

Tutela Constitucional da Família e a Metáfora do Estatuto Jurídico Conceitual da Violência Familiar

LUIZ EDSON FACHIN

Professor Titular de Direito Civil e Diretor da Faculdade de Direito da UFPR - Universidade Federal do Paraná; autor de diversas obras e artigos sobre Direito de Família e Direito Civil contemporâneo

Nota prévia

Ao ensejo da publicação de número especial da Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, ao completar 15 anos a Constituição de 1988, ao acedermos ao honroso convite concluímos ser propícia a ocasião para explicitar algumas reflexões que sistematizam e amplificam preocupações teóricas e práticas no campo da tutela constitucional da família.

A Constituição Federal de 1988 tornou-se também o centro da regulação jurídica principiológica do Direito de Família, abrindo horizontes para uma compreensão socioafetiva das relações familiares, superando o dogmatismo acríptico do modelo monolítico e excludente.

Nada obstante, entre a proclamação discursiva e a prática efetiva resta um longo caminho, permeado agora também pela vigência do novo Código Civil brasileiro a partir de 11 de janeiro de 2003.

Mais que isso: enxergamos um relevante passo a dar na própria concepção do discurso jurídico normativo, didático ou legislativo. A superação concreta da exclusão familiar não se resume na adoção teórica do princípio da igualdade. Deve ir além, abarcando sua efetividade, aí também entendida a dimensão dos significantes e significados desse mesmo discurso normativo.

Desse modo, as idéias que seguem, singelas e precárias, suscitam essa controvérsia, e têm como premissa o valor axiológico da Constituição de 1988, diploma marco na tradução de um novo cenário jurídico para o Direito de Família no Brasil. Para fazer a travessia dessa discussão o texto que vem a seguir explicita-se através dos signos lingüísticos utilizados e por meio dos sentidos metafóricos aí propositadamente inseridos.

INTRODUÇÃO

Na crise familiar captada pelo Direito, o presente refilma publicamente o futuro acontecido ontem, fazendo queimadas ao redor de si. Viver na casa epistemológica da família contemporânea pode se tornar esse passeio pela concordata social, repetição generalizada de conceitos súditos em tempos paradoxalmente beatíssimos. À imagem e semelhança do Direito, o corpo familiar dança no corpo social sempre na véspera da guerra.

A questão, pois, pode estar precisamente em compreender tais contradições¹ na família, expostas na passagem da casa à praça, e espelhadas numa sociedade que reproduz, em maior ou menor grau, o microcosmo dessa instância intermediária entre o Estado e os átomos sociais.

Nesse paralelo entre a família e a sociedade, formas compulsivas impõem laços de apropriação e governam o governo do gozo, da fruição, da disposição e da reivindicação. A família, assim, se, de um lado, fundo espaço de afeto, de refúgio, de autonomia e de liberdade, de outra parte, instala campo propício ao desafeto, ao desabrigo, à subordinação e à dependência. Essa ambivalência é apropriada pelo Direito que a revela no conjunto de conceitos e categorias que se apropriam da família. Eis o impasse do tempo proprietário, tão verdadeiro quanto dizer que voar é com os pássaros.

Na família, a transgressão originária quer fazer da maternidade um destino e da descendência um limite dirigido ao pai nosso de cada dia. Nos papéis principais dessa trindade está a imagem da representação jurídica, apta a cativar discursos, conceitos e formas. Nela se instala a neurose corrosiva do ter e o código jurídico dissimula o não-dito. Essa violação primeira não se faz lei mais forte apenas por meio da lei do mais forte.

Uma legião de súditos, corpos e conceitos, objetos e supostos sujeitos, falam como falam, andam como andam, e se dispõem, numa travessia que supõem estar em curso, a sonhar profanações enquanto adoram e

¹ Anote-se, a propósito, o que se colhe do texto IX sobre a família na obra coletiva organizada por Horkheimer e Adorno: "Seja como for, parece que os elementos atuantes na família, num sentido positivamente humano, como condições de autonomia, liberdade e expressão, não poderiam ser eternizados com a simples eliminação do que neles foi superado. É ilusório pensar que se possa realizar uma família de pares e iguais numa sociedade em que a humanidade não é autônoma e na qual os direitos humanos ainda não tenham sido realizados numa medida mais concreta e decisiva do que a atual. É impossível manter a função protetora da família e eliminar o seu aspecto de instituição disciplinar, enquanto tiver de proteger os seus membros de um mundo em que é inerente a pressão social, mediata ou imediata, e que, necessariamente, terá de transmiti-la a todas as suas instituições." ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. **Temas básicos da sociologia**. São Paulo: Editora Cultrix, s.d., p. 147.

veneram seus papéis. É aquele que, por isso mesmo, bate em seu filho à noite e amanhece professor em escolas da vida dia seguinte. Eis aí a força bruta que se legitima precisamente por ser contrária ao Direito e ao sentido de justiça.

A causa do constrangimento físico ou moral, da coação, da ofensa e da devassa, está antes, previamente transportada para o não-direito, posta na dobra. A violência familiar violenta antes um lugar anterior e para conhecê-lo um pouco melhor cabe ir além dos anteparos que o Direito e os laços sociais edificam feito biombos para resguardo e proteção, anteparando-se da tentação do perquirir-se sobre o indizível, essa partícula elementar de violência que constitui o que somos.

1 - Morfologia dos papéis : parindo cativos?

A família plural, aberta à arquitetura do afeto e sem molduras prévias, disseca limites e possibilidades da superação da vida insular. Nela se projeta o que está nascido no olhar que instaura essa viagem. O ninho se constitui sob o nascimento viável de um desenho que decola com prováveis escalas nas estações da maternidade e da paternidade.

A organização conceitual desse coletivo passa pela concessão do acesso a papéis que abraçam no horizonte do conceito, os seus concretos: filhos e pais se formam comunidade que se aglomera em definições, direitos, deveres, prazos e desvinculações. O Direito se ocupa da família como se ocupava, antes, do Estado², e do público privado da família nasce e se desenvolve o privado “publicizado” por normas jurídicas, não raro de índole constitucional.

De dois conceitos fundamentais esse direito cuida: os da paternidade e da maternidade.

Uma imagem pode evocá-los de outro lugar, senão vejamos. Em Évora, no centro da nave, à esquerda, a Catedral da Sé mostra mais que imagem

² Assim se expressou, nesse sentido, análise acutíssima: "De um modelo de política do direito dogmático-político, teríamos passado de um modelo de política do direito pragmático-político. Isto confirmaria que as relações 'privado-público' não se estabeleceriam mais no espaço que nós definimos anteriormente, e que uma relação fortemente fundada politicamente entre direito e costumes daria lugar a uma relação marcada pela ilegitimidade recíproca: os costumes seriam a resultante de uma justaposição de aspirações individuais sem que esta situação assumida claramente, conscientemente, pelos próprios indivíduos, nem inscritas explicitamente em um projeto político (no sentido de projeto mobilizando o conjunto dos cidadãos); o direito se tornaria aqui um instrumento de gestão dos problemas do 'privado' surgindo na cotidianidade, e de vontades políticas diversas nascidas de conjunturas particulares. COMMAILE, J. "Direito e costumes ou o surgimento de um modelo de ilegitimidade recíproca". *In* : BARRETO, V. (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 20.

instigante do Alentejo português. Lá se vê na virgem grávida paradoxo que floresce no debate acérrimo da origem da concepção. Há, nela, mais do que se pode ver.

A imagem espelha a mão esquerda da mãe acariciando o ventre saliente, perfil que faz a circunferência do semicírculo da letra “o”. A mãe da mãe aponta suavemente para cima, não apenas o teto celeste, mas por certo aquela promessa dos céus.

Dois sinais diversos que revelam movimentos do corpo de uma mulher que aparece, ali, a sós, remetida a um pai ambivalente.

Essa suposta certeza materna, fruto também de uma suposta maternidade, fundou, em torno da mãe, o estatuto jurídico da descendência que se instalou nos modelos dos códigos jurídicos.

O filho que, sendo muito mais um prometido, filho, a rigor, pode não ser, gestado pela mãe que é, mesmo não sendo, e submetido a uma paternidade que reclama ausência, instaura um desafio que, diante de tanto vazio, chama o verbo jurídico para preenchê-lo. A lei jurídica presentifica os ausentes e, por definição, torna mãe, pai e filho tanto os que realmente o são quanto aqueles que não são e quiçá nem optaram por ser.

O ente parido de um lugar interditado ao Direito se dá, no direito, como representação, palco e cena. Personagens se movimentam, no amor e na indiferença, transportados pela garantia impossível da felicidade.

Essa via jurídica pode ser, de fato, a expressão domiciliar eudemonista; no entanto, pode atestar os desencontros do afeto, uma abertura à obtenção, pela força ou pela execução do incontrito, da expropriação desse espaço de sujeito.

2- A violência construída

Ameaças, vias de fato e vulnerabilidade são sintomas da transformação do sujeito em vítima, e da vítima em objeto³. A integridade física e moral é violada pela condição que flui do estado jurídico introdutor da violação como antítese da regra. O Direito constrói o espelho invertido do real. Apropria-se do que não quer se ver para atestar exatamente a exis-

³ O espelho das contradições revela a família: "...el nacimiento de la civilización moderna emancipó a la familia burguesa más que al individuo per se y com ello llevó en su interior, desde el primer momento, una profunda contradicción. La familia siguió siendo esencialmente una institución feudal basada em el principio de la 'sangre', es decir una institución totalmente irracional; en cambio, la sociedad industrial (aunque contiene muchos elementos irracionales en su misma esencia) proclama el reino de la racionalidad, el dominio exclusivo del principio del cálculo y del intercambio libre sin más condiciones que las exigencias de la oferta y la demanda. La significación social y las dificultades internas de la familia moderna se deben a esta contradicción global de la sociedad." FROMM, E.; HORKHEIMER, M.; PARSONS, T.; et al. **La familia**. 7ª ed. Barcelona: Ediciones Península, 1994, p. 177.

tência do que nega, como regra.

Essa lógica posta em cheque decorre da assinatura que, em nome da família e seus integrantes, mandatários impróprios firmaram no pacto que administra, penaliza e sanciona ações e omissões na comunidade domiciliada sob o teto conceitual da família.

O endereço possível se esconde em mistificações, representações fantasmas e na miniaturização do ser. O apequenado é o virtualmente sub-rogado desse papel, e parece, na dor, nos filhos abandonados por pais que se abandonam à dramatização dos desenlaces. A fisionomia do arquétipo familiar, quando feito espaço do não ser, funda a extorsão afetiva de sujeito possível.

As tempestades, às vezes insólitas, no desafeto, no desrespeito, no campo cativo do nada, expõem o fim do muito que sequer pode ter se constituído.

3 - Fim do exílio voluntário: família plural, laboratório de sonhos?

O “*tonus*” do presente quer reconstruir, no Direito, outro corpo simbólico da família. Um “*modus vivendi*” que não seja a luz envolvente de uma tragédia lenta. Esse recomeço pode ser o crepúsculo de velhas questões conectadas do sistema jurídico com o sistema de produção.

Flutua-se nessa mísera riqueza instável, em paragens a decodificar. Os remédios dessa crise não viveram o que já poderiam ter vivido. Terras prometidas⁴ podem ser devoradores lugares de desterro.

Superar o modelo transpessoal, exclusivamente matrimonializado, hierarquizado e patriarcal, foi o verbo da estação constitucional. O discurso consistente da igualdade substancial, da igualdade na diferença, dos filhos que são mais que filhos, e dos pais que ao educarem se educam constantemente, pode ser alavanca interessante num banco de prova dos sonhos.

⁴ Ingredientes florescidos no medievo povoam a família: "...devemos reconhecer a importância do florescimento iconográfico que a partir do século XV, e sobretudo XVI, sucedeu a esse longo período de obscuridade: o nascimento e o desenvolvimento do sentimento da família. Daí em diante, a família não é apenas vivida discretamente, mas é reconhecida como um valor e exaltada por todas as forças da emoção.

Ora, esse sentimento tão forte se formou em torno da família conjugal, a família formada pelos pais e seus filhos. É raro uma tela reunir mais de duas gerações. Quando netos ou filhos casados aparecem, é sempre discretamente, como uma coisa sem importância. Nada aí lembra a antiga linhagem, nada acentua a ampliação da família ou a grande família patriarcal, essa invenção dos tradicionalistas do século XIX. Essa família, ou a própria família, ou ao menos a idéia que se fazia da família ao representá-la e exaltá-la, parece igual à nossa. O sentimento é o mesmo.

Esse sentimento está muito ligado também ao sentimento da infância. Ele afasta-se cada vez mais das preocupações com a honra da linhagem ou com a integridade do patrimônio, ou com a antigüidade ou permanência do nome: brota apenas da reunião incomparável dos pais e dos filhos." ARIËS, P. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1981, p. 223.

O cotidiano, todavia, ainda teima para negar a ética da co-existencialidade e frustrar a realização da cidadania. A crueldade ri à toa da incapacidade social de construir uma vida coletiva e familiar digna.

CONCLUSÃO

O presente vive seu futuro impronunciável, ainda. Estas precárias linhas não escapam de seus limites, à moda de um *“violon d’Ingres”* desse presente brutal e inexorável. Dele o futuro se esconde em si mesmo.

Prosseguimos partindo sobre os rios que vão em direção a auroras improváveis. O mito pode não estar tão-somente na grávida virgem em Évora. É de outra mitologia que ela cuida. A mãe certa de uma geração fictícia, uma mulher expropriada de sua condição, acaricia o ventre do nascido para não nascer apenas filho, ela só, ele nascituro natimorto, ambos remetidos a um pai improvável.

A feição humana dessa tríplice aliança converteu-se nos cânones de um governo jurídico que ainda não passou da gênese. O primeiro laço original ata os séculos do que, aparentemente sendo família, família não é. Da família e do Direito se ocupa uma certa racionalidade, cuja base produz travessia da casa à ágora⁵.

Essa ambivalência faz da mão que acaricia o ventre o anúncio constante de nascimentos que designam a fatalidade do filho. É a gestação uma forma de despedida. O corte do vínculo umbilical não é o atestado da vida possível, mas sim uma ruptura previamente agendada.

A quebra desse paradigma requer revisitar Évora e encontrar, um dia, a virgem eternamente grávida aos pés daqueles que vivificam nos paradoxos⁶. Eis aí um possível olhar sobre esses novos desafios.

⁵ Da família ao Estado passam poderes e controle: "Au temps du code civil la puissance paternelle avait un caractère discrétionnaire; le père de famille n'était assujéti à aucun contrôle étatique légal. Depuis la fin du XIX siècle plusieurs lois sont venues instituer ce contrôle pour la protection de l'enfant contre ou malgré ses parents. Il en résulte nécessairement une étatisation de la fonction parentale et une dépossession des père et mère de leurs prérogatives dont les caractères, l'étendue et les motifs varient selon les méthodes et les objectifs du contrôle." LABRUSSE-RIOU, C. **Droit de famille**. Paris: Masson, 1984, p. 286.

⁶ É de uma certa impossibilidade que se trata: "La cuestión essentielle a été et reste de savoir comment le système légal peut être amélioré dans sa capacité à concilier les besoins et les droits de l'enfant. La complaisance n'est jamais apparue dans ce contexte, et ne le devra jamais." SUTHERLAND, E. Ecosse : les années de l'enfant. In : RUBELLIN-DEVICHI, J. (Dir.). **Regards sur le droit de la famille dans le monde**. Annual Survey of Family law. Lyon: Press universitaires de Lyon, 1993, p. 163.

NOTA FINAL

Como visto e anotado ao início, encetamos, com a presente publicação neste número especial da Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, ressaltar outros desafios a arrostar quando completa 15 anos a Constituição de 1988. Quiçá seja o momento de explicitar algumas reflexões que tomem os sujeitos que operam com o Direito e suas respectivas expressões, suas preocupações teóricas e práticas, e projetar tal discussão no campo da tutela constitucional da família.

Sem embargo, defendemos que a Constituição Federal de 1988 foi elevada, com acerto, ao núcleo de regulação jurídica principiológica do Direito de Família. Daí nasce a não-discriminação, o princípio ético e humano da igualdade como norma vinculante, e são abertos horizontes para uma compreensão socioafetiva das relações familiares, realmente vencendo aquele tradicional dogmatismo acríptico do modelo monolítico e excludente.

O texto que acabamos de apresentar, nada obstante, se situa em outro lugar, a rigor ele está no veio ou talvez entre a proclamação discursiva e a prática efetiva. Nesse grande e íngreme caminho, complexificado com a vigência do novo Código Civil brasileiro a partir de 11 de janeiro de 2003, muito há por fazer.

As tarefas passam, em nosso ver, por um debate sobre a compreensão do discurso jurídico normativo, didático ou legislativo, isto é, seus significantes e significados.

As idéias expostas almejam suscitar essa controvérsia, e tem, no plano jurídico, como premissa o valor axiológico da Constituição de 1988. É uma tênue contribuição à contenda. □