

Direitos Humanos e Direito de Família: Em Busca de uma Magistratura Feminista

Maria Aglaé Tedesco Vilardo

Juíza de Direito e Doutora em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva em associação da UERJ, UFRJ, UFF e FIOCRUZ.

Um dos *locus* de contínua discriminação de gênero encontra-se na Vara de Família, na medida em que leis protetivas contemporâneas publicadas são aplicadas de forma restritiva e outras tantas, de cunho discriminatório e sancionatório, são aplicadas com o imperativo da força.

A Vara de Família possui competência para instruir e julgar os feitos que ameacem ou estejam causando lesão aos direitos que envolvem a família. A legislação brasileira protege desde o nascituro, passando pela criança, o adolescente, a mãe, o pai e chegando aos idosos. O propósito é de assegurar a ampla proteção aos direitos fundamentais.

No Brasil, a mulher não pode abortar, exceto se a gravidez ocorreu em razão de violência contra sua liberdade sexual ou se sua vida está em risco. Os critérios para a legislação penal não são discutidos pela sociedade, que deixa de considerar o grande número de mulheres pobres que praticam o aborto clandestino sem qualquer respaldo do sistema de saúde pública e terminam por morrer em decorrência de procedimentos mal feitos (Diniz, 2007).

Sem escolha legal, a mulher procura solucionar o seu problema clandestinamente, ou poderá fazer uso da legislação vigente, que concede ampla proteção social e exige efetiva participação do pai da criança. Assim começa o *locus* da discriminação aos seus direitos.

As decisões judiciais tomam por base as leis, pois seguimos o sistema legal romano-germânico. Contudo, a atuação do Poder Judiciário vem nos aproximando do direito baseado na jurisprudência, ampliando a responsabilidade na aplicação do direito.

A referência legislativa é a Constituição Federal, como também as leis ordinárias e as convenções internacionais ratificadas pelo país. Essas convenções são equivalentes a emenda constitucional quando tratarem de direitos humanos e forem aprovadas em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos. Entretanto, as Convenções internacionais não são costumeiramente aplicadas para respaldar as decisões judiciais.

A pesquisa realizada por Cunha (2005), "Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: concepção, aplicação e formação", configura que os magistrados brasileiros, apesar de apresentarem concepções avançadas sobre direitos humanos, não reconhecem a aplicabilidade do sistema internacional de proteção por desconhecimento do tema e necessitam ampliar sua formação.

Os casos judiciais nas Varas de Família envolvem direitos humanos como direito a alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, além de assistência especial à maternidade e infância, expressa previsão do artigo 25 da "Declaração Universal dos Direitos Humanos". Da mesma forma, está assegurada a não discriminação em todos os sentidos, e, à família, é concedida toda proteção da sociedade e do Estado (artigos 7º, 12, 16). A Constituição Federal concede à família especial proteção do Estado com absoluta prioridade da criança, do adolescente e do jovem quanto a serem assegurados todos os seus direitos fundamentais.

Difícilmente se encontra a efetivação desses direitos no caso concreto, com base na mencionada Declaração. Há outras convenções que trazem proteção específica a determinados direitos e que fundamentariam decisões judiciais com riqueza legislativa, raramente utilizadas pelos juízes.

A "Convenção sobre os Direitos da Criança", ratificada pelo Brasil em 1990, determina que os tribunais considerem o interesse maior da criança nas ações relativas a estas (artigo 3º). Para tal, devem ser adotadas as medidas administrativas, legislativas ou outras para a implementação dos direitos reconhecidos, utilizando ao máximo os recursos disponíveis. Essa Convenção prevê o respeito ao direito da criança a preservar sua identidade, a nacionalidade, o nome, as relações familiares, sem interferências ilícitas (artigo 8º). Há mais de 5 milhões de criança sem o registro paterno no Brasil (Thurler, 2009). Nesse mesmo artigo da Declaração, há previsão de que, quando a criança estiver privada de algum dos elementos que con-

figuram sua identidade, caberá a proteção adequada para restabelecer rapidamente sua identidade. Observe-se constar expressamente o advérbio rapidamente, portanto, deve ser feito da forma mais célere possível.

O reconhecimento civil da paternidade da filha ou filho pela mulher somente pode ocorrer quando há casamento. Não havendo casamento civil, a lei não obriga o pai a registrar a criança. Mesmo que a mulher declare expressamente quem é o pai, o oficial do cartório não fará o registro, apenas fará uma notificação para o pai se manifestar sobre a paternidade, de acordo com sua vontade. No dizer de Thurler, a mulher-mãe mente.

No período da primeira infância, ocorre o desenvolvimento do apego, quando o bebê mantém proximidade com alguém identificado que o protege e traz conforto. Na maioria dos casos essa figura é a mãe. A teoria do apego, de John Bowlby, trata do comportamento estabelecido entre a criança e outro indivíduo para “permanecer num ponto de fácil acesso a um indivíduo familiar que se sabe estar pronto e desejando vir nos auxiliar numa emergência é, claramente, uma boa política de segurança, qualquer que seja nossa idade” (Bowlby, 1989).

Bowlby afirma que as crianças que possuem um relacionamento seguro com pai e com mãe tornam-se mais confiantes e competentes do que as que possuem tal vínculo apenas com um destes. E a criança irá desenvolver um modelo de apego com seu pai de acordo como seu pai a trata. O ponto central é a “provisão, por ambos os pais, de uma base segura a partir da qual uma criança ou um adolescente podem explorar o mundo exterior e a ele retornar certos de que serão bem-vindos, nutridos física e emocionalmente, confortados se houver um sofrimento e encorajados se estiverem amedrontados.” Por isso é necessária essa compreensão intuitiva e respeito ao comportamento de apego da criança com a conscientização da importância do reconhecimento da paternidade desde o início.

Diante da falta de credibilidade para o registro civil no cartório, a mulher-mãe poderá ingressar com ação de investigação de paternidade. O momento é difícil, pois a criança acabou de nascer e as ocupações com o novo bebê são inúmeras. Certamente o corredor do Fórum não é o lugar ideal para a mãe e o bebê estarem nos primeiros meses de vida.

Nenhuma das duas possibilidades – notificação do cartório e ação de investigação de paternidade - atende à determinação da Convenção quanto ao interesse maior da criança e quanto à proteção adequada para

restabelecer rapidamente sua identidade. Prevalece a proteção ao maior interesse do indicado pai ao invés da regra constitucional. São as estruturas de dominação, que, segundo Bourdieu (2003), “são produto de um trabalho incessante (e, como tal, histórico) de reprodução, para o qual contribuem agentes específicos (entre os quais os homens, com suas armas como a violência física e a violência simbólica) e instituições, famílias, Igreja, Escola, Estado”.

Outra norma da Convenção (artigo 18) é descumprida quanto ao princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Nenhuma responsabilidade é cobrada do indicado pai sob o argumento de que a indicação pode não ser verdadeira, embora quem a tenha feito seja a pessoa que melhor saberia. Nenhuma tutela antecipada é providenciada para salvaguardar os direitos previstos internacionalmente, aliás, sequer há pedido de tutela provisória para esta situação.

A "Convenção sobre Direitos das Criança"s obriga aos Estados Partes adotarem medidas para que os pais propiciem as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança. Deve haver apoio aos pais e todas as medidas adequadas para assegurar o pagamento da pensão alimentícia por parte dos pais devem ser providenciadas pelos Estados Partes. É o que consta expressamente na Convenção. Todavia, o que se observa nas Varas de Família são as mães sacrificadas pelo sustento de seus filhos sem qualquer ajuda do pai ou do Estado. A responsabilidade passa a ser exclusiva da mulher, pois as ações de execução de pensão alimentícia têm, majoritariamente, o homem-pai como executado. Se o pai não paga a pensão, não aparece para ser citado, não tem bens para penhorar ou não possui vínculo empregatício para desconto em folha, a responsabilidade fica totalmente para a mulher.

Nem mesmo a lei de assistência social, que tem como objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, dentre outros, inclui a garantia de pagamento de algum valor para as crianças sem auxílio paterno. Essa forma de subrogação ocorre em diversos países da Europa, como em Portugal, que possui previsão legal para o Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores. O Fundo substitui a mãe na tentativa de obter o pagamento da pensão, garantindo à criança, até os 18 anos, o atendimento material necessário. Essa obrigação é decorrente

do cumprimento de normas internacionais de direitos humanos e seria perfeitamente adequada ao Brasil. A mulher-mãe receberia o amparo do Estado ao invés de ter que suportar sozinha tamanho encargo. A responsabilidade do pai seria cobrada pelo Estado, que possui mais recursos e maior força para isso. A Declaração seria cumprida. Impor ao Estado essa obrigação está fundamentado na Declaração sobre Direitos das Crianças.

A "Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher" ratificada pelo Brasil em 1984, contribui para fundamentação do exposto. Há notória discriminação contra a mulher em casos de filiação e suas responsabilidades, o que fere portanto a igualdade entre homem e mulher, prejudicando a mulher em seus direitos e liberdades fundamentais em diversos campos, como o econômico e o social. Esta convenção condena qualquer forma de discriminação e determina aos tribunais nacionais competentes a proteção efetiva da mulher em todos os casos. Essa norma deixa de ser cumprida quando se percebe o imenso desequilíbrio nessa relação. Não podemos acreditar que é mera coincidência o fato de que quase a totalidade das ações de execução de alimentos são propostas em face do homem. O número é muito expressivo.

Ainda nessa Convenção, o artigo 12 garante assistência apropriada à mulher gestante, assegurando todo atendimento e uma nutrição adequada durante a gravidez e lactância. Eis outro aspecto discriminatório no *locus* da Vara de Família.

A lei de alimentos gravídicos, publicada em 2008, portanto em vigor há muitos anos, é pouco utilizada. As ações com pedido de fixação de alimentos para a mulher gestante são em número reduzido e, quando são propostas, enfrentam todo tipo de exigência por parte dos juízes.

A lei afirma que os alimentos serão fixados quando o juiz esteja convencido da existência de indícios da paternidade. A palavra da mulher ao indicar o pai não convence aos juízes e juízas. Alguns pensam em exigir o exame de DNA ainda em gestação, argumentando o baixo risco de perda do feto. Exigência que fere o princípio bioético da não maleficência, obrigação que todas as pessoas têm de não causar mal a outrem. Exigir produção probatória por parte da mulher somente reforça a discriminação. A pergunta a ser feita é porque se entende que a mulher estaria mentindo quando na imensa maioria dos casos as ações judiciais de investigação de paternidade são julgadas procedentes. O índice de improcedência é

muito baixo, mas os juízes insistem em exigir algum suporte a mais, para formar sua convicção sumária, além da palavra da mulher. Presume-se, de forma equivocada, a má-fé, deixando de considerar que o prejuízo maior sempre será da criança. A proteção ampliada ao homem, para que não pague pensão por alguns meses, sob a justificativa de que pode ser indevida, se sobrepõe às normas de direitos humanos em favor da criança e da igualdade de gêneros. Chega-se a sugerir a devolução de prestação alimentícia provisória para a hipótese do exame de DNA negativo, o que destoa da lei e do escopo da pensão alimentícia.

Observe-se que a vinda do exame de DNA, que acenou como a solução de todos os problemas de paternidade, na verdade veio corroborar a discriminação contra a mulher. O homem chega a admitir relação sexual com a mulher, normalmente uma única, mas exige o exame de DNA para o reconhecimento. Raramente há o reconhecimento imediato para posterior exame ou mesmo sem a necessidade deste. Segundo Foucault (2011), um sistema em partida dupla, “o poder judiciário do médico, ou o poder médico do juiz”, no qual os médicos reivindicam o exercício do seu saber dentro da instituição judiciária e os juízes reivindicam a medicalização de sua profissão. Um “poder de normalização”, uma “instância de controle do anormal”.

A crença na ausência de veracidade da palavra da mulher é de tal monta que nem mesmo os advogados e defensores públicos pedem a tutela provisória para registro da criança em nome do indicado pai. É o que demonstra Bourdieu (2003): “Os dominados aplicam categorias construídas do ponto de vista dos dominantes às relações de dominação, fazendo-as assim ser vistas como naturais”.

Caso a tutela antecipada fosse requerida, caberia a imediata concessão, afinal, a Convenção determina o restabelecimento da identidade rapidamente. Não há motivo para não se conceder quando a mãe diz quem é o pai e quando é reversível o reconhecimento. As responsabilidades paternas deveriam ser imediatamente cobradas, dividindo o trabalho e cuidados com a mãe. O argumento de que um nome de pai não confirmado posteriormente traria prejuízo maior para a criança é frágil. Primeiro por ocorrer em percentual reduzido, segundo porque a necessidade de alimentação e cuidado é imediata e, mesmo sendo oferecidos por um homem que depois se confirma não ser o pai biológico, não trará maior

prejuízo para a criança do que a ausência da participação paterna. O dano maior vem da omissão, seja do pai biológico ou do Estado.

Uma terceira Convenção merece destaque. O "Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", ratificado pelo Brasil em 1992, no seu artigo 10 estabelece que devam ser adotadas medidas especiais de proteção e de assistência para todas as crianças e adolescentes e sem qualquer distinção por motivo de filiação ou qualquer outra. Normatiza que a família tem as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente no período de criação e educação dos filhos. Este artigo também prevê expressamente a proteção especial à gestante. Portanto, concede suporte para concessão de alimentos à gestante e para imediata identificação da criança com o nome paterno indicado pela mãe.

A "Convenção Americana de Direitos Humanos", de 1969, e ratificada em 1992 pelo Brasil, mais conhecida como o "Pacto de San José da Costa Rica", determina a celeridade na proteção judicial (artigo 25). Confere o direito a toda pessoa a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes para proteção contra atos que violem seus direitos fundamentais.

Especialmente por se tratar de questões de relações de família, cabe a utilização efetiva e rápida das tutelas provisórias, seja de urgência, cautelar ou antecipada. A necessidade de alimentos é urgente, tanto que se dá liminarmente nas ações de alimentos sem oitiva do réu ou do Ministério Público; portanto, há evidente perigo de dano. Esse perigo não é considerado como suficiente para justificar a concessão da tutela antecipada em razão de haver uma mulher-mãe para suprir as necessidades.

Os juízes se preocupam em não produzir decisões erradas e por isso muitas vezes deixam de conceder uma proteção imediata. Todavia, não se pode esquecer que os erros também ocorrem por omissão e uma decisão tardia poderá causar maior prejuízo. A análise deve levar em consideração qual o direito fundamental a ser protegido. O interesse que prevalecer deve ser protegido de forma rápida. Na Vara de Família, o espaço de um ano pode representar uma perda irreparável para uma criança ou uma sobrecarga extensa sobre a mãe. Os direitos da criança, mais uma vez, são expressamente reconhecidos pelo Pacto de San José, cujo artigo 19 concede o direito à todas as medidas de proteção que a criança requer, como obrigação da família, da sociedade e do Estado.

Proteger a criança, portanto, é o aspecto de maior relevância e o Judiciário deve ampliar sua atuação.

Outro aspecto a ser abordado diz respeito às leis de guarda compartilhada e alienação parental. Ambas tratam de direitos humanos, pois a família é o núcleo fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

A "Convenção de Direitos das Crianças" prevê o direito ao contato da criança com ambos os pais (artigos 9 e 10), o que é saudável para o pleno desenvolvimento da criança. Mas se estudarmos historicamente a situação social dos cuidados depreenderemos que a mulher foi educada para ser cuidadora e o homem o provedor, como se isso fosse natural.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) propõe aos Estados-membros que desenvolvam a assistência familiar e à infância para promover a igualdade de tratamento para homens e mulheres trabalhadores com responsabilidades familiares. A Convenção 156, junto à Recomendação 165 da OIT, de 1981, não foi ratificada pelo Brasil até o momento e prevê normas com base na "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Mulher", com o propósito de conscientização quanto à necessária mudança no papel tradicional do homem e da mulher na sociedade e na família para alcançar a igualdade, conferindo o ingresso, a participação ou progressão em atividade econômica em razão da restrição de possibilidades por dever de cuidado ou apoio familiar.

A "Convenção Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares" expõe uma realidade de acúmulo de funções pelas mulheres com relação ao trabalho e cuidados domésticos e familiares. Esta representação é trazida até os dias de hoje, mas passa-se a exigir que a mulher-mãe divida os deveres de cuidado dos filhos com o pai das crianças, o que gera forte resistência. O desejo do pai de participar da criação e cuidados do filho ainda não está plenamente absorvido pela mulher. A luta para a igualdade necessariamente passa por essa questão, mas a evolução para esse patamar exige mais do que leis, exige conscientização de que isso é possível e que a evolução ocorrerá em todos os aspectos. No momento em que a igualdade proposta se inicia na parte em que a sociedade apresentou à mulher como sendo a que lhe cabe, mas não é acompanhada da parte do registro civil e da responsabilidade financeira, há uma forte resistência da mulher-mãe.

Como se vê, o comportamento misógino prejudica, além das mulheres, os próprios homens, pois muitos magistrados não concedem direito de convívio liminarmente ao pai que ingressa com ação de regulamentação de convívio, mesmo provada a paternidade. O pai sofre com o afastamento de sua criança pelos mesmos motivos que a mãe sofre ao não poder registrar o nome do pai e dividir responsabilidades. Os reflexos se estendem aos pais que desejam o exercício pleno de sua paternidade, como veremos.

Duas leis sobre guarda compartilhada foram publicadas em menos de sete anos, uma em 2008 e a segunda em 2014. Esse excesso diz sobre a necessidade de se impor uma moralidade diferenciada em intensa divergência ao padrão moral aceito. Conforme Engelhardt (2008), “quanto mais essas comunidades diferirem em relação aos cânones aceitos de probidade moral, mais explícitas leis e regulamentos burocráticos precisarão ser produzidos”.

No exame da lei mais recente, que modifica artigo do Código Civil para constar que compete a ambos os pais conceder aos filhos ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município, pode-se acreditar na intenção dessa norma em proteger o convívio entre pais e filhos ou pensar nos casos concretos quando a mãe muitas vezes é impedida de seguir a sua vida profissional ou amorosa ao ter uma oferta de emprego em outra cidade ou se casar com alguém que mora em outra cidade ou, ainda, voltar para sua terra natal, onde está sua família e que poderá lhe dar maior suporte. Enquanto isso, quando o homem-pai recebe uma oferta de trabalho em outra cidade ou outro país, primeiro aceita e depois requer a mudança das regras de convívio em ação judicial, como visto em diversos casos.

Desde o Código Civil de 1916 existe uma norma que deixa clara a continuidade do exercício do poder familiar por ambos os pais, em caso de separação. Esta norma é repetida no Código Civil de 2002, assegurando que somente há alteração nas relações entre pais e filhos em decorrência de separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, com relação ao tempo de companhia entre pais e filhos. Portanto, nada mais pode ser alterado com relação ao poder familiar. Esta regra sempre existiu, mas o pensamento recente era de que a mãe que residia com os filhos possuía o poder absoluto sobre as crianças e o pai era mero visitante. Não seria

necessário publicar duas novas leis se a norma do Código Civil tivesse sido absorvida pela sociedade e pela magistratura. Como isso não ocorreu, serão necessárias inúmeras leis com o inglório propósito de mudar a conscientização social.

Nesse mesmo sentido, há a lei de alienação parental, que é utilizada para impor à mulher-mãe uma espécie de ameaça a sua maternidade. A lei, de 2010, prevê sanções agressivas para debelar a alienação, como multa, inversão da guarda e até suspensão da autoridade parental. Mais uma vez, a legislação busca a sanção como solução para um problema de ordem diferente da jurídica. A concepção cultivada pela sociedade da mulher como cuidadora representa uma ameaça e a punição a esta mãe é o caminho encontrado pelo legislador. Atos de alienação acontecem, mas a forma de tratá-los parece equivocada.

É necessária uma magistratura feminista para modificar este quadro. Aquela que protege os direitos da mulher em concepção profunda. Juízas e juízes comprometidos em aplicar a “Justiça realizada”, questionando os preconceitos, os interesses próprios, os prejulgamentos, no dizer de Sen (Sen 2012) e eliminando a discordância pela argumentação racional.

O direito de família deu grandes passos no sentido de entender que os conflitos familiares possuem um fundo social e psicológico forte. Atualmente há efetiva participação no processo judicial de outros profissionais, além do juiz e do advogado, como psicólogas, assistentes sociais, terapeutas de família, contribuindo para melhorar a vida de famílias em litígio.

A prática dos denominados atos de alienação não são gratuitos. Sua origem tem relação com a história vivenciada pela mulher, sua educação, sua compreensão sobre a criação de filhos. O aspecto psicológico deve ser tratado para melhor compreensão dos fatos, pela importância da participação paterna na criação dos filhos, para maior integração e envolvimento do pai na vida dos filhos, com efetiva participação na escola, que pode ser determinada pelo juiz com um simples ofício, mas que também virou norma legal na Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Inverter a guarda para uma criança efetivamente alienada representa punição maior para a criança e para a mãe. A solução será encontrada nos tratamentos e acompanhamentos biopsicossociais, com efeitos mais benéficos do que uma aplicação de multa. Assim se vai ao encontro da dignidade humana e não por imposição legislativa ou judicial. O juiz

deve atuar para encaminhar essas providências, mas jamais para punir a mãe ou a criança. Não é dever do juiz de Vara de Família penalizar, mas ajudar a família a se restabelecer com dignidade.

A "Declaração dos Direitos Humanos" reconhece o direito a todo ser humano em receber dos tribunais nacionais o remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais. Para atendermos a esta efetividade precisamos nos afastar do sentido punitivo que vige dentro das Varas de Família, com suas "penas perpétuas" para os comportamentos morais inadequados e as mudanças dos padrões reconhecidos. Mas isso é tema para outro artigo. ❖

REFERÊNCIAS

Bourdieu, Pierre. **A Dominação Masculina**. RJ: Bertrand Brasil, 2003.

Bowlby, John. **Uma Base Segura**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

Cunha, José Ricardo. "Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro." **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, 2005: v. 2 n. 3. Publicado em <http://www.scielo.br>. Acessado em 14 de junho de 2016.

Diniz, Débora. "Aborto e Saúde Pública no Brasil." **Cad. Saúde Pública** v. 23 n. 9 (Fiocruz), 2007: editorial. Publicado em <http://www.scielo.br>. Acessado em 16/6/2016.

Foucault, Michel. **Os Anormais**. SP: Ed. Martins Fontes, 2011.

Guia prático do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores, Portugal, 2014 - Disponível em <http://www.segsocial.pt>. Acessado em 16/6/2016.

H. Tristram Engelhardt, JR. **Fundamentos da Bioética**. SP: ed. Loyola, 2008.

Sen, Amartya. **A Ideia de Justiça**. SP: Companhia das Letras, 2012.

Thurler, Ana Liése. **Em nome da mãe: o não-reconhecimento paterno no Brasil**. DF: Mulheres, 2009.