A evolução da família e seus direitos

A evolução da família e seus direitos
The evolution of the family rights

Maria Berenice Dias[1]

Palestra de abertura do X Congresso Brasileiro de Sexualidade Humana,promovido pela Sociedade Brasileira de Estudos em Sexualidade Humana, em 15/9/2005, na AMRIGS, Porto Alegre – RS.

Resumo

A evolução dos direitos de família segue a trajetória da própria família. A tentativa de manter a estrutura da sociedade pela sacralização do vínculo matrimonial levou ao engessamento do afeto em um casamento indissolúvel. O modelo hierarquizado, conservador e patriarcal foi desastroso e sofreu severo golpe quando as uniões extramatrimoniais passaram a desempenhar significativo papel social, o que ensejou o rompimento de alguns paradigmas.

Emerge agora novo conceito de família, que tem como elemento identificador a afetividade. O alargamento do conceito de família para além do casamento acabou permitindo o reconhecimento de outras entidades familiares. Assim, também as uniões de pessoas do mesmo sexo, as chamadas uniões homoafetivas, passo a passo, buscaram inserção no âmbito do Direito das Famílias.

Palavras-chave: Direito de Família, casamento, união estável, homoafetividade.

Abstract

The evolution of the family rights follows the path of the family itself. The attempt to maintain the structure of the society through the sacralization of the marital bond, ended up inhibiting the affection issue in an indissoluble marriage. The hierarchyzed model, conservative and patriarcal was a disaster, and suffered a tremendous blow when the extramarital unions began to perform a significant social role, thus causing the rupture of some paradigms.

Now emerges a new concept of family, that has as an identifying element the presence of the affection bond. The widening of the family concept beyond the marriage, ended up allowing the recognition of other family entities. So, the unions of people of the same sex, referred to as homoaffective, are, step by step, looking for its insertion as a family at a legal right level.

Key words: Family Law, marriage, stable union, homocaring – homoaffective.

De há muito tempo o Direito tem se colocado à margem dos problemas afeitos à sexualidade humana. Tabus e preconceitos que existem na sociedade acaba refletindo-se na postura não só do legislador, mas também do juiz.

Foram os profissionais que se lançaram a estudar a sexualidade, que acabaram, de forma corajosa, alertando que se deve cuidar não somente do corpo, mas também da integridade psíquica da pessoa humana. Com isso o compromisso com a saúde, com a vida, passou também assumiu cuidar da alma.

Nessa busca, os médicos, principalmente os psiquiatras, bem como os psicólogos não medem esforços e ultrapassam todos os limites. O fato de diariamente aceitarem desafios torna-os cúmplices de seus pacientes, na luta para vencer um inimigo comum. E isso lhes dá mais sensibilidade para cumprir a obrigação de garantir saúde ao cidadão, que, conforme assegura a Constituição Federal, é um direito fundamental.

Se saúde é o bem-estar físico, psíquico e mental, nada mais é do que o direito à felicidade. Certamente, se os profissionais da área da saúde tivessem o ritmo, tantas vezes moroso, dos profissionais do Direito, a Medicina não teria avançado tão fantasticamente em garantir a longevidade e a qualidade de vida que hoje se desfruta. Não se teria sequer descoberto a penicilina!

A Justiça é retardatária, sempre vem depois do fato e quer impor o cumprimento da lei, simplesmente negando qualquer direito a quem age contrário aos modelos de comportamento aceitos pela sociedade.

Ora, o legislador, com sua postura conservadora, tenta manter aquilo que está posto. Mas a vida não pára quieta! Diante do novo, todos agem como se estivesse com o freio de mão puxado, e isso gera um círculo vicioso.

Ainda que a função do Legislativo seja fazer leis que atendam às necessidades de todos os segmentos sociais, fica excluído da juridicidade tudo o que pode gerar algum índice de rejeição. Quando surge alguma proposta de regulamentar algo que foge aos padrões convencionais, tidos como aceitáveis pela maioria, o legislador prefere omitir-se. Tem medo de

desagradar seu eleitorado, pôr em risco sua reeleição. É bem mais confortável não votar, abandonar o Plenário e não se posicionar.

Porém, a omissão decorrente do mero receio de assumir uma posição, acaba adquirindo conotação punitiva. O silêncio do legislador passa a ser chamado pelo juiz de silêncio eloqüente, como se a ausência de lei tivesse algum significado. O medo é confundido com intenção deliberada de negar direitos.

De qualquer forma, a falta de lei não faz nada desaparecer, e as situações, mesmo sem o referendo legal, acabam batendo às portas dos tribunais. O juiz, ao ser convocado a decidir questão referente a fato que não tem previsão normativa, também se omite, por considerar que a negativa do legislador significa vontade de não emprestar juridicidade à hipótese trazida a julgamento. A falta da lei é considerada como manifestação de vontade do Estado de não referendar determinada situação, quando não passa de mera covardia do legislador, que tem medo de votar, de se posicionar e não ser reeleito.

O resultado é perverso, pois implica condenação à invisibilidade, que é a forma mais cruel de exclusão da cidadania.

Em se tratando dos crimes sexuais, cabe primeiro uma alerta: nem esta nomenclatura é utilizada no Código Penal. Talvez porque seja uma lei do ano de 1940, tais delitos são chamados crimes contra os costumes. Isto é, o bem lesado, a afronta não é a liberdade sexual, mas aos costumes, ou seja, à paz social.

Outro absurdo: para desencadear-se a ação penal, é necessária a representação da vítima. Ou seja, o Estado não tem interesse em punir quem pratica tais crimes e só age quando a vítima manifesta interesse em que o réu seja processado. O mais paradoxal é que o estupro é um crime hediondo, segundo a Lei

dos Crimes Hediondos, mas o processo só tem início se a vítima fizer a representação contra o ofensor.

Até o ano passado, o casamento da vítima de um crime sexual extinguia a punibilidade do abusador. Isto é, simplesmente o crime desaparecia e o processo acabava, como se nada tivesse ocorrido! A lei só foi modificada porque um coronel do Nordeste que estava sendo processado pela prática de sete (7) estupros conseguiu que empregados seus casassem com as vítimas, livrando-se, com isso, de todos os processos. Em face desse episódio, que teve ampla repercussão, é que se acabou retirando dita excludente da criminalidade. Com isso deixou o corpo da vítima de ser um meio de livrar das garras da lei o réu que havia praticado um crime hediondo.

Outro exemplo é a questão do aborto. Como matar alguém é crime de homicídio, o aborto é proibido. No entanto, é admitida sua prática em duas hipóteses. Uma delas é quando a gravidez coloca em perigo a vida da gestante. Neste caso, não constitui crime interromper-se a gravidez. Tal configura o que se chama de estado de necessidade, que sequer reclamaria previsão expressa, pois em defesa da vida sempre é possível sacrificar a vida de outrem. No entanto, como é necessária a participação de uma terceira pessoa para levar a efeito o aborto, talvez seja esta a justificativa para a previsão desta excludente de modo destacado.

A outra possibilidade de interrupção da gravidez admitida pela lei penal é a decorrente de estupro. Claro que o bem tutelado não é a liberdade da mulher de não querer gerar um filho fruto de uma relação sexual indesejada. Basta lembrar que, sendo a vítima menor de 14 anos, mesmo que a relação tenha ocorrido sem violência, se configura o crime. Assim, ainda que eventualmente o ato sexual tenha sido desejado, possível é a interrupção da gravidez, quando houver a manifestação de vontade não da vítima, mas de seus pais.

Vê-se, pois, que se preocupou o legislador muito mais em

preservar a imagem da família do que a dignidade da vítima. Isto porque a lei presume ser do marido todo filho nascido dentro de um casamento. É o que se chama de presunção da paternidade: o pai é sempre o marido da mãe. Logo, ocorrendo o estupro de uma mulher casada, por presunção legal, esta criança é reconhecida como filha do marido da vítima. Portanto, é para evitar a inserção na família, de um bastardo como filho legítimo, é que a lei possibilita o aborto.

Mas, ainda assim, mesmo a lei admitindo nessas duas hipóteses a prática do aborto, o SUS não autoriza sua prática. Ou seja, há o direito, mas não há como ser exercido por quem não tem condições de pagar pelo procedimento. Logo, este direito ainda que exista, é um direito que só beneficia quem tem dinheiro de pagar um médico que realize o aborto. As pobres precisam parir o filho fruto do estupro. Apesar de terem direito ao aborto, não tem como realizá-lo, ainda que a saúde seja constitucionalmente assegurada a todos de forma gratuita.

Só agora, de maneira muito tímida, começam a surgir, depois de muitas lutas, de verdadeiras guerras, o reconhecimento de que alguns fatos precisam ser tipificados na lei como crimes, até para efeitos pedagógicos. Não faz cinco (5) anos que o assédio sexual ingressou no Código Penal. Ainda assim, é delito de pequeno potencial ofensivo, o que significa que a condenação pode constituir-se no fornecimento de cestas básicas.

A violência doméstica, certamente o crime que mais vítimas produz, só agora dispõe de um estatuto que a regulamente. Ainda assim, não é determinado de forma impositiva e nem são estabelecidos prazos para adoção de nenhuma das medidas previstas, nem para a implantação das Varas contra a Violência Doméstica.

Aliás, tudo o que se relaciona a questões que dizem respeito a mulheres, crianças, homossexuais e outros segmentos-alvo da exclusão social, são tratados com total desdém. Até parece ser assunto de somenos importância. Nem é por outro motivo que,

nos processos envolvendo crimes sexuais, violência doméstica, assédio sexual e moral, a tendência é culpabilizar a vítima. O número de absolvições é escandaloso, o que gera a consciência da impunidade e assegura a perpetuação de sua prática.

Isso tudo por quê?

Porque o poder sempre esteve na mão dos homens. Eles lidam com o dinheiro, manejam o poder pelo dinheiro. Logo, o que tem valor é o que dispõe de expressão econômica. Poder e dinheiro são assuntos de homem, e esses são os temas que têm importância. Como são eles que estão no exercício do poder, fazem as leis e as aplicam sempre atentos aos seus próprios interesses.

De outro lado, a prática sexual sempre foi uma prerrogativa masculina. O prazer foi reservado ao homem. Ele, desde muito cedo, é incentivado ao livre exercício da sexualidade.

O menino tem que provar que é homem, tanto que era levado pelo pai ou por algum parente a um prostíbulo para "tornar-se homem". Tem que ser forte, não pode chorar, não pode brincar de boneca e a cozinha não é o seu lugar. O fantasma da homossexualidade sempre incentivou estas posturas.

Vivemos em uma sociedade falocêntrica.

Há mitos que cercam o mundo masculino porque a função reprodutiva depende do macho, do seu falo. A procriação está condicionada ao gozo do homem. Sem o orgasmo masculino não há reprodução.

A ele sempre foi permitida e incentivada a prática sexual, tanto antes como durante o casamento. As mulheres foram educadas para compreender as traições masculinas como se houvesse uma necessidade natural da prática sexual.

Existe uma naturalização dos papéis de gênero. No homem, é reconhecida a existência do instinto sexual; e, na mulher, do

instinto maternal. Ela não passa de úteros de pernas, infindável aparelho reprodutor.

O recato é uma virtude exclusivamente feminina.

As meninas sempre tiveram que ser dóceis, puras, castas. No máximo podiam falar de amor, sonhar com a felicidade, com o príncipe encantado. A submissão sempre lhes foi imposta. Além do mais tinham que casar virgens.

Quando o homem sustenta a mulher, então tem o sentido de a ter comprado, tornando-a seu objeto de uso pessoal. Ele é educado para não tolerar a independência sexual feminina. Por isso sempre teve com relação à mulher sentimento de dominação, de propriedade, para ter certeza da filiação. Os filhos dela só podiam ser filhos dele. Daí a exigência da virgindade. Tanto que até hoje, quando o homem se vinga da infidelidade da esposa matando-a, há a alegação da legítima defesa da honra, excludente da criminalidade que não está na lei. Ainda assim, muitos homens são absolvidos.

Com todo o silêncio e o recato imposto às mulheres, elas acabam reféns do silêncio. Não denunciam os abusos de que são vítimas. Aliás, sua verdade nunca é digna de crédito. Sua palavra tem menos valor. Sempre se emprestou menos valia à sua versão, questionando-se sempre sua postura. A tentativa é culpabilizá-la pelo ocorrido.

Como são as mães que criam os filhos, e como sexo é um assunto proibido, elas não assumem a educação sexual da prole, que acabam tornando-se presas fáceis da pedofilia e do incesto.

A esterilidade é um drama, sendo considerada uma falha atribuída sempre à mulher. Na adoção, a busca de uma criança que seja a imagem e semelhança dos adotantes visa a encobrir uma deficiência, uma incompetência em atender a uma exigência social. Daí o sigilo imposto e a dificuldade de revelar ao filho que ele é adotado.

Mas, ainda que haja esta verdadeira guerra dos sexos, as pessoas se atraem e buscam alguém para amar. É o que diz um trecho da música de Vinicius de Moraes: “Não dá para ser feliz sozinho!”

Do fato natural do acasalamento, que decorre da busca do sonho de felicidade, apropriaram-se todas as religiões e todos os credos. O afeto acabou engessado no casamento: ou como um sacramento, ou como uma instituição.

Ainda que a origem da união seja o vínculo afetivo, o interesse na sua manutenção é tão-só para assegurar a procriação. A Igreja quer garantir o aumento do número de fiéis. Daí, *crescei e multiplicai-vos até que a morte vos separe*. É tal o interesse que sequer o uso de métodos contraceptivos é admitido. Nem a popular camisinha, que não interrompe nada, que não elimina vidas, não é aceita, e isso em época de AIDS!

Também o Estado ritualizou o desejo de completude de um par pelos “sagrados” laços do matrimônio. Até o ano de 1988, somente as uniões constituídas pelo casamento eram reconhecidas como família e recebiam especial proteção.

Esta foi a maneira encontrada pelo Poder Público de desonerar-se de sua responsabilidade de garantir a vida em sociedade a todos, desde o nascimento. Delega esta função e coloca-se em confortável terceira posição. É o que diz a Constituição Federal (art. 227): “É dever da família, da sociedade e do Estado…”

Com isso o Estado gera sua própria irresponsabilidade. Esta tentativa de safar-se das obrigações para com os seus cidadãos é que dá origem à solidariedade familiar, ao poder familiar. Nada mais do que mecanismos de impor reciprocamente aos membros da família obrigações e encargos. Aliás, por tudo isso é que o casamento era indissolúvel. Era, não; ainda é.

Mesmo com o advento da Lei do Divórcio, mister se faz a

atribuição de culpas ou o adimplemento de prazos para se obter a separação ou o divórcio. Ora, a necessidade de identificar responsabilidades acaba afrontando o direito à intimidade e à privacidade. Ao depois, determinar ao casal que, contra a vontade de ambos, esperem o decurso de prazos para pôr fim ao casamento revela-se como descabida interferência ao direito de liberdade. Também não mais se justifica a permanência do instituto da separação, que rompe o casamento, mas não dissolve o vínculo conjugal. Depois de obtida a separação, ainda é necessário que as pessoas voltem a juízo para a conversão da separação em divórcio.

A família assim tutelada pelo Estado sempre teve um perfil patriarcal, sendo uma relação hierarquizada, patrimonializada, verticalizada e, é claro, heterossexual. O homem era o chefe da sociedade conjugal, o cabeça do casal, o administrador dos bens da família. Tudo isso assegurava a supremacia masculina, o que acabava chancelando a violência doméstica.

Outro efeito perverso da necessidade de mantença da família era tanto a vedação do reconhecimento dos filhos ilegítimos como a negativa de direitos às uniões extramatrimoniais.

Também a imposição da fidelidade – diga-se, a bem da verdade, imposição feita só às mulheres – é que gera a presunção de paternidade, com a só finalidade de garantir os aspectos patrimoniais do casamento. Se todos os filhos de uma mulher são filhos do marido, fica assegurada a mantença da titularidade do patrimônio ao núcleo familiar.

Mas o modelo patriarcal da família vem sofrendo duros golpes.

Primeiro, foi o movimento feminista. As mulheres passaram de objeto de prazer a sujeitas de desejo. Deixaram de ser reféns da gravidez e conquistaram a liberdade sexual. Caiu o mito da virgindade, e elas adquiriram o direito de escolher seus parceiros, de sair do casamento, de constituir uniões sem o selo da oficialidade.

Tal levou a Constituição Federal a emprestar juridicidade ao afeto. Ao ser reconhecida como família a união estável, ou seja, a união entre duas pessoas constituídas pelo laço da afetividade, houve o alargamento conceitual do que é família. Deixou de ser casamento, sexo e reprodução para ser identificada como o fruto de um elo de afetividade.

Igualmente o movimento homossexual levou à quebra do paradigma da união sacralizada com fins procriativos.

Não mais cabe a naturalização da heterossexualidade.

Afinal, o que não é fruto de uma escolha não pode ser considerado um fracasso.

Formas de manifestação da sexualidade, por serem minoritárias e se afastarem do modelo tido por normal, nem por isso podem ser rotuladas como crime, pecado, vício ou afronta à moral e aos bons costumes.

As uniões homossexuais – que prefiro chamar de homoafetivas, expressão mais condizente com a natureza do vínculo que une duas pessoas do mesmo sexo – precisam deixar de ser condenadas ao repúdio social e à invisibilidade jurídica.

Surge perverso círculo vicioso: como *gays*, lésbicas, travestis e transexuais são alvo da discriminação social, o legislador, com medo de comprometer sua reeleição, não aprova leis que atendam a esses segmentos. Assim, nem a lei da parceria civil registrada, nem a que autoriza a alteração do registro civil aos transexuais, que têm identidade sexual diversa da verificada no nascimento pelas características morfológicas externas, conseguem ser aprovadas.

Há, portanto, um vácuo legislativo. Em face da ausência da lei, a Justiça acaba negando direitos, como se a falta de uma norma legal significasse ausência de direitos.

O resultado não pode ser mais desastroso.

Diante da morte de um dos parceiros, o patrimônio amealhado durante a união que perdurou por muitos anos é entregue a parentes distantes que, em regra, discriminavam sua orientação sexual.

Os transexuais, que conseguem adequar sua aparência à sua identidade psíquica, após se submeterem a intermináveis tratamentos hormonais e a várias intervenções cirúrgicas, não conseguem alterar o nome no registro civil e acabam sujeitando-se a toda sorte de desrespeito e desconfiança ao simplesmente emitirem um cheque ou tentarem viajar de avião.

Se vivemos, como todos insistem em dizer, em um país livre, em um Estado Democrático de Direito, no qual o respeito à dignidade humana é o bem maior, está na hora de deixarmos de ser agentes da intolerância. Nesse mundo, ainda que tão segmentado, tão dicotômico, tão maniqueísta, não há mais espaço para manifestações de repúdio aos vínculos afetivos que fogem do parâmetro homem e mulher.

A responsabilidade de emprestar visibilidade, resgatar a cidadania a todas as manifestações que têm o afeto na sua origem é de todos nós. Temos que deixar de ser agentes da intolerância, do preconceito.

Não há outra possibilidade senão uma visão interdisciplinar da natureza humana. É preciso que os profissionais do Direito se engajem no estudo da sexualidade humana com todas as suas nuances, suas dimensões biológica, psicológica e sócio-cultural. Indispensável o congraçamento dos saberes para que sejam reconhecidos os direitos de cidadania.

Afinal, a busca da felicidade não tem cor, não tem sexo, não admite preconceito e não tem limites.

Publicado em 13/08/2006.

[1] Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

www.mariaberenice.com.br

mbdias@terra.com.br