente. (...) Sabe por quê? Porque eu sou juiz de família e a união ainda é de homem e mulher. Tá lá na constituição. Então se eles querem reconhecimento civil da coisa, vai para a vara civil. Como união de fato. E que pode ser entre homem e mulher, dois homens e duas mulheres. E eu acho que eles devem ter realmente os direitos deles garantidos. Claro (...). [Sou] incompetente, porque ali eu não iria tratar de uma união estável. União estável é entre homem e mulher. União estável é aquela que pode ser transformada em um casamento, ela poderia ser transformada em um casamento. Nesse caso deles, não poderia nunca ser transformado em casamento porque não se

permite ainda o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. A união estável, ao meu ver, acompanha [a possibilidade de casamento]. Muito embora alguns juízes, principalmente Rio Grande do Sul, que sempre eles são bem mais... sabe, eles estão sempre mais à frente do que a gente, porque nós pernambucanos também somos muito conservadores, né? Nós somos muito conservadores. (Entrevista juiz@).

Esta fala é elucidativa em diversos aspectos. Inicialmente podemos destacar a estratégia no sentido de invisibilizar as uniões homoafetivas. É sabido que um juiz não pode deixar de sentenciar, de se posicionar sobre as demandas que chegam às varas. Mas se chega a uma vara de família uma demanda como a citada, uma estratégia, utilizada por est@ informante, é de tratar o caso como não sendo de competência²⁹ da mesma. É um primeiro modo de dizer que tais uniões não constituem efetivamente uma família, sequer podendo ser discutida a demanda em varas de família.

Outro aspecto a ser considerado é a afirmação de que não se trata de união estável, porque união estável é entre homem e mulher. Logo, mais uma vez não podemos falar em família. Este é um argumento utilizado por muitos dos que são contrários ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

O artigo 1.723 do Código Civil de 2002 afirma que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Pela Constituição Federal de 1988 no art. 226 §3º “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

O Estatuto das Famílias propõe como entidades familiares tanto a união estável quanto a união homoafetiva. São assim apresentadas:

Art. 63. É reconhecida como entidade familiar a **união estável** entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

²⁹ Faculdade concedida por lei ao juiz ou tribunal para apreciar e julgar certos pleitos ou questões.

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a **união entre duas pessoas de mesmo sexo**, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável. (grifos nossos).

Essas noções de união estável e de união homoafetiva ainda constituem um ponto controvertido do *Estatuto*. Fica o questionamento se união homoafetiva é uma subespécie da união estável, assim como a família monoparental e pluriparental o são em referência à família parental. A questão é se é possível considerar duas espécies de união estável: uma “entre o homem e a mulher” e outra “entre duas pessoas do mesmo sexo”.

Fica então a pergunta do por que de tal distinção. Uma possibilidade diz respeito ao fato de que a Constituição de 1988 define a união estável entre homem e mulher. Mas, nesse caso, talvez o mais adequado fosse uma emenda à Constituição, sendo desnecessário discriminar os casais ao definir união estável. Em última instância fica o questionamento do por que não se propor o casamento civil independente do sexo (ZARIAS, 2008).

Se por um lado há a afirmação de que eles não são uma família, por outro é dito que “*que eles devem ter realmente os direitos deles garantidos. Claro.*” Fica o questionamento de quais são os direitos que tais indivíduos *podem* ter. Essa diferenciação entre o que pode ou não ser considerado família resulta numa negação de cidadania para determinados indivíduos (MELLO, 2006) que é resultado de um *apartheid* sexual (RUBIN, 1989).

Ao falar sobre a possibilidade de casamento entre homossexuais é preciso estar atento, como argumenta Judith Butler, que a concessão por parte do Estado desta prerrogativa intensifica a normalização das relações. A busca do reconhecimento pelo Estado das relações não-heterossexuais acaba configurando-o como detentor de um direito que deveria ser concedido de maneira não discriminatória independente da orientação sexual. Para a autora “*a proposição de que o casamento deva se tornar a única maneira de sancionar ou legitimar a sexualidade significa um conservadorismo inaceitável*” (BUTLER, 2003, p. 231).

O posicionamento de Butler alerta para o fato de existirem riscos políticos na busca do reconhecimento estatal. Se por um lado o

reconhecimento pode resultar em normatização e domesticação, por outro na ausência da lei, está-se refém da interpretação dos juízes. Este é outro aspecto que podemos destacar da fala transcrita acima. Juízes, promotores, advogados “*mais à frente*” encontram na própria Constituição Federal elementos para o reconhecimento das uniões homoafetivas.

Um casal homossexual não pode apelar para a união estável pela lei, porque a lei diz que é entre homem e mulher. Aí o que acontece, vem para um juiz que tem a cabeça mais aberta. Um promotor que pensa um pouco, tem a cabeça mais aberta. O juiz diz: apesar disso a Constituição não diz que todos são iguais perante a lei? Apesar disso, todos não têm direito à felicidade? (Entrevista MP)

A lei não diz que pode. É verdade que não diz que não pode (risos). Ela diz que... Eu tenho que ler bem calmamente todas as letrinhas da lei. Porque tradicionalmente o que é casamento? O que é união estável? União estável é você reconhecer uma situação de fato e dar a ela reconhecimento jurídico de pessoas que vivam como se casadas fossem, sem serem casadas no papel. Desde que não exista impedimento legal. (...) Tem na Constituição dizendo que eu posso reconhecer união estável entre duas pessoas que não sejam homem e mulher? Tem não, na Constituição não tem isso. Também não veda. Para onde eu vou ter que ir? Para os princípios Constitucionais, esse sistema dos princípios, dos pesos... Você vai olhar os princípios constitucionais e vai confrontá-los, vamos dizer que uma determinada situação ela arranhe um princípio e ela esteja amparada por outro princípio constitucional. O que eu vou ter que fazer? Vou ter que ver qual o princípio constitucional é mais importante e aí eu vou ter que decidir à luz daquele princípio. (...) Se eu for dizer hoje, eu vou dizer que à luz do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana é para acolher (o pedido de reconhecimento de união homoafetiva). (Entrevista juiz@).

Se por um lado a Constituição fala em “homem e mulher” ao tratar da união estável, por outro lado os princípios constitucionais servem para amparar as demandas dos casais homossexuais.

Nos dois trechos acima citados são feitas referências à igualdade perante a lei para o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Analisando o tratamento da homossexualidade no ordenamento jurídico brasileiro Roger Raupp Rios se propõe a debater os fundamentos jurídicos da questão. O autor pondera que “*a literatura em geral tende a sacrificar o rigor*

científico pela defesa quase emocional da superação do preconceito, sem contudo desenvolver uma argumentação jurídica mais sólida” (2001, p. 21).

Rios (2001) trata da concretização do princípio da igualdade diante da homossexualidade. O autor argumenta que o direito de igualdade é um princípio jurídico vigente. Sustenta a existência de um princípio geral de não discriminação por orientação sexual como concretização do princípio jurídico da igualdade.

Ele explica que o direito brasileiro compreende o princípio da igualdade com uma dupla dimensão, a saber: formal e material. No nosso direito constitucional positivo este princípio se apresenta pela simultânea afirmação da “igualdade perante a lei” e da “igualdade na lei”. Tais expressões contêm distintas e complementares compreensões do direito de igualdade e conjuntamente possibilitam o entendimento deste princípio.

A igualdade formal é a igualdade diante da lei, que impõe a aplicação igual da norma jurídica independentemente das diferenças e semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas. Assim, significa o mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual.

O princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos, vale dizer, mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito. (...) A igualdade perante a lei – como já visto – só alcançará a universalidade do direito mediante a ruptura do modelo abstrato do sujeito de direito como pessoa heterossexual. Ao invés da cristalização da “normalidade heterossexual” revelada tanto na invocação de “direitos homossexuais” como no apelo ao “direito à diferença”, é necessário afirmar o “direito à indiferença”, pelo respeito às diversas modalidades de orientação sexual, todas sob o pálio de uma mesma regulação geral (RIOS, 2001, p. 70).

Já a igualdade material, ou igualdade na lei, impõe a igualdade de tratamento nos casos iguais, bem como a diferenciação em face de hipóteses distintas. Assim, *“a igualdade na lei, ao atentar para as inúmeras e multifacetadas diferenças existentes entre as pessoas e situações, objetiva*

reconhecê-las e a elas empregar desigual consideração jurídica na proporção destas distinções” (RIOS, 2001, p. 75).

Apenas quando há razão suficiente para justificar o tratamento desigual é que não haverá violação do princípio da igualdade. É lícito tratamento desigual sempre que o mesmo não se revele arbitrário.

Nesse sentido, podemos argumentar com relação ao trecho de entrevista anteriormente citado “*Chegou pra mim, mas aí eu me averbo incompetente*”, que, mais do que um apego à lei, “*porque eu sou juiz de família e a união ainda é de homem e mulher, tá lá na Constituição*”, é demonstrado um quê de arbitrariedade ao reconhecer que “*nós somos muito conservadores*”.

Como argumenta Norbert Elias, os integrantes de grupos mais poderosos se autorrepresentam como humanamente superiores, buscam repelir a ameaça à superioridade de poder. A estigmatização dos *outsiders* é uma ferramenta de construção identitária dos opressores (ELIAS e SCOTSON, 2000).

Para Raupp Rios (2001), se o princípio da igualdade revela-se de indiscutível importância e grande repercussão para as questões jurídicas envolvendo as uniões entre pessoas do mesmo sexo, também é fundamental a proteção jurídica da dignidade humana nesses domínios.

Para o autor a relação entre proteção da dignidade humana e orientação sexual homossexual é direta.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, aliás, é elemento central na socialidade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito, que promete aos indivíduos, muito mais que abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades. (RIOS, 2001, p. 91).

A partir da década de 1990 começam a surgir importantes precedentes jurisprudenciais concernentes ao direito de casais do mesmo sexo (RIOS, 2001). Apesar de não haver consenso é possível afirmar que os Tribunais brasileiros em graus diferenciados, têm reconhecido que uniões entre pessoas do mesmo sexo podem configurar uniões estáveis, desde que satisfeitos os requisitos previstos em lei. Tais requisitos se encontram no artigo 1.723 do

Código Civil acima transcrito, a saber: “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (LOREA, 2006).

Se demandas de casais homoafetivos têm chegado à justiça e às varas de família, cabe observar como tem se configurado tais casos. Dito em outras palavras, analisaremos agora as demandas mais comuns de casais homossexuais, no que diz respeito à constituição de famílias que encontramos no decorrer da nossa pesquisa.

6.2.1 – ATÉ QUE A MORTE OS SEPARE

A epidemia da AIDS foi um dos elementos que contribuíram para a emergência da discussão da homossexualidade na esfera pública. De início um dos grandes pontos relacionados à AIDS e homossexualidade referia-se à necessidade de desconstruir a representação da doença como sendo uma “peste gay”. Tal associação colaborou para reacender preconceitos contra os homossexuais.

No início da década de 1980, antes da eclosão da epidemia da AIDS, alguns movimentos sociais associavam a homossexualidade a uma forma de socialização “libertária”, uma alternativa à sexualidade moldada pela sociedade patriarcal e heterossexual. A partir dos anos de 1990, ganha evidência a questão da conjugalidade, sobretudo ao considerar o direito patrimonial, pois a sociedade passou a perceber a inegável injustiça para com aqueles que, ao perderem seus companheiros, não tiveram acesso aos bens adquiridos com esforço mútuo, foram expulsos de suas moradias e excluídos da participação na herança (ARAN e CORREA, 2004).

Mello (2005) explica que à época da votação do projeto apresentado por Marta Suplicy o argumento principal para a aprovação apontava em duas direções principais, a saber: o fato de se “legalizar o que já existe” e “amparar os homossexuais que perderam seus parceiros”. A própria deputada argumenta que a legalização da união civil

Torna possível a reparação de notórias injustiças, como os casos em que o parceiro morre e seu companheiro ou companheira do mesmo sexo é excluído(a) de qualquer participação em um patrimônio que também é seu, pois ajudou a construí-lo, em decorrência de vários anos de convivência. (Marta Suplicy citada por MELLO, 2005, p. 58).

O relator, o então deputado Roberto Jefferson (PTB - RJ), esclarece que o projeto possibilitará a solução de problemas práticos, financeiros.

A fala a seguir faz referência à injustiça que muitas vezes ocorria após a morte de um dos companheiros.

Conheci um casal de homossexual de mulheres (...). Sempre compravam... Naquela época que telefone era muito caro elas tinham vários telefones no nome delas. Apartamento compraram. Quando uma delas adoeceu... a família aceitava, todo mundo aceitava. Quando uma delas adoeceu, e morreu, a família expurgou a outra, não quis... expulsou ela do apartamento que tava no nome da outra. Então isso é injusto, isso é injustiça, isso não é justiça. Tem que ser reconhecido aquilo como uma união de fato entre duas pessoas que se juntaram com o propósito de adquirir bens, adquiriram bens porque viveram juntas estavam ali participando... ...o salário de uma participava para a compra desses bens. Então esse é o caso. É justíssimo que se dividam os bens. Mas vendo por outro prisma, civil, e não pelo ângulo do direito de família. (Entrevista juiz@).

Assim, é possível afirmar que o direito ao patrimônio comum se constituiu como um primeiro motivo para o reconhecimento na justiça das uniões homoafetivas. Inicialmente aceita como união de fato, como também eram consideradas as uniões entre homens e mulheres não casados, que hoje é tutelada como união estável.

Luiz Mello (2005) lembra ainda que à época do Projeto nº 1.151/95 o debate não fazia alusão à dimensão amorosa dos envolvidos.

Mas se o amor é uma ausência onipresente tanto na justificação do projeto quanto no parecer do relator, a referência ao conhecimento científico de que homossexualidade e heterossexualidade não devem ser pensadas a partir do binômio saúde-doença, mas como “manifestações do ser humano”, é argumento central na defesa

da legitimidade das uniões entre pessoas do mesmo sexo (MELLO, 2005, p. 71).

No debate as relações não são caracterizadas como fundadas no amor conjugal. Apenas de forma implícita se dava a entender esta dimensão, com analogias aos casais heterossexuais e por meio de referências aos benefícios emocionais decorrentes da união para os sujeitos envolvidos.

Entretanto, foi se tornando notório que não se trata simplesmente de uma união de fato, pois envolve aspectos pessoais, não é simplesmente uma empresa.

Afeto é uma palavra que não tá lá no livrinho, como diz a história. Não tá na Constituição Federal, nem tá no Código Civil, isso é muito mais uma orientação doutrinária. Tudo isso decorre da natureza dessa sociedade que é o casamento, a união estável, a união homoafetiva. Porque elas são sociedades que envolvem dois aspectos, diferentemente de outras sociedades. Uma sociedade comercial, uma sociedade empresarial envolve somente o aspecto patrimonial. O que você quer dessa sociedade, é resultado patrimonial. Essas outras sociedades (casamento, a união estável, a união homoafetiva), não, elas envolvem patrimônio, ou pode nem envolver patrimônio, mas envolve afeto (Entrevista juiz@).

O reconhecimento de que se trata de relações de afeto fundamenta a inclusão de demandas judiciais de casais formados por pessoas do mesmo sexo nas varas de família. Este entendimento de que não é possível considerar uniões homoafetivas simplesmente como sociedades de fato, comerciais, é encontrado em algumas decisões:

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAIS HETEROSSEXUAIS. AGRAVO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999).

RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. Mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da união estável entre as partes, homossexuais, se extrai da prova contida nos autos, forma cristalina, que entre as litigantes existiu por quase dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envolvimento emocionais, numa convivência more uxoria, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a partilha dos bens mera consequência. Exclui-se da partilha, contudo, os valores provenientes do FGTS da ré utilizados para a compra do imóvel, vez que "frutos civis", e, portanto, comunicáveis. Precedentes. Preliminar de não conhecimento do apelo rejeitada. Apelação parcialmente provida, por maioria. (Segredo de Justiça) (Apelação Cível Nº 70007243140, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/11/2003).

SOCIEDADE DE FATO. UNIÃO ENTRE HOMOSSEXUAIS. NULIDADE DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAMÍLIA. Segundo orientação jurisprudencial dominante nesta corte, as questões que envolvem uniões homossexuais devem ser julgadas nas Varas de Família, razão pela qual, deve ser desconstituída a sentença. É que a competência em razão da matéria é absoluta e a sentença prolatada por juiz incompetente é nula. Sentença desconstituída. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70010649440, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/03/2005).

Rios (2001) utiliza um exemplo simples para ilustrar a diferença radical entre sociedade de fato e uma união. Numa internação hospitalar o “parceiro de negócio” visita, ao passo que o companheiro acompanha. Ele argumenta então sobre a inadequação de se reduzir toda a carga afetiva a uma simples consequência patrimonial.

Apesar de, em diversos casos, se passar a reconhecer que deve ser tratado nas varas de família, os pedidos de reconhecimento de uniões entre homossexuais que têm chegado às varas, na maioria dos casos, se dá quando uma das partes já faleceu. O reconhecimento da conjugalidade é um requisito para o acesso a direitos patrimoniais.

Chama a atenção o paradoxo que o reconhecimento como família se dá justamente quando não existem mais todos os membros da família. A frase típica proferida em casamentos religiosos “até que a morte os separe” parece

estar invertida nos casos de uniões homoafetivas. É a morte o que une na esfera da justiça. É após a morte que se dá o reconhecimento.

Aqui eu tenho dois casos de reconhecimento de união afetiva por homossexuais, mas ainda estão em tramitação. E me parece, um tenho certeza, um dos conviventes é falecido, me parece que o outro [processo] também é falecido. São familiares respondendo pela parte ré. (...) Compartilhavam afetos, compartilhavam patrimônio, compartilhavam tristezas e alegrias. Enfim, tudo um casal compartilha [ficando provada a convivência] a tendência é o reconhecimento [da união]. (Entrevista juiz@)

A gente tem um processo de dois homens querendo a declaração de companheirismo, mas eu não sei dizer em que pé tá. Porque um deles já havia morrido aí a família dele teria que ser citada. (Entrevista MP)

E nesse reconhecimento, reforçamos, o aspecto patrimonial tem um lugar importante. Não é indiferente que tenha sido o direito previdenciário um dos primeiros a reconhecer o direito dos casais homoafetivos, incluindo no rol de dependentes o companheiro homossexual.

O reconhecimento da conjugalidade de casais homossexuais tem se dado, em muitos casos, numa situação de morte de uma das partes quando precisam ser discutidos aspectos patrimoniais. Apesar de a unidade familiar não estar mais completa, tem sido exigido dos profissionais do campo jurídico um posicionamento sobre tais arranjos. Aquele arranjo constitui *entidade familiar*, e merece proteção por parte do Estado.

No decorrer da pesquisa de campo encontramos apenas um relato de pedido de reconhecimento união homoafetiva.

Petição de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Que se chama união homoafetiva. Que hoje já é uma realidade. (...) Para mim é uma satisfação, das pessoas que necessitam e tem o direito. Hoje é um direito. Eu não estou falando de direito religioso porque aqui não se trata disso. Eu sou um@ técnic@ também, e como técnic@, é reconhecido. Já existe. Inclusive no estado do Rio Grande do Sul, no estado de Goiás isso já é comum. Chama-se a ação “ação declaratória de reconhecimento de união estável homoafetiva”, é a minha primeira experiência nisso. (Entrevista advogad@).

Nesta fala ao referir-se ao direito dos casais homoafetivos há a ênfase no campo do direito e da esfera religiosa como espaços distintos. Trata-se, no entendimento d@ informante, de um direito que não pode ser negado, pois estamos diante do fato de que as pessoas constroem uma vida em comum. Na continuidade da conversa é explicitada a motivação do casal para o pedido na esfera judicial

Porque faz mais de 9 anos que elas vivem juntas. Elas vivem juntas, constituíram bens, imóveis, etc. Ambas trabalham e querem legalizar. O que é mais interessante nisso é que uma despertou o interesse em ser mãe. Com o consentimento da outra. Agora o grande problema. Quem será o pai? Correram em busca de um amigo também homossexual, pediram para ele doar [o esperma] e ele doou. Nasceu uma neném linda. Aí a outra disse, agora sou eu. Aí fez com o mesmo doador. Elas têm duas filhas, cada uma tem uma, com o mesmo doador. Nunca houve junção carnal entre eles. Em laboratório. As meninas tão com 3 anos. Por que não reconhecer? Depois que eu conseguir o reconhecimento... aí já existe também jurisprudência... Eu vou correr atrás da adoção. Constar no registro civil de cada uma o nome da outra. E eu vou conseguir, com certeza. (Entrevista advogad@).

Tais situações passam a servir de parâmetro para outros casos e também trazem à arena do debate outros aspectos da conjugalidade. Se estamos falando de entidade familiar é possível falar também de filiação?

6.2.1 – CRESCEI E MULTIPLICAÍ

Scott ressalta que as brigas para a afirmação da cidadania, através do judiciário, por parte de casais homossexuais têm se dado pela reivindicação do direito de herdar como cônjuge, mas também pelo direito de criar filhos.

É interessante que a condição que mais conclama para reconhecer a importância da conjugalidade seja o direito de se constituir como família de acordo com o carimbo identificador de reprodução – ou seja, não é como casais sem filhos, e sim como pais/mães que sabem criar e educar filhos, que o arranjo domiciliar dos homossexuais ganha visibilidade (SCOTT, 2001, p.109).

O surgimento de famílias formadas por homossexuais e seus filhos trazem novas demandas que necessitam ser enfrentadas. Zambrano (2006) destaca que algumas certezas necessitam ser desconstruídas tanto no campo antropológico quanto no do direito.

Para a antropologia essa parentalidade atinge um dos campos de estudo mais tradicionais da disciplina, o da família e do parentesco. Já o direito se depara com a necessidade de acompanhar essas configurações de conjugalidade e filiação sob o risco de deixar situações vividas à margem da proteção do Estado.

Zambrano (2006) argumenta que nas sociedades contemporâneas a condenação da homossexualidade ainda é fruto da lei religiosa que impõe uma "sacralidade", baseada numa ordem natural das relações entre os sexos. Esse tom religioso se reflete também nas áreas do saber. Na antropologia essa necessária diferença entre os sexos aparece, por exemplo, no pensamento estruturalista de Lévi-Strauss com a proibição do incesto e a "troca de mulheres". No direito é ainda muito presente a influência religiosa. Zambrano lembra que depois da Igreja o código napoleônico manteve o caráter "sagrado" decorrente da "natureza" entre aliança e filiação, com a afirmação de que o pai é o marido da mãe.

A filiação é vista como algo natural da união formada por um casal. Em decorrência disto a infertilidade torna-se uma condição estigmatizante para casais heterossexuais. Não é incomum que tal situação gere comentários por parte de outras pessoas chegando a atingir o plano físico-moral dos indivíduos estéreis. Referências bíblicas como da "figueira" e da "árvore seca" são utilizadas para designar tais indivíduos. Nestes casos não se pode cumprir os preceitos do "crescei e multiplicai".

O simbolismo da figueira relacionado com a construção da identidade de estéril diz respeito a uma natureza sem vida. Por ser ruim, a árvore não produz frutos. Do mesmo modo o indivíduo estéril estaria num patamar inferior aos que podem gerar filhos (LUNA, 2004).

Jurandir Freire Costa (1999) argumenta que, segundo o movimento higienista, o homem deveria ser pai. A homossexualidade deveria ser punida,

sobretudo a masculina, pois a feminina era menos detectada ou percebida pela consciência social. O modelo médico do homem-pai condenou severamente os libertinos, celibatários e homossexuais. Todos eram anti-homens, desertores da obrigação de ser pai, mas a homossexualidade era o mais grave.

O libertino era mau pai, pois não arcava adequadamente com seu papel, mas não se recusava a sê-lo. O celibatário era de mais gravidade, pois fugia às suas obrigações. Mas o crime maior era daquele que negava a vocação natural do homem para ser pai, o homossexual. Este era execrado, pois sua existência negava a função paterna, supostamente universal.

No caso das uniões homoafetivas o casal não possui capacidade procriativa (no sentido biológico), apesar de individualmente seus componentes poderem tê-la. Mas isto não significa que tais casais não terão filhos. Nos deparamos então com a relativa novidade da associação entre homossexualidade e paternidade / maternidade (TARNOVSKI, 2003).

Famílias monoparentais com a mãe lésbica ou o pai gay e as famílias formadas por casais homossexuais que criam filhos têm sido denominadas pelo termo homoparentalidade, seguindo uma nomenclatura francesa. Entretanto, a expressão "família homoparental" tem sido questionada, uma vez que enfatiza a "orientação sexual" (homoerótica) dos pais/mães e a associa ao cuidado dos filhos (parentalidade). Os estudos sobre homoparentalidade buscam desfazer tal relação demonstrando que homossexuais podem ser ou não bons pais/mães, da mesma forma como os heterossexuais (GARCIA et. al, 2007; ZAMBRANO, 2006)

O exercício da parentalidade por homossexuais pode ocorrer de quatro formas principais. O primeiro modo é por filhos havidos em uma ligação heterossexual anterior. Após o rompimento da união um dos parceiros pode passar a se relacionar com uma pessoa do mesmo sexo formando uma nova família. Neste caso seria um tipo de família recomposta, com a particularidade do contexto homoparental (ZAMBRANO, 2006; GROSSI, 2003).

Um segundo modo é a busca de filhos pelo uso de novas tecnologias reprodutivas, possibilitando o nascimento de filhos biológicos. As mulheres lésbicas podem recorrer a um doador conhecido ou a um banco de esperma.

Os *gays* que quiserem filho biológico sem relação sexual, necessitam de uma mulher que geste a criança.

Outro modo se dá pela adoção. A adoção pode ocorrer pelos meios legais ou de maneira informal. Em muitos casos a adoção legal por homossexuais é buscada individualmente. Nesta hipótese a condição de homossexual ganha menos relevo, pois um indivíduo sozinho pode adotar no Brasil. Para o mundo jurídico o grande nó se dá com a busca da adoção por casais homossexuais.

A quarta possibilidade é a co-parentalidade, em que os cuidados cotidianos são exercidos de forma conjunta e igualitária pelos parceiros, podendo aparecer nas formas de acesso citadas anteriormente. Assim, cabe a observação de que parentalidade não é sinônimo de parentesco e filiação, pois pode ser exercida por pessoa sem vínculo legal ou de consanguinidade com a criança, isto ocorre, por exemplo, nas famílias recompostas, em que o novo cônjuge do pai ou da mãe participa da criação do filho (ZAMBRANO, 2006; GROSSI, 2003).

O judiciário brasileiro não incide da mesma maneira sobre as diferentes possibilidades de existência de famílias homoparentais. Quando se trata do pedido de adoção legal por casais homoafetivos vem à tona uma série de debates.

Muitas vezes a homossexualidade aparece associada à transgressão tornando o lar um ambiente inadequado para o cuidado com as crianças.

Porque ainda vejo assim que é muito prejudicial o relacionamento homossexual. São poucos, eu lhe digo com certeza, são poucos os homossexuais que eu conheço que são casados, e que vivem um para o outro. Porque a maioria... eles são muito desorganizados na vida, eles traem muito, boa parte, a maioria deles, eles não são fiéis. Então veja, eu sei, é certo que o homem e a mulher também podem se separar o casal. Mas, num caso desses, de homossexual, adota uma criança, a criança cresce naquele meio. Eu não sei o que é que a criança vai entender como mãe e como pai, qual o sentimento que vai ter de mãe e de pai, não é? Eu acho muito complicado, sinceramente. Eu não vejo uma coisa muito... Eu acho que é prejudicial pra criança, eu acredito que seja. (Entrevista juiz@).

A noção de promiscuidade à primeira vista tem um estatuto descritivo, dizendo respeito ao quantitativo de parceiros sexuais. Mas extrapolando essa utilização muitas vezes serve para caracterizar "o homossexual" com uma carga semântica extremamente negativa. O número de parceiros necessário para identificar um indivíduo como promíscuo é algo absolutamente arbitrário. Fazendo referência a homens heterossexuais, a elevação dessa quantidade é encorajada e, via de regra, é tratada como "experiência" e não como "promiscuidade". Aplicada ao homossexual, a conotação negativa extrapola a avaliação quantitativa e aparece relacionada com noções de perigo e risco (TARNOVSKI, 2003).

Na fala acima é destacada a ideia de promiscuidade, *“são poucos os homossexuais que eu conheço que são casados, e que vivem um para o outro. Porque a maioria... eles são muito desorganizados na vida, eles traem muito”*. Decorre daí uma incapacidade para cuidar de uma criança. Mas vai mais além, remontando às noções psicanalíticas da necessidade de haver um pai e uma mãe para o adequado desenvolvimento infantil.

A polêmica sobre a necessidade de uma figura masculina e uma feminina desperta acalorados debates. Na palestra sobre união homoafetiva realizada para os estudantes de direito da UFPE este foi o ponto de maior questionamento.

Na sua apresentação a psicóloga aborda a adoção por casais homossexuais. Faz referência à adoção ocorrida em Pernambuco. Ela lembra que o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – inverte o foco da adoção. É preciso dar uma família para uma criança que não tem. E não o inverso, uma criança para uma família. Ela questiona o que é família e afirma que é preciso situar o conceito de família. Ela argumenta que ser pai ou mãe é uma função. É um lugar que se ocupa para que o sujeito possa se constituir. “O que é família? Implica funções. Não é o homem ou mulher, é uma questão de posição.” No momento do debate uma aluna a questiona. “Função de pai e mãe não está ligada a gênero, como é isso?”. A pergunta da aluna se dá num tom de oposição aos argumentos da psicóloga. Ela lembra que todo mundo lá tem um pai e uma mãe, como é possível falar que o que importa são as funções? A pergunta da aluna foi fortemente aplaudida (Diário de campo).

No final da palestra um dos professores de direito e também advogado de direito de família que a assistia sai indignado com os argumentos em prol da adoção por homossexuais. Conversando com um aluno: *“Ela (a psicóloga) pode falar das psicologias dela. Não de direito, porque de direito ela não entende nada.”*

A preocupação das consequências para a criança aparece nos discursos. Como será a convivência na sociedade.

Porque o que é que ele vai ver em toda a maioria da vida dele, no colégio onde ele estuda, ele vai ver que todo mundo tem um pai e que tem uma mãe, não é? Ele vai começar a frequentar uma igreja ele vai ver lá o que é que diz, homem e mulher que são casados, não é? A própria Constituição só fala ainda hoje só de homem e de mulher como família. Então eu não sei o que pode dar na cabeça de uma criança dessas. Isso não quer dizer que... Não, porque eu achava... Porque é bem melhor que seja criado por um casal homossexual do que ficar na rua. Claro, é muito melhor. Se fosse entre a opção de deixar a criança na rua e ser criado por homossexual é melhor ser criado por um homossexual, desde que a criança não esteja em risco... O risco da rua é muito pior pra ela, não é? (Entrevista juiz@).

Eu penso que para o casal homossexual que quer registrar uma criança seria fantástico. Mas eu penso também nessa criança na escola, em qualquer lugar onde esta sendo exposto. Eu penso também nesse constrangimento. Eu não tenho certeza, eu tenho dúvidas. A mesma situação é das crianças que estão sendo adotadas por casais homossexuais. Do ponto de vista do casal que já é adulto, já é maduro tudo bem resolvido. Agora do ponto de vista da criança não está. (Entrevista juiz@).

Fica demonstrada nas falas a noção de que a adoção por homossexuais representa um risco e pode trazer consequências negativas na socialização das crianças. A adoção seria uma opção melhor do que deixar a criança na rua, mas não a “melhor” opção para a criança.

No estudo realizado por Uziel sobre a possibilidade de adoção quando o requerente é homossexual, ela constata que

Na comarca pesquisada, a adoção por homossexuais gera muito mais indagações do que pareceres desfavoráveis. No entanto, a dificuldade de lidar com essa situação aparece como

a do outro: a sociedade que não aceita, o risco do que pode provocar na criança (UZIEL, 2007, p.117).

Apesar dos receios dos profissionais do direito e também de uma parcela da população, tem crescido o número de famílias homoparentais. O caso da cantora Cássia Eller foi paradigmático na sociedade brasileira sobre esta questão. Cássia Eller morreu no final do ano de 2001. Cantora famosa e assumidamente lésbica vivia em conjugalidade com sua companheira Maria Eugênia.

Com a morte da Cássia teve início um debate sobre o destino de Chicão, seu filho, com 8 anos na época. A disputa pela tutela do menino se deu entre o avô materno da criança e a companheira de Cássia Eller, Maria Eugênia. O pai da criança era também falecido. O foco da discussão foi colocado no direito da criança, no direito de Chicão ficar sob a guarda da pessoa que sempre cuidou dele. Embora tenha havido acordo, o caso contribuiu para a visibilidade das famílias homoparentais. Vale ressaltar que pelo direito brasileiro Maria Eugênia não teria a prerrogativa, uma vez que não era a mãe biológica, nem tinha vínculo legal com a criança. Rodrigo da Cunha Pereira (2004b) lembra que foram considerados os vínculos afetivos e familiares.

Num caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi assegurado pela Justiça o direito de visita a uma mulher depois da dissolução da união com sua companheira. As duas mulheres viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos e no oitavo ano tiveram um filho gerado por fertilização *in vitro* com espermatozoides doados por um amigo. No registro da criança consta apenas o nome da mãe biológica. A afetividade é enfatizada desde a ementa da decisão.

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS.

Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do

filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas.

Agravo desprovido. (TJMG Agravo de instrumento Nº 70018249631, Comarca de Porto Alegre 11/04/2007).

Fica comprovado no voto que o afeto legitima o direito de ser reconhecida como mãe. Neste recurso, no qual foi mantido por unanimidade o direito de visitas, mostra-se a possibilidade da maternidade de uma mulher que não tem laços biológicos com o filho, nem o tem formalmente por adoção.

Evidenciada está também a colaboração da recorrida, na formação psíquica do menino e, embora não sendo a mãe biológica, é sua mãe afetiva, estado de filiação que vem sendo prestigiado cada vez mais pela Justiça. (...) Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso ser assegurado o direito de visitação, sendo este um direito do filho (TJMG Agravo de instrumento Nº 70018249631, Comarca de Porto Alegre 11/04/2007).

Consideramos que casos como estes apresentados embora procurem assegurar o interesse da criança, também contribuem para o reconhecimento das uniões homoafetivas e da homoparentalidade.

Com relação à adoção por homossexuais, em Pernambuco em 2008 foi concedida a primeira adoção a um casal homoafetivo. O casal gay do Rio Grande do Norte entrou com o processo em Recife e adotou duas irmãs. A notícia foi amplamente divulgada no estado. Numa das reportagens³⁰ o juiz que concedeu a adoção afirma que *"Não estou reconhecendo a união civil dessas duas pessoas, estou dizendo que elas constituem uma família afetiva capaz de exercer o poder familiar, dar guarda, sustento e educação."*

Embora o juiz procure se abster de tratar de união civil, reconhece no casal os elementos de uma família, que pode adequadamente cuidar, manter e educar crianças. Neste caso houve parecer favorável do setor psicossocial e do Ministério Público, que não recorreu da decisão.

No ano de 2009 o Superior Tribunal de Justiça se posicionou sobre a questão dando uma decisão favorável à adoção homoafetiva. A adoção tinha sido deferida em primeira e em segunda instâncias, mas o Ministério Público

³⁰ "Justiça autoriza casal gay a adotar irmãs em Recife". Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u454642.shtml>

recorreu em ambas alegando que a união homossexual é apenas sociedade de fato.

Uma das mulheres havia adotado as duas crianças ainda bebês. Vivendo em união homoafetiva desde 1998 a companheira entrou com o pedido de adoção por ter melhor condição social e financeira, sendo possível dar mais garantias e benefícios às crianças, como plano de saúde e pensão em caso de separação ou falecimento³¹.

A decisão considerou o melhor interesse da criança³² e que, além dos estudos não indicarem inconveniência em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, importa mais a qualidade do vínculo e do afeto no meio familiar em que serão inseridas.

6.3 – FINALIZANDO...

Compreendemos que a maior abertura do campo jurídico para o reconhecimento das relações de afeto existentes tem contribuído para a legitimação de novas possibilidades de arranjos familiares. Com relação à conjugalidade é relevante a consideração do princípio da igualdade.

Embora as mudanças não se deem de forma equânime quando consideramos os arranjos heterossexuais e homossexuais. Para os primeiros temos visto mudanças na esfera legislativa, como o reconhecimento da união estável.

³¹ “STJ mantém adoção de crianças por casal homossexual” Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96931

³² A possibilidade de adoção de crianças por casais homossexuais mais uma vez nos remete à ambivalência do “melhor interesse da criança”. Em alguns casos este é o argumento favorável. Por outro lado, como destaca Rios, vozes contrárias a esta possibilidade de adoção afirmam que esta situação seria desfavorável às crianças. Em nome do princípio da proteção integral da criança deve ser proibida a adoção dos homossexuais. Para o autor quando a questão é posta nestes termos temos uma aparente colisão de princípios: a preocupação com a guarda dos interesses da criança e a proibição de discriminação por orientação sexual. O autor argumenta que o princípio da igualdade exige que homossexuais e heterossexuais tenham avaliadas objetivamente as condições que oferecem para a desenvolvimento da criança. Para tanto, não deve ser considerada por si só, nem isoladamente, a orientação sexual do adotante (RIOS, 2001).

No caso das famílias formadas por casais heterossexuais uma grande mudança ocorrida diz respeito à possibilidade de divórcios. A ênfase na qualidade dos relacionamentos e que os mesmos só devem ser mantidos enquanto houver relações de afeto entre os conviventes justifica que o processo de divórcio tenha sido simplificado no Brasil.

As uniões heterossexuais e homoafetivas seguem um caminho que apresenta semelhanças e diferenças. As chamadas uniões de concubinato puro (que não havia impedimento para o casamento) começaram a ser reconhecidas como sociedade de fato até alçarem a proteção constitucional explicitamente como entidade familiar. São as atuais uniões estáveis.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo passaram a ser também reconhecidas como sociedade de fato e atualmente têm passado a ser matéria das varas de família.

Quando a comparação se dá considerando o casamento as uniões hetero e homoafetivas parecem seguir o caminho diametralmente oposto para o reconhecimento do afeto. As primeiras buscando o direito de desfazer os vínculos, já as segundas, de tê-los reconhecidos.

No caso das uniões homoafetivas, embora haja ainda um entrave legislativo e, em decorrência disto, uma maior vulnerabilidade aos entendimentos e valores dos profissionais do campo jurídico, não podemos deixar de considerar as conquistas alcançadas na esfera do judiciário, ainda incipientes, é verdade, mas não irrelevantes.

Capítulo 7

HISTÓRIAS DE FAMÍLIA: MUDANÇA E CONTINUIDADE

Neste capítulo iremos refletir a respeito de histórias de família que se desenrolam em processos judiciais. Analisaremos três processos que nos ajudam a problematizar as noções de família biogenética e família escolhida buscando demonstrar as aberturas e os percalços no caminho de uma efetiva ampliação das possibilidades de arranjos familiares existentes no âmbito do direito. Os processos abordam sucessivamente as seguintes situações: a) a adoção por um casal homossexual; b) o reconhecimento de união estável homoafetiva; c) a adoção de uma criança pelo tio materno.

7.1 – RUPTURAS E CONTINUIDADE

No decorrer da pesquisa de campo foi possível perceber que há por parte dos profissionais do direito uma valorização dos princípios aplicáveis ao direito de família. Os princípios constituem uma ferramenta que possibilita a fundamentação das decisões em processos cujos pedidos não têm uma previsão legal explícita.

O alcance e aplicabilidade do *princípio da afetividade* variam dentre os profissionais, entretanto podemos afirmar que a situação por excelência na qual se reconhece a predominância da afetividade é a adoção. É neste instituto que se torna mais explícita a dimensão da escolha em detrimento da vinculação biológica dos indivíduos.

Afunilando ainda mais a análise, podemos constatar que é no caso da adoção à brasileira a situação mais consensual em que os profissionais reconhecem que deve prevalecer a dimensão da escolha e o reconhecimento da afetividade, isto é, se optou por registrar tal criança, escolheu a identidade de pai e isto deve ser mantido.

Dois aspectos merecem então destaque: o primeiro é o reconhecimento da validade da adoção à brasileira como uma das formas de concretizar o

princípio do melhor interesse da criança, conceito aberto, mas que permeia o cotidiano dos profissionais do direito.

O segundo aspecto a ser considerado é que nos casos de adoção à brasileira houve uma ação concreta do indivíduo, registrar a criança, que gera um compromisso corporificado num documento, a certidão de nascimento. Tal situação demonstra a dificuldade em dar validade jurídica à afetividade se não houver a consolidação em algo palpável, concreto.

O paradoxo do caso da adoção à brasileira é que se reconhece a existência de laços de afetividade que devem ser perpetuados justamente quando, via de regra, uma das partes, geralmente o pai registral, quer desconstituir o laço.

Se o judiciário é a instância de poder capaz de deliberar sobre a vida das pessoas, diante de situações não definidas em lei a presença de profissionais do setor psicossocial ajuda na tomada de decisões. Temos então nos litígios de direito de família uma espécie *terceirização da responsabilidade pelos campos mais subjetivos*. É o saber técnico detentor de conhecimentos sobre a família que deve opinar.

Um grande desafio para o judiciário tem sido a constatação da incerteza que perpassa definições sobre relações de parentesco. Assim, os três processos que serão analisados aqui foram escolhidos por serem *pontos de fragilidade nas definições fixas de parentesco*. O campo jurídico, que tradicionalmente recorria a respostas precisas para a definição das relações, com a utilização de presunções e mais recentemente do DNA, tem sido forçado a encarar situações que contestam visões naturalizantes do parentesco. Nas palavras de um informante “*nem sempre as coisas são tão lineares, às vezes são bastante complexas*”.

Os três processos aqui analisados têm em comum o fato de que se tratam de casos inéditos no estado de Pernambuco. Considerando que as decisões judiciais servem de referência para decisões posteriores, é pertinente recorrer aos argumentos de Marshall Sahlins que afirma que “*a cultura é alterada historicamente na ação*” (1999, p.7).

Para Sahlins existe uma interação dual entre a ordem cultural como é constituída na sociedade e como é vivenciada pelas pessoas: a estrutura como convenção e na ação, como virtualidade e como realidade. Pois,

Os homens em seus projetos práticos e em seus arranjos sociais, informados por significados de coisas e de pessoas, submetem as categorias culturais a riscos empíricos. Na medida em que o simbólico é, deste modo, pragmático, o sistema é, no tempo, a síntese da reprodução e da variação. (SAHLINS, 1999, p.9).

As pessoas agem a partir de perspectivas diferentes e com poderes sociais diversos buscando a objetivação de suas interpretações. Chegam, portanto, a diferentes conclusões e as sociedades elaboram consensos cada qual à sua maneira. Os indivíduos possuem perspectivas diversas porque estão situados no contexto social de maneiras distintas, com interesses também diferentes que são culturalmente construídos.

Como, para Sahlins, a estrutura é modificada na ação, ele sugere a possibilidade que as relações entre as formas sociais e os atos apropriados sejam reversíveis e não apenas o comportamento dos grupos envolvidos derivando de uma situação preexistente. Ele utiliza na discussão suas formulações sobre as estruturas “performativas” e “prescritivas”. As estruturas performativas e prescritivas são tipos ideais, ambas podem ser encontradas na mesma sociedade (SAHLINS, 1999).

Para Sahlins a discussão entre as estruturas performativas e prescritivas refere-se às relações e os atos apropriados. O autor considera a possibilidade da reversibilidade de tais relações. As pessoas podem agir num modelo prescritivo, no qual os acontecimentos são valorizados por sua similaridade com o sistema constituído. Mas é possível também que a ação se dê sobre os arranjos, para reconstruir suas condições sociais. A ação pode criar a relação adequada performativamente. Assim, o autor nos ajuda a refletir, no nosso contexto, como a performatividade constrói os laços.

Sahlins recorre ao exemplo havaiano para demonstrar que a intercambialidade entre o ser e a prática depende das comunidades de significação. Ele relata que no Havaí morar em e alimentar-se de uma

determinada porção de terra faz com que as pessoas sejam da mesma substância desta terra. Do mesmo modo uma criança é da mesma substância que seus pais, por nascimento, mas também por criação.

O autor relata que no caso havaiano acontecimentos circunstanciais frequentemente são valorizados por suas diferenças, pelo afastamento dos arranjos existentes. Já num modelo prescritivo nada é novo, ou, pelo menos, os acontecimentos são valorizados pela sua semelhança com o sistema constituído.

7.2 – CASOS DE FAMÍLIA

Dos três processos que iremos analisar o primeiro deles já foi citado neste trabalho. Será aqui revisto dada a sua relevância para a discussão do direito de família. O terceiro caso trata-se de uma situação única que foi encontrada na pesquisa. Sua inclusão aqui se deve a seu papel significativo para a discussão da família e de parentesco, e não por um caso representativo da realidade estudada.

Os três casos aqui abordados tratam dos dois temas mais emblemáticos quando se trata da consideração da afetividade, a saber: as uniões homoafetivas e o reconhecimento de filiação não biológica.

7.2.1 – ADOÇÃO POR CASAL HOMOSSEXUAL

Em setembro de 2008 foi deferida pela primeira vez em Pernambuco a adoção de duas meninas a um casal homoafetivo masculino. As crianças, duas irmãs de sete e cinco anos, viviam em um abrigo após a ação de destituição do poder familiar da família de origem em decorrência de abandono e maus tratos.

O casal vive em Natal, no Rio Grande do Norte. No processo consta que os requerentes viviam em “convivência afetiva” há mais de doze anos. O casal já havia tentado adotar no estado onde vive, mas, como não conseguiu, decidiu ingressar com o pedido em Recife. Na verdade, a inscrição para a adoção tinha

sido feita por um deles, apesar de o interesse em ter filhos ser uma decisão conjunta.

Um dos requerentes estava inscrito no cadastro nacional de adoção. Como estava disposto a adotar uma criança com até cinco anos de idade não foi necessário esperar muito tempo na fila. Um fato particular neste processo é que após a primeira audiência o próprio juiz do caso recomendou que o segundo requerente entrasse também com o pedido de adoção.

O estágio de convivência durou um ano. Neste período foi feito um acompanhamento da convivência do casal com as meninas por uma equipe formada por psicólogos e assistentes sociais de Natal e do Recife. Após este período o juiz deu a sentença favorável à adoção.

Este caso abrange as duas temáticas, conjugalidade e filiação. No caso das uniões homoafetivas, diante de resistências potenciais, os projetos que buscam o reconhecimento legal das parcerias muitas vezes evitam alusão explícita à possibilidade de adoção (MELLO, 2005). Como destaca Uziel (2004, p. 87) *“homossexualidade e parentalidade são dois termos que não se encontravam com frequência”*.

A adoção de crianças por homossexuais não é propriamente uma novidade, muito embora em diversos casos a adoção é requerida por um adulto solteiro, o que é previsto na legislação, e foi deste modo que teve início também este processo (o requerente era divorciado). Em algumas situações a revelação que o requerente da adoção é homossexual nem consta no processo (UZIEL, 2007). Neste caso, na transferência do pedido de Natal para Recife, o requerente se espanta ao constatar que sua orientação sexual aparecia entre os dados identificatórios (CRUZ, 2009).

Na verdade, como argumenta Uziel (2004), um casal homossexual é algo deflagrador de temores quando se trata de adoção. Assim, há uma maior facilidade em aceitar a adoção por homossexuais solteiros.

No caso aqui em discussão dois aspectos chamam a atenção, a saber: a adoção concedida a um casal homoafetivo, e o fato de que o próprio Estado, através do órgão que é o juiz, sugeriu a adoção conjunta pelo casal. Temos em tela um caso ímpar para refletir sobre possibilidades de famílias.

Pelo que é preconizado no ECA a adoção deve ser um meio de dar uma família a uma criança. Se o foco é na criança, no seu melhor interesse, há que se ressaltar que se trata de assegurar sua inserção numa família. A família, por sua vez deve ser um local que propicie o adequado desenvolvimento dos indivíduos e, segundo entendimento vigente, espaço de desenvolvimento das relações afetivas.

De acordo com este entendimento é argumentado na sentença:

O pedido de adoção realizado por dois homens para o exercício do poder familiar referentes às duas meninas referidas, atende ao princípio do melhor interesse das crianças preconizado pela Convenção de Nova Iorque de 1989, ao princípio da proteção integral previsto em nossa Constituição Federal em seu artigo 227, bem como ao princípio prescrito pelo artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente que determina ser a adoção deferida apenas quando apresentar reais vantagens para as crianças e fundase em motivos legítimos.

O melhor interesse encontra-se comprovado nos autos no fato da mudança efetiva na vida das crianças que foram transferidas de um abrigo para o seio de um grupo familiar que lhes proporcionam afeto e carinho. (...)

Assim, convencido se encontra este juízo de que as razões afetivas fortalecem a realidade do grupo familiar em que se encontram inseridas as crianças.

Merece ressalva o reconhecimento de que *razões afetivas fortalecem a realidade do grupo familiar*. O fato de a adoção ter sido concedida a um casal homoafetivo nos leva à conclusão que se trata então do reconhecimento de uma modalidade de família. Mas, mesmo que se considere família, há o cuidado em não confundir com casamento. O próprio trecho acima trata o casal especificando que são *dois homens*, a continuidade da sentença não deixa dúvidas de que é preciso afastar o fantasma do casamento.

A adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo não resulta em decisão judicial de reconhecimento legal do casamento homoafetivo. O que se caracteriza legalmente é a garantia de as crianças podem receber afeto de pessoas habilitadas e capazes do exercício do poder familiar reconhecidas pela justiça como tais. Em suma é a concretização da condição de sujeito de direitos que o Estatuto da Criança e do Adolescente

concebe para a garantia do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Como ressalta Uziel (2007) o reconhecimento do casal homossexual como casal, mas não como família, mesmo com a inserção de uma criança acaba criando um núcleo sem nome.

Neste processo o princípio que fundamenta a sentença é o princípio do melhor interesse da criança. Não há referência explícita ao princípio da afetividade³³, mas o processo ressalta a importância do afeto existente entre os requerentes e entre estes e as crianças.

[Nos autos é informada a] convivência afetiva entre os requerentes há mais de 12 (doze) anos e que a relação de paternidade era exercida ao mesmo tempo pelos dois requerentes.

Por tudo o que nos foi possível observar e analisar, as crianças em tela estão se adaptando com tranquilidade à nova realidade familiar e, tanto o requerente, quanto o seu companheiro, apresentam-se emocionalmente estáveis e disponíveis afetivamente para recebê-las como filhas. As meninas estão tendo a oportunidade de conviver em ambiente familiar estável e tranquilo, formada por dois homens que possuem uma relação afetiva baseada no carinho, respeito mútuo e companheirismo. Acreditamos, portanto, que esta adoção tem grandes chances de vir a ser bem sucedida.

E são os princípios constitucionais que permitem o manejo das regras codificadas, como podemos apreender do seguinte trecho da sentença

³³ Leal ressalta que é possível encontrar julgados que se assentem na afetividade mesmo que não a mencionem de forma textual. Ela exemplifica um caso italiano de determinação de paternidade decorrente de inseminação heteróloga cujo fundamento foi o princípio da solidariedade. “Exemplo disso ocorreu na Itália, em caso julgado no ano de 1999. Um casal, impossibilitado de conceber filho naturalmente, procurou uma clínica de fertilização, na qual realizou uma inseminação heteróloga, por via de utilização de banco de sêmen, gerando um filho. Passados alguns anos, o casamento dissolveu-se, tempo em que o marido propôs ação negatória de paternidade, alegando ser incapaz para reprodução. Inicialmente seu pedido foi aceito em Primeira Instância, havendo confirmação pelo Tribunal de Brescia. Entretanto, em grau de recurso, a Corte de Cassação ‘reformou as decisões anteriores, afirmando que o sacrifício ao princípio do *favor veritatis* se impunha, em homenagem a valores cardeais do ordenamento constitucional italiano, informados (...) pelo princípio da solidariedade” (LEAL, 2006, p. 192).

O eventual argumento que se baseia na impossibilidade de ser deferida a adoção conjunta a duas pessoas, salvo se forem casadas ou mantiverem união estável conforme prescrição do artigo 1.622 do Código Civil, o que não se configura no caso, diante do fato de que os pretendentes à adoção das crianças são pessoas do mesmo sexo, há de ser vencido ante a interpretação de princípios constitucionais, bem como das regras dispostas na legislação civilista e legislação especial de proteção infanto-juvenil.

O argumento do juiz se baseia nos princípios constitucionais e nas regras de proteção à criança e ao adolescente para justificar a possibilidade de adoção por pessoas do mesmo sexo conjuntamente. Entendimentos como este são relevantes uma vez que mesmo uma pessoa sozinha tentando adotar, como previsto na legislação, quando aparece o dado de que o requerente é homossexual esta informação ganha relevo mesmo para os profissionais que, em princípio, não são desfavoráveis à adoção por homossexuais (UZIEL, 2007).

A revelação da homossexualidade não é um dado irrelevante nem mesmo quando se trata de filiação biológica. Assim, casais que tiveram filhos de uma relação heterossexual muitas vezes buscam desqualificar o ex-companheiro quando após a ruptura o outro assume sua homossexualidade. Mais uma vez o parecer dos *agentes qualificados*, detentores do *conhecimento técnico*, tem um papel crucial neste tipo de litígio.

Um casal hetero com filhos se separa e um dos dois assume uma relação homossexual e começa uma briga terrível por causa da guarda. Até porque na justiça brasileira é mais comum que a guarda seja concedida à mãe. Não só pela justiça, mas as próprias famílias pensam um pouco assim. Atualmente quando o pai se revela homossexual se já estava excluído da guarda, continua excluído. Vai ser visitante, tal. Em alguns casos até isso é complicado. Mas se a mãe se revela homossexual pode apostar que vai ter uma disputa pela guarda do filho. O pai, particularmente se não se conformar com a escolha da ex-mulher, vai tentar provar que por ela ser homossexual não está apta a cuidar dos filhos. E os nossos pareceres invariavelmente não colocam isso como sendo condição. Ela pode ser homossexual e estar apta a cuidar dos filhos e pode não ser homossexual e não estar apta a cuidar dos filhos. Mas as duas coisas não estão necessariamente relacionadas. (Entrevista psicóloga).

Apesar de a homossexualidade ser usada no processo como estratégia de afastamento de algum genitor, no caso dos filhos biológicos o conceito de laços de sangue é um signo poderoso de pertencimento. Mas quando se trata da adoção há uma preocupação com a nova família que irá acolher.

Nos casos de adoção, via de regra, há a busca do apagamento do parentesco biogenético³⁴ e da construção de famílias “*como se*”. Mas nas adoções por casais homoafetivos, assim como no caso das adoções transraciais (YNGVESSON, 2007), não há a possibilidade de reprodução da família *como se* fosse biogenética. A forma mais elementar de assegurar esse ideal de família *como se*, a emissão de nova certidão de nascimento, denuncia o caráter não biogenético da família, como ilustra a fala a seguir.

Mas assim, isso não é fácil não, porque o registro de nascimento, até o livro de registro de nascimento, reivindica essa informação. Imagine que tudo isso teve que ser adaptado. Não só na decisão do juiz, mas no próprio livro de registro que tem um regramento próprio a ser observado. A lei de registros públicos reclama lá nome do pai e nome da mãe. (Entrevista juiz@).

No que se refere à parentalidade adotiva, no Brasil a maior procura é pela adoção de recém-nascidos, de mesma cor de pele que a família adotante e, preferencialmente, do sexo feminino, pois mulheres são representadas como mais dóceis e de fácil adaptação a novos ambientes (COSTA e ROSSETTI-FERREIRA 2007).

Não é irrelevante ressaltar aqui que no caso da adoção que estamos abordando, trata-se de uma adoção tardia. As meninas foram adotadas com cinco e sete anos.

³⁴ A nova lei da adoção (Lei nº 12.010, de 2009) prevê no artigo Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Além disso, tratou-se de uma adoção de grupos de irmãos. Este é um aspecto que merece uma observação. Se por um lado a adoção resulta no rompimento dos laços com a família de origem, por outro a própria lei prioriza a adoção de grupos de irmãos³⁵ como um modo de garantir alguma “vinculação da criança com suas origens”.

A gente tem sempre a preocupação de não separar um grupo de irmãos. Porque agora tem sido abonado de grupo, chega aqui quatro, cinco irmãos. (...) Porque pelo menos eles mantêm um vínculo entre eles. Assim, você já perdeu sua mãe, perdeu seu pai e tudo que você tem são seus irmãos, criados desde pequeninhos, e se separar deles... (Entrevista MP).

No caso da adoção por homossexuais, e, sobretudo, quando se trata de dois homens, o processo procura identificar a importância da família extensa para ajudar nos cuidados com a criança. Na sentença deste processo é ressaltado que o parecer psicossocial observa que

Além disso, demonstram que a família extensa, formada por seus parentes próximos, apóia a adoção das crianças e as inseriu em suas dinâmicas como membros de tal grupo familiar.

Este processo, por ter sido o primeiro em Pernambuco com sentença favorável, ganhou muita publicidade, o que foi encarado com reticências por alguns profissionais.

O tratamento tem que ser igual. Temos que incorporar no possível um equilíbrio nesse tratamento. Se você tá buscando holofote é outro risco. Acho que certas decisões não precisavam ser divulgadas para tornar as coisas mais naturais. (Entrevista MP).

Entretanto, para as partes envolvidas certamente a publicidade do caso foi vista de forma benéfica. Um dos adotantes, Carlos Henrique Souza da Cruz,

³⁵ ECA. Art. 28.º § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. Parágrafo incluído pela Lei nº 12.010, de 2009.

após o encerramento do processo lançou um livro, “Duas filhas: dois pais – adoção homoafetiva”, no qual relata a história sob sua perspectiva da atuação judicial.

7.2.2 – RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA

No dia 30 de abril de 2010 pela primeira vez em Pernambuco foi julgado como procedente um pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva entre duas mulheres³⁶. Uma delas havia falecido. Elas viviam juntas há 22 anos e criaram um casal de filhos, frutos de antigos relacionamentos de cada uma.

O pedido buscava o reconhecimento da existência da entidade familiar e também, decorrente do primeiro, o direito ao recebimento de um benefício previdenciário concedido por morte da companheira que era médica e servidora da Secretaria Estadual de Saúde. A pensão da Fundação de Aposentadorias e Pensões dos Servidores do Estado de Pernambuco (Funape), em consequência do cargo de médica exercido pela falecida na Secretaria de Saúde de Pernambuco, foi negada sob o argumento de que a “Lei Complementar nº 028 não inclui beneficiário o dependente na condição de companheiro de uma relação homossexual”.

A viúva alegou que a convivência entre elas era pública e notória. No processo foram juntados aos autos depoimentos testemunhais, inclusive do filho da falecida.

A juíza usou como fundamento os direitos de *isonomia e dignidade* previstos na Constituição buscando embasar a legitimidade da relação estável entre as duas mulheres. De acordo com a juíza a lei se refere a relações entre homem e mulher, não fala em pessoas do mesmo sexo, mas não há norma expressa que proíba. Ela argumentou que se o *princípio da isonomia* é aplicado em outras áreas, é possível reconhecê-lo em uniões do mesmo sexo.

³⁶ “Juíza reconhece união estável homoafetiva” Disponível em: http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=6711&argumento=

A justificativa para a sentença favorável baseia-se no fato de que pelo artigo 226 da Constituição Federal é “dever do Estado oferecer proteção especial à família”. Na sentença consta que *“não parece injurídico estender a proteção constitucional às situações em que os elementos que a informam estejam presentes, independentemente da orientação sexual dos envolvidos na relação”*.

A juíza reconhece que a sentença não é unânime entre os magistrados, mas entende que a tendência do STJ é de passar a tratar o assunto de forma mais consensual.

Neste processo a demanda é explicitamente pelo reconhecimento da união entre duas mulheres que foi concedido por uma juíza. A especificidade de gênero neste caso merece uma observação. Como pondera Mello (2005), embora o debate sobre a conjugalidade homossexual se refira a casais de homens e mulheres sem distinção, o Projeto de Lei nº 1.151/95 teve como autora uma mulher feminista, Marta Suplicy, mas a possibilidade de aprovação, desde ou de outros projetos que visem ao reconhecimento, depende da aprovação dos homens, maioria no Congresso Nacional.

Nos remetendo aos estudos da antropologia de Lévi-Strauss e suas considerações sobre família e parentesco, Gayle Rubin (1993) argumenta que se são as mulheres o que será trocado, os homens que as dão e trocam é que se tornariam os parceiros. As mulheres sequer estariam em condições de compreender os benefícios de sua própria circulação. A autora argumenta que a lógica da circulação de mulheres é um conceito problemático, pois afirmar que o tabu do incesto e os resultados de sua aplicação instituem a origem da cultura poderia levar a deduzir que a “derrota” das mulheres está na origem da cultura e, mais além, é um pré-requisito da cultura. Rubin argumenta que a opressão dos homossexuais é um produto do mesmo sistema, cujas regras e relações oprimem a mulher.

Mello (2005) sustenta que além do heterocentrismo, o androcentrismo tem sido uma característica forte dos debates sobre a homossexualidade e, mais ainda, sobre a família.

Heilborn (2004) destaca a existência de uma maior literatura sobre a homossexualidade masculina do que sobre a feminina. Para a autora é

relevante, ao falar sobre homossexualidade, flexionar o plural. A invisibilidade da homossexualidade feminina refere-se concretamente a um menor número de lugares públicos e a menos alusões explícitas à homossexualidade. “A *intraduzibilidade, por sua vez, ancora-se em uma propalada dificuldade de colocar em palavras a experiência lésbica, que o senso comum resgata por meio da pergunta: ‘o que fazem duas mulheres na cama?’*” (HEILBORN, 2004, p. 105).

A homossexualidade feminina, comparativamente à masculina, apresenta um padrão conjugal recorrente com um menor número de lugares públicos, menor visibilidade. Há uma maior ênfase no amor com símbolo de distinção (HEILBORN, 2004).

Heilborn (2004) explicita que a identidade de casal é situacional. Por um lado é a esfera íntima que provê a unidade da díade, por outro é a dimensão externa que reforça a identidade ao representar sua face pública. No caso dos casais homossexuais essa divisão é mais acirrada uma vez que tal identidade pode não ser reconhecida ao se variar os contextos. Neste processo é então bastante relevante o fato de que as duas mulheres em questão viveram juntas por 22 anos.

No processo há o pedido do reconhecimento da entidade familiar, mas a razão de ser do mesmo é resultado da busca de direitos a patrimônio após a morte de uma das partes. Este fato chama a atenção para uma realidade que tem sido apresentada desde o projeto apresentado pela então deputada Marta Suplicy, de que o testamento ou outras figuras do direito civil não são caminhos suficientes para a proteção dos envolvidos. Também nos leva a reiterar que, em se tratando de família, a questão patrimonial nem sempre pode ser separada do reconhecimento da igualdade e da dignidade.

Um último aspecto a se considerar neste processo diz respeito ao fato de que se trata de reconhecimento de *união estável* homoafetiva. Rios (2007) explica que a Constituição Federal trata da união estável como entidade familiar formada por um homem e uma mulher³⁷, o que, para muitos, exclui as

³⁷ Art. 226. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

uniões homossexuais. Em decorrência disto, para o reconhecimento de tais uniões têm sido dadas duas ordens de resposta. O primeiro tipo de resposta inclui as uniões homossexuais dentro da união estável através de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais (sobretudo o de igualdade) e da analogia.

O segundo tipo de resposta apela para a inconstitucionalidade do artigo constitucional sob o argumento de que restringe o conceito de família violando os princípios da dignidade humana e da igualdade.

O autor explicita que o segundo tipo de argumento não foi fecundo nem na doutrina nem na jurisprudência. Por outro lado a primeira resposta tem sido acolhida por inúmeros julgados, razão pela qual merece um olhar mais cuidadoso.

O argumento da aplicação por analogia da união estável aos casais homossexuais afasta o obstáculo constitucional ao reconhecimento destas uniões como entidade familiar. Não há proibição expressa na Constituição e, além disto, a hermenêutica constitucional impõe uma interpretação sistemática do texto constitucional de modo que se garanta uma unidade, evitando, portanto, do mesmo texto posições contraditórias.

A analogia da união estável às uniões homossexuais implica a atribuição de um regime normativo que foi criado para regulamentar a entidade familiar formada por um homem e uma mulher. A semelhança que torna possível a analogia é a ausência de vínculos formais e a existência de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura entre pessoas do mesmo sexo, como ocorre entre pessoas do sexo oposto.

Este argumento segue a lógica da concretização da Constituição, pois lhe confere um sentido diante da realidade histórica. Estão em tela os princípios informativos do direito de família e outros princípios constitucionais. Destacam-se nos argumentos o princípio da isonomia e a decorrente proibição de discriminação em razão de sexo e orientação sexual (RIOS, 2007).

Tem havido uma tendência contemporânea de enquadramento das uniões homossexuais na esfera do direito de família. Entretanto, para Rios (2007) é necessário fazer algumas considerações sobre as implicações de se

usar a analogia da união estável para o reconhecimento das uniões homossexuais³⁸.

Rios (2007) explicita três modelos que se sucederam dentre as configurações jurídicas de família, a saber: a família hierárquica, a família fusional e a família pós-moderna. A primeira caracteriza-se pela forte institucionalização, pouco grau de autonomia de seus membros cujos papéis são social e juridicamente definidos, hierarquização das relações interpessoais e ênfase na função patrimonial.

A família fusional tem como características o predomínio da institucionalidade; relativo grau de autonomia entre seus membros, valorização do bem-estar do grupo em detrimento dos indivíduos.

Na família pós-moderna, característica dos dias atuais, há a autonomia em lugar da institucionalização, regime de direitos e deveres, repercussão patrimonial e valorização da autonomia individual diante do grupo familiar. Juridicamente tais tendências podem associadas respectivamente ao casamento, à união civil e aos pactos civis de solidariedade.

Rios (2007) argumenta então que há mais virtudes e potencialidades na inclusão das uniões homossexuais como pacto civil de solidariedade, modalidade de entidade familiar diversa e original em relação ao casamento e à união estável.

Esta conclusão é fruto da reflexão sobre um duplo risco de abarcar tudo como união estável. O primeiro risco é o de subsumir as uniões homossexuais num modelo fusional que ainda mantém arranjos machistas e heterossexistas nas uniões estáveis. O segundo risco é o de criar uma inclusão de terceira classe em que num patamar superior está o casamento, abaixo deste a união estável (uma segunda classe entre os heterossexuais), e numa posição subalterna a união homossexual.

Os argumentos de Rios chamam a atenção para o fato de que se tem havido o reconhecimento de uniões homoafetivas é necessário refletir sobre os termos nos quais isto tem ocorrido. Para uma efetiva transformação no direito

³⁸ Em 1996, na audiência pública para discussão do projeto proposto por Marta Suplicy, a autora afirma que talvez tenha sido infeliz escolher o nome “união civil” porque dá margem para uma confusão na sociedade com a união estável (RIOS, 2007).

de família talvez seja necessário ampliar as modalidades de uniões que constituem as entidades familiares para além do casamento e da união estável.

7.2.3 – ADOÇÃO EM FAMÍLIA

A terceira história de família que iremos aqui abordar trata de uma adoção que resultou numa família bem particular. Como explicitamos acima, esta história não é representativa, mas ilumina o trabalho que permeia a fabricação do parentesco.

Uma moça teve um filho de um rapaz que morava na mesma rua que ela, fruto de um breve namoro. O pai da criança não quis assumir o filho. A moça em questão morava com os pais e um irmão.

Ela criou o filho como “mãe solteira”. Os pais da moça morreram e ficou ela e o irmão, o tio do menino. E era o irmão dela, tio da criança, quem trabalhava e sustentava a casa. Ele não casou nem ela casou, os dois irmãos ficaram dentro de casa. Um homem e uma mulher, irmãos.

Ela entrou com ação de investigação de paternidade contra o pai, o suposto pai, ex-namorado dela. O menino estava com doze anos de idade quando a ação foi julgada na vara de família. A ação foi julgada dizendo que ele realmente era o pai. Foi feito o exame de DNA e se colocou o nome dele no registro de nascimento do menino.

Quando foi reconhecida a paternidade pelo pai biológico, o tio do menino buscou judicialmente desconstituir aquela paternidade e entrou com o pedido de adoção da criança. A criança também desejava ter o tio reconhecido como pai. O pai biológico, que nunca quis assumir o filho, concordou com a desconstituição da paternidade. Foi concedida a adoção e passou a constar no registro do menino como pais a mãe e o tio, irmão da mãe.

Este caso nos remete à reflexão a respeito dos limites e alcances da declaração biológica. Como explica Fachin (2002) o avanço dos exames médicos e da tecnologia do DNA foi de grande relevância para o direito de família, sobretudo para as mães solteiras que buscavam a investigação de paternidade, pois colocou por terra um argumento veiculado *exceptio plurium*

*concubentium*³⁹ que, ao invés de debater a origem ou não da filiação, colocava em cheque a suposta honorabilidade da conduta da mulher em uma orientação discriminatória, injustificável em relação à condição feminina.

Entretanto, para o autor a declaração biológica, em algumas hipóteses, talvez deva ser equilibrada com a noção de posse de estado de filho. Pois o biologismo dos dias correntes torna a investigação de paternidade praticamente a consideração dos filhos como filhos do laudo, já que se constata pelos modernos exames a descendência.

Nos remetendo à literatura antropológica e aos estudos de família e parentesco temos aqui uma semelhança com concepção de família trobriandesa. O irmão da mãe é que assume as obrigações com a criança. Era ele quem *trabalhava e sustentava a casa*.

Entre os Trobriand “o sobrinho matrilineo é seu parente mais próximo e o herdeiro legal de todas as suas dignidades e funções (...). Entretanto, na vida real, o pai é muito mais apegado ao filho do que ao sobrinho.” (MALINOWSKI, 2003, p. 79). Nestes aspectos, inserido em outro contexto, a histórica se inverte, não era o irmão da mãe quem possuía o vínculo legal, mas era com ele que se estabeleciam os vínculos afetivos.

Para o reconhecimento legal de uma relação paterno-filial alguns aspectos precisaram se considerados, sendo o principal deles o vestígio de uma relação incestuosa.

Só que a mãe disse: mas eu não quero tirar meu nome de mãe. Eu não quero tirar meu nome de mãe do registro, eu quero continuar sendo a mãe. E aí nós ficamos num impasse: é possível que dois irmãos constem no registro como pai e como mãe? E aí, onde é que a lei diz que isso pode ou que não pode? A gente não tem em lugar nenhum dizendo isso. A lei diz que podem adotar duas pessoas se for marido e mulher. É o que a lei diz. E aí eu pergunto: se eu for interpretar a lei ao pé da letra este homem e esta mãe biológica não podem constar no registro. Ele não podia adotar o sobrinho, porque ele era tio. Mas ele ocupou o lugar do pai. Então na hora que ele viu o registro o nome da criança ele disse: “Não, não quero esse nome aqui”. E aí nós, depois de muitos estudos das duas equipes interprofissionais, nós entendemos que neste caso ele

³⁹ Defesa em investigação de paternidade baseada no argumento de que a mãe teve relações sexuais com outro(s) homem(ns) à época da concepção.

jamais ocuparia o lugar de tio, porque ele sempre ocupou o lugar de pai. Primeiro que ele não casou e não teve filhos, então aquele menino ocupava o lugar de filho para ele. Segundo que ele sempre viveu com a irmã, desde que nasceu. Eles sempre viveram na mesma casa, e os pais faleceram. E o menino desde que nasceu já encontrou os dois juntos, morando na mesma casa. Não há nenhum incesto, não há nenhuma relação complicada entre eles, eles apenas criaram este filho. E eu concedi a sentença que constasse o nome dele como pai, e a mãe biológica continuasse como mãe biológica. Ou seja: o menino tem no seu registro o nome do tio como pai. Ou seja: dois irmãos estão no registro como pais de uma criança. Isso significa que eu casei essas pessoas? Não. Isto significa que eu determinei que essas pessoas tenham uma relação incestuosa? Não. Isto significa que eu criei uma nova família? Não. Isto significa que eu determinei uma dinâmica familiar? Não. A dinâmica familiar, a relação, a natureza desse pacto, desse acordo familiar veio de lá da sociedade. Veio até o judiciário pedindo a homologação, a tutela judicial que protegesse esta família e protegesse esta criança. E como nós temos que dar proteção especial à família, proteção integral à criança, e como nós temos que buscar as relações de afinidade e afetividade, nada mais justo do que conceder a adoção pra este tio. Retirar o nome do pai biológico do registro para constar o nome do tio. E lá está caracterizada uma família. Hoje o conceito de família que está no Código Civil não serve para a nossa prática (...). E a unidade familiar como referência para o direito é aquela capaz de cuidar. É aquela capaz de exercer o poder familiar. O poder familiar para o direito, para a lei é guardar, sustentar e educar. Então onde existir a possibilidade de guardar, sustentar e educar uma criança, ali existe uma família. Porque ali existe o poder familiar e este poder familiar é preponderantemente afetivo. Claro que pode coincidir do biológico ser afetivo, mas se o biológico não for afetivo, nós tomamos esta criança do biológico e procuramos familiar afetivo. Então nós trabalhamos com família afetiva, e não com família biológica. O valor afetivo é maior que o valor biológico. O valor biológico só é considerado se houver junto a ele um valor afetivo.

Neste longo trecho fica evidenciado o dilema sobre a possibilidade de considerar ou não um casal de irmãos como pais de uma criança. Dois elementos se contrapõem: a sugestão do incesto e a proteção à criança. Interessante observar os elementos que pesaram na decisão em prol do interesse da criança. Há implicitamente a sugestão de uma família nuclear: *ele não casou e não teve filhos, sempre viveu com a irmã. E o menino desde que nasceu já encontrou os dois juntos, morando na mesma casa.* Transparece

também a preocupação em reforçar que a “dinâmica familiar não foi determinada pelo juiz, veio da sociedade”.

Este caso nos traz ricos elementos para refletir sobre a ‘verdade biológica’ e a ‘verdade afetiva’. A observação de que “*o conceito de família que está no Código Civil não serve para a nossa prática*” demonstra que no cotidiano as questões que se apresentam põem em cheque arranjos previstos legalmente.

A definição do poder familiar vai mais além, considera um *poder familiar preponderantemente afetivo*. Enuncia uma noção de família que deve considerar além do biogenético.

Considerações Finais

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo uma síntese do percurso do direito de família no Brasil é possível traçar um movimento que tem início com uma concepção de família como instituição fundamental para o desenvolvimento do Estado até o presente momento, no qual a família é vista como espaço privilegiado para o desenvolvimento pessoal.

Dentro desta nova lógica de compreensão das famílias está a consideração de que o afeto é o elemento aglutinador das relações familiares. Diante disto as varas de família começaram a se deparar com demandas que têm sido ignoradas pelo legislador.

Partimos de um interesse inicial em compreender a utilização e o alcance do *princípio da afetividade* dentro do direito de família. Entretanto, no decorrer da pesquisa foi possível perceber que este princípio não pode ser visto isoladamente. Temos atualmente no direito de família uma ampla utilização de princípios constitucionais implícitos e explícitos que são invocados para a fundamentação das decisões.

A ênfase no afeto como elemento central dentro das relações familiares tem contribuído para um questionamento do que é “natural” e das implicações do recurso às tecnologias para identificação de laços biogenéticos.

Assim, as discussões no campo do direito de família têm apontado um caminho de um maior reconhecimento do trabalho envolvido na fabricação do parentesco. As formas de conexão (*relatedness*) que se estabelecem entre os indivíduos na vida cotidiana têm ganhado mais visibilidade jurídica.

Nesse sentido, é possível falar na influência das estruturas “performativas” para uma ampliação do reconhecimento de entidades familiares pelo direito de família.

É preciso ressaltar que a concepção de parentesco biológico, dos laços de sangue, ainda é um signo poderoso de pertencimento para o campo jurídico, como também o é para a sociedade em geral. Podemos pensar, por exemplo, na adoção, que é emblemático para o direito como sendo um

parentesco por escolha. A lei da adoção no Brasil privilegia a permanência na família extensa e determina que se evite o rompimento dos vínculos fraternais.

Entretanto, a possibilidade de identificação de dados genéticos através do exame de DNA trouxe consigo novos debates na seara do direito de família. Por um lado tornou-se uma ferramenta fundamental para muitos juízes em casos de investigação de paternidade, sendo a prova inconteste. Por outro, demonstrou também que nem sempre o resultado DNA deve ser considerado o melhor caminho para resolver os litígios.

Os recorrentes processos de pedido de desconstituição de paternidade em caso de adoção à brasileira, baseado numa alegação fundamentada num teste de DNA, chamaram a atenção dos operadores do direito para o fato de que o parentesco não deve ser considerado apenas com base nos laços genéticos. Buscando atender o chamado *interesse da criança* a reflexão caminhou no sentido de reconhecer que o *parentesco é social*.

Reconhecer o afeto como elemento central das relações familiares leva o direito de família para um caminho fluido, mas cheio de possibilidades de mudança. Sua fluidez decorre do fato de que para alguns é difícil abordar juridicamente a dimensão do afeto. É algo que escapole do caráter preciso que caracteriza o mundo jurídico.

Quanto às possibilidades, permite aos profissionais do direito reconhecer e fundamentar relações que são ignoradas pelo legislador. Esta possibilidade está também permeada por uma fluidez: é preciso localizar as situações em determinados princípios jurídicos.

Para a concretização destas possibilidades tem sido fundamental o reconhecimento de um direito de princípios. Por esta lógica se entende que o sistema jurídico é dotado de normas que abrangem regras e princípios. E são estes que com seu maior grau de abstração permitem uma mediação concretizadora na solução dos litígios. Embora, não podemos esquecer, isto signifique também um certo arbítrio e, em consequência, quer dizer estar à mercê do entendimento do juiz.

Na solução dos litígios de famílias tem se tornado de fundamental importância os saberes do setor psicossocial, sobretudo da psicologia. A utilização do chamado conhecimento técnico sobre as questões de família vem

se configurando como uma *terceirização da responsabilidade pelos campos mais subjetivos*. Isto se dá especialmente quando há interesses de crianças ou adolescentes envolvidos. O *princípio do melhor interesse da criança*, apesar de estar fortemente presente no discurso dos profissionais, é algo ambíguo. Recorrer ao setor psicossocial parece então o meio apropriado de lidar com uma realidade que no mais das vezes envolve interesse de atores diversos, não apenas *da criança*.

A grande demanda nas varas de família pode ser agrupada em litígios que envolvem duas grandes dimensões, a saber: questões de filiação e de conjugalidade. No que diz respeito à filiação, é com a lei da guarda compartilhada que a palavra afeto ingressa explicitamente na legislação.

A guarda compartilhada surge com o objetivo de assegurar o *melhor interesse da criança*, mas nos fala muito sobre os interesses dos adultos, ex-casal. Além disso, paralelo ao discurso inovador de melhores condições, melhor interesse, igualdade entre pai e mãe, coexiste um discurso de posições naturalizadas ou essencializadas.

É com relação à filiação que a doutrina tem destacado uma das consequências mais relevantes do *princípio da afetividade*, que é o reconhecimento da paternidade socioafetiva. Entretanto, na prática da atuação há uma certa dificuldade em concretizar nas decisões este tipo de paternidade. Via de regra é necessário ter algo que seja *juridicamente válido*. Daí que é nos casos de adoção à brasileira, quando há um registro de nascimento, que mais facilmente se pode fazer prevalecer judicialmente o que foi estabelecido no *social*.

Já no que diz respeito à conjugalidade é possível identificar exemplos de privatização das relações de família com mudanças na legislação como, por exemplo, nas chamadas Leis dos Cartórios e do Divórcio Direto. Mas, além das situações legisladas, há também casos não previstos, como as uniões homoafetivas, que são relevantes para pensar as possibilidades de conjugalidades.

O reconhecimento das uniões homoafetivas é um dos pontos de maior polêmica no direito de família, sobretudo quando a discussão abrange o direito

ou não à criação de filhos. Embora não haja consenso, cada vez mais estas demandas chegam às varas.

Se compararmos o discurso a respeito das famílias, veremos que quando se trata de filiação rapidamente é aceito o fato de que a família é um fenômeno cultural. Mas quando se trata de reconhecer uniões entre pessoas do mesmo sexo o discurso se torna mais carregado de ser um arranjo “antinatural”, “anormal”. Nesse sentido, denominá-las como homoafetivas realça a dimensão da escolha e do afeto, de maneira semelhante às uniões entre pessoas de sexo diferente. Assim, os princípios da igualdade e da dignidade possuem grande relevância para estes arranjos.

Existe na sociedade uma multiplicidade de arranjos familiares. A homossexualidade parece tocar num dos pontos mais delicados deste campo conturbado que envolve obrigações, vínculos formais, afeto, e que possui contradições e fantasias em relação ao que a família poderia ou deveria ser.

As mudanças na família no Brasil são incontestes. Diante desta realidade o campo jurídico, instância capaz de deliberar sobre aspectos pessoais da vida dos indivíduos, é chamado a se posicionar.

O “mito da grande convergência”, de que as práticas familiares diversas fossem evoluir numa mesma direção foi explodido. A família não é uma “unidade natural”, ao contrário, representa um agregado de diversas relações e é perpassada por diversas forças institucionais. Em certos contextos a lei representa um forte instrumento para cimentar as relações de parentesco, entretanto, a força de qualquer contrato legal será limitada se não contar também com a convicção dos envolvidos. A possibilidade de uma flexibilização através da utilização de princípios demonstra um reconhecimento desta realidade pelo campo jurídico.

Referências Bibliográficas

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 – LIVROS, TESES, DISSERTAÇÕES E ARTIGOS

ABOIM, Sofia. (2009) “Da pluralidade dos afetos: trajetórias e orientações amorosas nas conjugalidades contemporâneas”. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 24, n. 70, jun.

ABREU, Domingos. (2002) *No bico da cegonha: histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. (2002) *Princípios sociais dos contratos nas relações de consumo*. Recife: Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. (2006). “Adoção à brasileira e a verdade do registro civil”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Família e dignidade humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson.

ALMEIDA, Ângela Mendes de, CARNEIRO, Maria José, PAULA, Silvana Gonçalves de. (1987). “Introdução”. ALMEIDA, A. M., CARNEIRO, M. J. & GONÇALVES, P (Orgs). *Pensando a Família no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, UFRJ.

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. (2006) “A atribuição de paternidade pelo exame de DNA em ação judicial: um paradoxo diante do princípio da afetividade”. Recife: Dissertação - Universidade Federal de Pernambuco.

ARAN, Márcia; CORREA, Marilena V. (2004). “Sexualidade e política na cultura contemporânea: o reconhecimento social e jurídico do casal homossexual”. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, jul.

ARIÈS, Philippe. (1981). *História social da criança e da família*. São Paulo: Zahar. 2 ed.

BADINTER, Elisabeth. (1985) *Um amor conquistado: O mito do amor materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 6 ed.

BADINTER, Elisabeth. (1993) *XY: Sobre a identidade masculina*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira

BARROS, Sérgio Resende de. (1997). "O Nucleamento do Direito Constitucional". *Revista de Ciências Sociais Impulso*, Piracicaba: UNIMEP, 10(21).

BARROSO, Luís Roberto (1996) *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva.

BAUMAN, Zygmunt. (2004). *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar.

BERNARDI, Dayse César Franco. (2000) "Histórico da Inserção do Profissional Psicólogo no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: um capítulo da psicologia jurídica no Brasil". In: BRITO, Leila Maria Torraca de (org.). *Temas de Psicologia Jurídica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará.

BERQUÓ, Elza (1991). "O Crescimento da População na América Latina e Mudanças na Fecundidade". In: AZERÊDO, Sandra & STOLCKE, Verena (coords) *Direitos Reprodutivos*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas.

BOURDIEU, Pierre. (1989). A força do direito- elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre *O poder simbólico*. Lisboa: Difel/ Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

BOURDIEU, Pierre. (1993). "À propos de la famille comme catégorie réalisée". *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 100, décembre.

BUTLER, Judith. (2003) "O parentesco é sempre tido como heterossexual?". *Cad. Pagu*, Campinas, n. 21.

CAMPOS, Roberta Bivar Carneiro (2006). "Investigações sobre o amor materno: algumas notas para pesquisa". In: CAMPOS, Roberta Bivar Carneiro; HOFFNAGEL, Judith Chambliss (Orgs) *Pensando Família, Gênero e Sexualidade*. Recife: Editora Universitária da UFPE.

CANEVACCI, Massimo. (1985). "Introdução". In: CANEVACCI, Massimo (Org) *Dialética da Família: gênese, estrutura e dinâmica de uma instituição repressiva*. São Paulo: Brasiliense.

CANOTILHO, J.J.Gomes. (1993) *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina. 6.ed

CARSTEN, Janet (ed) (2000), "Introduction: cultures of relatedness", In *Cultures of Relatedness – New Approaches to the Study of kinship*. Cambridge, Cambridge University Press.

CORRÊA, M., (1994). Repensando a família patriarcal brasileira. In: ARANTES, A.A.; FELDMANN-BIANCO, B.; BRANDÃO, C.R.; CORRÊA, M. SLENES, R.; KOFES, S.; STOLCKE, V. (Eds.). *Colcha de Retalhos: Estudos sobre a Família no Brasil*. 3ª ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP.

COSTA, Débora Maltez Farias, SILVA, Gilvânia Maria da. (2001) *Por que Ligação? Abordagem dos Motivos que Levam à Laqueadura Tubária no Cisam*. Recife. Monografia. NESC/CpqAM/FIOCRUZ/MS

COSTA, Dilvanir José da (2006) "A família nas Constituições". *Revista de informação legislativa*. V.43, n.169 (jan/mar.) Brasília: Senado Federal

COSTA, Jurandir Freire. (1992) *A inocência e o vício: estudos sobre o homoerotismo*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 3ª ed.

COSTA, Jurandir Freire. (1999) *Ordem médica e norma familiar*. Rio de janeiro: Graal. 4ªed.

COSTA, Liana Fortunato, et al. (2009) "As competências da psicologia jurídica na avaliação psicossocial de famílias em conflito". *Psicol. Soc.*, Florianópolis, v. 21, n. 2, ago.

COSTA, Nina Rosa do Amaral; ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. (2007) "Tornar-se pai e mãe em um processo de adoção tardia". *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto Alegre, v. 20, n. 3.

COULANGES, Fustel de. (1998). *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes. 4. ed.

CRUZ, Carlos Henrique Souza da. (2009) *Duas filhas: dois pais – adoção homoafetiva*. João Pessoa: Ideia

DA MATTA, Roberto. (1978). "O ofício de etnólogo, ou como ter 'anthropological blues'". In: NUNES, Edson (org.) *A Aventura Sociológica: objetividade, paixão, improviso e método na pesquisa social*. Rio de Janeiro: Zahar.

DA MATTA, Roberto. (1986). *O que faz o brasil, Brasil?*. Rio de Janeiro: Rocco

DA MATTA, Roberto. (1991). *A Casa & a Rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 4.ed

DELEUZE, Gilles (1986) "Prefácio – A ascensão do social". In: DONZELOT, Jacques. *A Polícia das Famílias*. Rio de Janeiro: Graal. 2 ed.

DEVREUX, Anne-Marie. (2006) "A paternidade na França: entre igualização dos direitos parentais e lutas ligadas às relações sociais de sexo". *Soc. estado*. Brasília, v. 21, n. 3, dez.

DIAS, Maria Berenice. (2001) *União Homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto alegre : Livraria do Advogado. 2ª ed.

DIAS, Maria Berenice. (2004). "Era uma vez..." In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey.

DIAS, Maria Berenice. (2007) *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 4ª Ed

DONZELOT, Jacques (1986) *A Polícia das Famílias*. Rio de Janeiro: Graal. 2 ed.

DUARTE, Luiz F. D. (1995) "Horizontes do indivíduo e da ética no crepúsculo da família". In: RIBEIRO, Ivete; RIBEIRO, Ana Clara T. *Família em processos contemporâneos: inovações culturais na sociedade brasileira*. São Paulo: Loyola.

DUARTE, Luiz F. D.; CARVALHO, Emilio N. de. (2005) "Religião e psicanálise no Brasil contemporâneo: novas e velhas Weltanschauungen". *Rev. Antropol.*, São Paulo, v. 48, n. 2, dez.

DUARTE, Rosália. (2002) "Pesquisa qualitativa: reflexões sobre o trabalho de campo". *Cad. Pesqui.*, São Paulo, n. 115.

DUMONT, L. (2000) *O Individualismo, uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco.

DURHAM, Eunice Ribeiro (1986) "Apresentação". In: DURHAM, Eunice Ribeiro (Org.) *Bronislaw Malinowski: Antropologia*. (coleção grandes cientistas sociais). São Paulo: Ática.

ELIAS, Norbert, SCOTSON, John L. (2000) *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Rio de Janeiro: Zahar.

FACHIN, Luiz Edson (2002) "Direito de Família". In: *Comentários sobre o Projeto de Código Civil Brasileiro*. Brasília: Série Cadernos do CEJ, Vol 20.

FACHIN, Luiz Edson (2003) *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar.

FALEIROS, Vicente de Paula. (2009). "Uma experiência de supervisão na área psicossocial: desafios teórico-práticos". *Rev. katálisis*, Florianópolis, v. 12, n. 2, dez.

FERNANDES, M. (2000) *Mulher, Família e Reprodução: do Controle à Intervenção Branca*. Dissertação de Mestrado, Recife: PPG Sociologia, Universidade Federal de Pernambuco.

FIGUEIRA, Sérvulo Augusto. (1987) "O 'moderno' e o 'arcaico' na nova família brasileira: notas sobre a dimensão invisível da mudança social". In: FIGUEIRA, Sérvulo Augusto (Org.) *Uma nova família? O moderno e o arcaico na família de classe média brasileira*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

FONSECA, Cláudia (1995) *Caminhos da Adoção*. 2 ed. São Paulo: Cortez.

FONSECA, Claudia. (1997) "Ser mulher, Mãe e Pobre". In: DEL PRIORE, Mary (Org.) *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto.

FONSECA, Claudia. (1999). "Quando cada caso NÃO é um caso: pesquisa etnográfica e educação". *Revista Brasileira de Educação*. São Paulo, n. 10.

FONSECA, Claudia. (2003) "De afinidades a coalizões: uma reflexão sobre a transpolinização entre gênero e parentesco em décadas recentes da antropologia". *Ilha* 5(2), pp.5-31.

FONSECA, Claudia. (2004). "A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA". *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 12, n. 2.

FONSECA, Claudia. (2005). "Sexualidade, família e legalidade: questionando fronteiras". In: ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula; FERREIRA, Verônica. (Orgs.). *Novas Legalidades e Democratização da Vida Social: Família, Sexualidade e Aborto*. Rio de Janeiro: Garamond.

FONSECA, Claudia. (2007) "Apresentação - de família, reprodução e parentesco: algumas considerações". *Cad. Pagu*, Campinas, n. 29, dez.

FONSECA, Claudia. (2008) "Homoparentalidade: novas luzes sobre o parentesco". *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 16, n. 3, Dez.

FONSECA, Claudia. (2009). "Aventuras familiares: do acolhimento à adoção" In: FONSECA, Claudia, SCHUCH, Patrice (Orgs.). *Políticas de proteção à infância: um olhar antropológico*. Porto Alegre: Editora da UFRGS.

FONSECA, Claudia. (2002) "Mãe é Uma Só?: Reflexões em Torno de Alguns Casos Brasileiros". *Psicol. USP*. São Paulo, v. 13, n. 2.

FONSECA, Claudia, CARDARELLO, Andrea Daniella Lamas (2009) “Direitos dos mais e menos humanos”. In: FONSECA, Claudia, SCHUCH, Patrice (Orgs.). *Políticas de proteção à infância: um olhar antropológico*. Porto Alegre: Editora da UFRGS.

FOOTE-WHYTE, William. (1980) “Treinando a observação participante”. In: GUIMARÃES, Alba Zaluar (Org.) *Desvendando Máscaras Sociais*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 2 ed. P. 77-86.

FREYRE, Gilberto. (2002). *Casa Grande e Senzala*. Rio de Janeiro: Record. 46 ed.

GARCIA, Marcos Roberto Vieira, et al. (2007) “‘Não podemos falhar’: A busca pela normalidade em famílias homoparentais”. In: GROSSI, Miriam; UZIEL, Anna Paula; MELLO, Luiz. (Orgs.). *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond.

GIDDENS, Anthony. (1993). *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: UNESP.

GOFFMAN, Erving. (2005) *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Vozes, 13 ed.

GRANJEIRO, Ivonete Araújo Carvalho Lima; COSTA, Liana Fortunato. (2008) “O estudo psicossocial forense como subsídio para a decisão judicial na situação de abuso sexual”. *Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, v. 24, n. 2, jun.

GROSSI, Miriam Pillar (2003) “Gênero e parentesco: famílias gays e lésbicas no Brasil” *Cad. Pagu*, Campinas, n. 21.

HEILBORN, Maria Luiza. (2004). *Dois é par: gênero e identidade sexual em contexto igualitário*. Rio de Janeiro: Garamond.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (2006) “Sobre peixes e afeto – um devaneio acerca da ética no direito de família”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Família e dignidade humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson.

IBDFAM. (2007) *Estatuto das Famílias* – Projeto de Lei 2285/2007. Porto Alegre: Magister

JELIN, Elizabeth. (1995) "Familia y gênero: notas para el debate". *Revista Estudos Feministas*, v. 3, n. 2.

KUPER, Adam. (1978). *Antropólogos e a Antropologia*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves.

LARAIA, Roque de Barros (Org). (1969). *Organização Social*. Coleção: Textos Básicos de Ciências Sociais. São Paulo: Zahar

LEAL, Larissa Maria de Moraes (2006) *A indecisão problemática da dignidade humana e seus reflexos nas relações de filiação*. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ/FDR, Recife

LEMONS, Flávia Cristina Silveira. (2009) "O Estatuto da Criança e do Adolescente em discursos autoritários". *Fractal, Rev. Psicol.*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, abr.

LÉVI-STRAUSS, Claude (1980). "A Família" In: LÉVI-STRAUSS, Claude SPIRO, Melford, GOUGH, Kathleen. *A família: origem e evolução*. Porto Alegre: Editorial Villa Martha.

LÉVI-STRAUSS, Claude (1982). *As Estruturas Elementares do Parentesco*. Petrópolis : Vozes.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. (1999) "Constitucionalização do Direito Civil". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul.. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 22 ago. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. (2008a). *Famílias* (Direito Civil). São Paulo: Saraiva.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. (2008b) "Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental". *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, 10, 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. (2002) "Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 3 nov. 2009.

LONGHI, Márcia. (2001) *Ser homem, pobre e pai*. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

LOREA, Roberto Arriada. (2006) "Acesso ao casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual". *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 14, n. 2, set.

LUNA, Naara (2004) *Provetas e clones: teorias da concepção, pessoa e parentesco nas novas tecnologias reprodutivas*. Tese de doutoramento. Programa de Pós- Graduação em Antropologia Social, Museu Nacional, UFRJ.

MACHADO, Lia Zanotta. (2001) "Famílias e individualismo: tendências contemporâneas no Brasil". *Interface*. Botucatu, v. 5, n. 8, fev.

MALINOWSKI, Bronislaw (1986) DURHAM, Eunice Ribeiro (Org.) *Bronislaw Malinowski: Antropologia*. (coleção grandes cientistas sociais). São Paulo: Ática.

MALINOWSKI, Bronislaw. (2003). *Crime e castigo na sociedade selvagem*. Brasília: Editora da UNB.

MAUS, Ingeborg. (2000) "Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'". *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185, nov.

MAUSS, Marcel. (1979 [1921]) "A expressão obrigatória dos sentimentos". In: OLIVEIRA, Roberto Cardoso (org). *Mauss*. São Paulo: Ática.

MAUSS, Marcel. (2003) "Ensaio sobre a Dádiva". In: MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify.

MELLO, Luiz. (2005) *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Garamond.

MELLO, Luiz. (2006) "Familismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil". *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 14, n. 2, set.

MORGAN, L. H. (1985). "A Família Antiga" (Extraído de L. H. Morgan, *La Società Antica*, Milão, Feltrinelli) In CANEVACCI, Massimo (Org) *Dialética da Família: gênese, estrutura e dinâmica de uma instituição repressiva*. São Paulo: Brasiliense 4 ed.

MOTTA-MAUES, Maria Angelica. (2004) "Na 'casa da mãe'/na 'casa do pai': anotações (de uma antropóloga e avó) em torno da 'circulação' de crianças". *Rev. Antropol.*, São Paulo, v. 47, n. 2, dez.

MUNIZ FILHO, Mário M. (2008) "Princípios do Direito de Família" In. BAPTISTA, Silvio Neves (Coord.) *Manual de Direito de Família*. Recife: Edições Bagaço.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras (2001). *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica.

NOLASCO, Sócrates. (1995) *O Mito da Masculinidade*. Rio de Janeiro: Rocco, 2 ed.

OLIVEIRA, Francisco José de (2006) "*Famílias não legisladas: direitos fundamentais e normas constitucionais de inclusão*". Curitiba: Dissertação - Universidade Federal do Paraná.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. (2004) "Pesquisas *em versus* Pesquisas *com seres humanos*" In VICTORA et al (Orgs) *Antropologia e Ética: o debate atual no Brasil*. Niterói: EDUFF

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de; OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. (1996) *Ensaio antropológico sobre moral e ética*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. (2007) "'Isto é contra a natureza...': Acórdãos judiciais e entrevistas com magistrados sobre conjugalidades homoeróticas em quatro estados brasileiros". In: GROSSI, Miriam; UZIEL, Anna Paula; MELLO, Luiz. (Orgs.). *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond.

OLTRAMARI, Leandro Castro. (2009) “Amor e conjugalidade na contemporaneidade: uma revisão de literatura”. *Psicol. estud.*, Maringá, v. 14, n. 4, dez.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (1996). “Código Civil já nasce velho”. *Folha de São Paulo*. 10 ago.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (2004a) (coord.) “Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro” *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (2004b) *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Curitiba. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (2006). “Por uma principiologia para o direito de Família”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Família e dignidade humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, SILVA, Cláudia Maria (2006) “Nem só de pão vive o homem”. *Sociedade e Estado*. Brasília, v. 21, n. 3, set./dez.

QUADROS, Marion (1996). *Construindo uma nova paternidade? As representações masculinas de pais pertencentes às camadas médias em uma escola alternativa em Recife*. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

RADCLIFFE-BROWN. (1989). *Estrutura e Função nas Sociedades Primitivas*. Lisboa: Ed. 70

REALE, Miguel. (1996) “O projeto de Código Civil no Senado”. *Folha de São Paulo*. 21 ago.

REALE, Miguel. (2002) “As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil”. In: *Comentários sobre o Projeto de Código Civil Brasileiro*. Brasília: Série Cadernos do CEJ, Vol 20.

REZENDE, Claudia Barcelos, COELHO, Maria Claudia (2010). *Antropologia das Emoções*. Rio de Janeiro: FGV

RIOS, Roger Raupp (2001) *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe

RIOS, Roger Raupp (2007) "Uniãos homossexuais: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade de comunidade familiar." In: GROSSI, Miriam; UZIEL, Anna Paula; MELLO, Luiz. (Orgs.). *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond.

RODRIGUES, Laís Oliveira. (2009) *Entre relacionamentos, circulações e rearranjos: configurações familiares no contexto da paternidade na adolescência*. Dissertação. Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

RUBIN, Gayle. (1989) "Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad". In: VANCE, Carole (Org.). *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*. Madrid: Revolución Madrid.

RUBIN, Gayle. (1993) *O tráfico de mulheres: notas sobre a "economia política" do sexo*. Recife: SOS Corpo.

RUSSO, Jane A. (2004) "Uma leitura antropológica do mundo 'psi'". *Mnemosine*. Vol. 1, nº0.

SAHLINS, Marshall. (1999). *Ilhas de História*. Rio de Janeiro: Zahar.

SALEM, Tânia. (1978). "Entrevistando famílias: notas sobre o trabalho de campo". In: NUNES, Edson (org) *A aventura sociológica: objetividade, paixão, improviso e método na pesquisa social*. Rio de Janeiro: Zahar.

SALEM, Tânia. (1989) "Casal igualitário: Princípios e impasses". in: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. N.9 vol. 3, Rio de Janeiro.

SAMARA, Eni de mesquita (1987) "Tendências atuais da história da família no Brasil". ALMEIDA, A. M., CARNEIRO, M. J. & GONÇALVES, P (Orgs.). *Pensando a Família no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, UFRJ.

SAMARA, Eni de mesquita, (1983). *A Família Brasileira*. São Paulo: Brasiliense.

SANTANA, Inês Helena Batista de. (2009) "*Entre o panthéon e a delegacia de polícia: a atuação de psicólogos jurídicos em casos de falsas acusações de violência sexual*". Dissertação - Programa de Pós-Graduação em Psicologia. Universidade Federal de Pernambuco.

SARTI, Cynthia Andersen (2005) "'Deixarás pai e mãe': notas sobre Lévi-Strauss e a família". *Revista Antropológicas* 16(1).

SCHNEIDER, David Murray. (1984). *A critique of the study of kinship*. University of Michigan Press.

SCHUCH, Patrice. (2005). *Práticas de Justiça: uma Etnografia do "Campo de Atenção ao Adolescente Infrator" no Rio Grande do Sul depois do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Tese de doutorado em Antropologia Social. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

SCHUCH, Patrice. (2006). Direitos e sensibilidades: uma etnografia das práticas de justiça da infância e juventude. In: GROSSI, M; HEILBORN, M. L.; ZANOTTA, L. *Antropologia e Direitos Humanos* 4. Blumenau: Nova Letra.

SCHUCH, Patrice. (2009). "Amor, paz e harmonia em assuntos de justice: o Brasil e os princípios internacionais dos direitos da criança e do adolescente" In: FONSECA, Claudia, SCHUCH, Patrice (Orgs.). *Políticas de proteção à infância: um olhar antropológico*. Porto Alegre: Editora da UFRGS.

SCOTT, Joan (1995). "Gênero: Uma Categoria Útil de Análise Histórica". *Educação e Realidade*. 20 (2).

SCOTT, Russell Parry (2002) "Envelhecimento e Juventude no Japão e no Brasil". MINAYO, Maria Cecília de Souza, COIMBRA JR., Carlos, E. A. *Antropologia, Saúde e Envelhecimento*. Rio de Janeiro. Ed. Fiocruz

SCOTT, Russell Parry. (2001) "Famílias sem casais e diversidade conjugal no Brasil". *Interseções: revista de estudos interdisciplinares*. Rio de Janeiro. Ano 3, n 2 jul-dez.

SCOTT, Russell Parry, (2004) "Família, Gênero e Poder no Brasil do Século XX". *BIB: Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, no. 41, Rio de Janeiro, UERJ.

SCOTT, Russell Parry, (2005). "Família, moralidade e as novas leis". In: ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula; FERREIRA, Verônica. (Orgs.). *Novas Legalidades e Democratização da Vida Social: Família, Sexualidade e Aborto*. Rio de Janeiro: Garamond.

SERRUYA, Suzanne (1996). *Mulheres Esterilizadas: Submissão e Desejo*. Belém. NAEA / UFPA / UEPA

SIGAUD, Lygia. (2004). "Armadilhas da honra e do perdão: usos sociais do direito na mata pernambucana" *Mana* 10(1), abr.

SILVA, Cláudia Maria da. (2005). "Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho". *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 25, ago./set.

SINGLY, François de. (2000) "O nascimento do indivíduo individualizado e seus efeitos na vida conjugal e familiar". In: PEIXOTO, Clarice E., SINGLY, François, CICCHELLI, Vincenzo. *Família e individualização*. Rio de Janeiro: FGV.

SINGLY, François de. (2007) *Sociologia da família contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV

SORJ, Bila; GOLDENBERG, Mirian (2001). "Um novo modelo de família: coesão e centramento nos filhos". *Interseções: revista de estudos interdisciplinares*. Rio de Janeiro. Ano 3, n 2 jul-dez .

TARNOVSKI, Flávio Luiz. (2003) *Pais assumidos: adoção e paternidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)–Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (2006) "A disciplina jurídica da autoridade parental". In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Família e dignidade humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson.

TEIXEIRA, Maria de Fátima da Silva e BELÉM, Ruth Cristina da Costa. (2000) "Breve Relato sobre a Implantação de um Serviço de Psicologia Jurídica". In: BRITO, Leila Maria Torraca de (org.). *Temas de Psicologia Jurídica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará.

TEPEDINO, Gustavo. (2003) "Normas constitucionais e direito civil". *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano IV, Nº 4 .

THÉRY, Irène. (2001), *Le démariage: justice e vie privée*. Paris, Odile Jacob.

THURLER, Ana Liési (2010) *Uma perspectiva feminista*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Uma%20perspectiva%20feminista.pdf

UZIEL, Anna Paula. (2004) "Homossexualidade e parentalidade: Ecos de uma conjugação". In: HEILBORN, Maria Luiza (Org). *Família e Sexualidade*. Rio de Janeiro: FGV.

UZIEL, Anna Paula. (2007) *Homossexualidade e Adoção*. Rio de Janeiro: Garamond.

VAITSMAN, J., (1994). *Flexíveis e Plurais: Identidade, Casamento e Família em Circunstâncias Pós-Modernas*. Rio de Janeiro: Rocco.

VELHO, Gilberto. (2001) "Família e parentesco no Brasil contemporâneo: individualismo e projetos no universo de camadas médias". *Interseções: revista de estudos interdisciplinares*. Rio de Janeiro. Ano 3, n 2 jul-dez

VELHO, Gilberto. (2004). In: *Individualismo e Cultura. Notas para uma Antropologia da Sociedade Contemporânea*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 7 ed.

VIANNA, Adriana de R. B. (2002) "Quem deve guardar as crianças? Dimensões tutelares da gestão contemporânea da infância". In: LIMA. Antônio Carlos de S. *Gestar e gerir: estudos para uma antropologia da administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Núcleo de Antropologia Política/UFRJ.

VIVEIROS DE CASTRO, E.; ARAÚJO, R. Benzaquen. (1977). "Romeu e Julieta e a Origem do Estado". In VELHO, G. (org.), *Arte e Sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar.

WOORTMANN, Klaas. (1977), "Reconsiderando o parentesco". *Anuário Antropológico*/76, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.

WOORTMANN, Klaas. (2002) "A idéia de família em Malinowski". *Revista Campos*. Universidade Federal do Paraná, v. 2.

YNGVESSON, Barbara. (2007) "Parentesco reconfigurado no espaço da adoção". *Cad. Pagu*, Campinas, n. 29, Dez.

ZAMBRANO, Elizabeth. (2006) "Parentalidades 'impensáveis': pais/mães homossexuais, travestis e transexuais". *Horiz. Antropol.*, Porto Alegre, v. 12, n. 26, dez.

ZARIAS, Alexandre. (2008), *Das leis ao avesso: desigualdade social, direito de família e intervenção judicial*. Tese de doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, datilo.

2 – LEGISLAÇÃO

BRASIL . *Lei no 6.697*, de 10 de outubro de 1979 (Institui o Código de Menores). Disponível em:
http://www.mp.sp.gov.br/porta1/page/porta1/cao_infancia_juventude/legislacao_geral/leg_geral_federal/LEI_6697_79.HTM

BRASIL. *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008 (Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada) Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm

BRASIL. *Código Civil* (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>

BRASIL. *Código Civil* (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>

BRASIL. *Código de Processo Civil*. (LEI Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm

BRASIL. *Código Penal* (Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.) Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 24 de Fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1969* - emenda constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil* (de 25 de Março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010* (Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm

BRASIL. *Estatuto de Criança e do Adolescente*. (Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm

BRASIL. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro* (Decreto-lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>

BRASIL. *Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977* ([Lei do Divórcio] Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm>

BRASIL. *Lei nº 11.441 de 04 de janeiro de 2007* (Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm