

DELMIRO DA SILVA PORTO

**FAMÍLIA ENQUANTO BASE E MATRIZ SOCIAL: OS
REFLEXOS DO DIVÓRCIO NA PERSPECTIVA DO
DESENVOLVIMENTO COMUNITÁRIO**

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO LOCAL
MESTRADO ACADÊMICO
CAMPO GRANDE-MS
2012**

DELMIRO DA SILVA PORTO

**FAMÍLIA ENQUANTO BASE E MATRIZ SOCIAL: OS
REFLEXOS DO DIVÓRCIO NA PERSPECTIVA DO
DESENVOLVIMENTO COMUNITÁRIO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local - Mestrado Acadêmico, da Universidade Católica Dom Bosco, Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação, sob a orientação do Prof. Dr. Heitor Romero Marques.

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO LOCAL
MESTRADO ACADÊMICO
CAMPO GRANDE-MS
2012**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Título: Família enquanto base e matriz social: os reflexos do divórcio na perspectiva do desenvolvimento comunitário.

Área de Concentração: Desenvolvimento Local em contexto de territorialidades.

Linha de Pesquisa: Desenvolvimento Local: cultura, identidade, diversidade.

Dissertação submetida à Comissão Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local – Mestrado Acadêmico da Universidade Católica Dom Bosco, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento Local.

Exame de Defesa aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Orientador - Prof. Dr. Heitor Romero Marques
Presidente/Mestrado DL

Prof. Dra. Ana Paula Martins Amaral
Examinadora/convidada/UFMS

Prof. Dr. Josemar de Campos Maciel
Examinador/Mestrado DL

Epígrafe 1

No final de nossas vidas não seremos julgados pelo dinheiro que conseguimos.

Epígrafe 2

Tenho por mim que o mundo está de cabeça para baixo, e sofre muito pelo pouco amor que existe no lar.

Epígrafe 3

É no lar que começa a destruição da paz no mundo.

Epígrafe 4

No mundo, existe mais fome de amor e de valorização do que de pão.

(Madre Tereza de Calcutá, 1910-1997).

AGRADECIMENTOS

No âmbito pessoal:

A Deus, Senhor de nossas vidas e de nossas almas, toda honra e glória eternamente.

À minha família nuclear: Soninha e a nossa prole: Ana Carla, Fernando Henrique e Ana Elisa.

À minha família alargada: pais, irmãos, avós, tios, genro, sobrinhos, primos...

No âmbito da Universidade Católica Dom Bosco:

Aos colaboradores, professores, pró-reitores, a exemplo de meu querido orientador, Heitor Romero Marques, pela excelência de sua dimensão humana, sem a qual a vastidão de seus conhecimentos pouco serviria. Na pessoa do Prof. Heitor, peço licença para render gratidão aos demais que, na Casa de Dom Bosco, cumprem uma verdadeira missão.

Na pessoa do amável Padre José Marinoni, ícone de sobriedade, pelos incentivos imateriais e pela bolsa, auxílios sem os quais a jornada teria se tornado mais difícil prá mim e prá minha família.

À Coordenação do Curso de Direito, na pessoa ilustrada do Prof. Maucir Pauletti, nosso companheiro que um dia, tocado por Deus, me abriu as portas, para que hoje tivéssemos uma grande causa em comum: o Curso de Direito da UCDB.

À maioria dos discentes, que leva a sério a atividade acadêmica: no intenso brilho de seus olhos vemos seus sonhos e nossos sonhos, e então juntos palmilhamos a jornada letiva no embalo dessa energia extraordinária. Mais que um palmilhar, mais que uma marcha solene, há um bailado... Há mais alegria que suor...

No âmbito não acadêmico:

Aos amigos da Assessoria Jurídica da Base Aérea de Campo Grande, pela torcida entusiasmada. Nesse lugar transbordam respeito, amizade, carinho e outros tesouros imateriais.

Aos amigos da Base Aérea de Campo Grande, na pessoa do valoroso Comandante Menescal, mais que profícuo Chefe militar, um líder, uma pessoa que entende sobremaneira de pessoas, e que, por isso mesmo, representa tão bem a causa de nossas Fileiras.

A todos que, de forma direta ou indireta, somaram esforços nessa empreitada tão desafiadora quanto enriquecedora. Infelizmente não conseguimos alcançar a todos com nossos termos e nossas palavras, mas com os nossos corações podemos mais...

RESUMO

Em Campo Grande-MS há elevado número de casos de divórcio, com flagrante discrepância, nesse quesito, sobre todas as demais capitais brasileiras. Inserido na Linha de pesquisa “Desenvolvimento Local: cultura, identidade, diversidade”, o presente estudo atua com foco na falência das relações matrimonializadas, mas, não só, alcançando as entidades familiares informais, a saber, as uniões estáveis. Convencionou-se chamar a uma e a outra situação simplesmente de rompimento, ou rompimento do núcleo familiar. Parte-se da premissa de que o lar constituído é o espaço social privilegiado na produção, conservação e fomento dos valores imateriais. Que o rompimento seria causa de desempoderamento de pais e filhos, à medida que os efeitos da crise perdurariam em certo grau, empobrecendo as relações comunitárias no quesito capital social. Isso leva à constatação de que há direta proporcionalidade entre lares rompidos e enfraquecimento das relações comunitárias. Essa constatação está, também, relacionada com a Teoria do Desenvolvimento Local, que exige, em essência, protagonismo dos agentes locais, na construção do território.

PALAVRAS-CHAVE: núcleo familiar; valores imateriais; capital social; divórcio; protagonismo; relações comunitárias; desenvolvimento.

ABSTRACT

In Campo Grande, capital of state of Mato Grosso do Sul, there is a high level of divorce cases which is very discrepant in comparison to other Brazilian state capitals. Inserted in the research area: "Local Development: culture, identity, diversity", this study focus on the collapse of nuptial relationships including informal family relations, known as 'stable unions'. Both situations are being called Rupture, or rupture of the Family Nucleus. The starting premise states that a constituted familiar home is an important social entity in producing, preserving and promoting imaterial values. The rupture is the cause of unempowerment of parents and children, considering the level of the family crisis effect, in which case the community relations tend to be impoverished in terms of social value. The direct conclusion is that the failure of the community relations is a consequence of the rupture of family nucleus. This conclusion is also related to the Local Development Theory, which requires the local agents to act as a protagonist on the territory formation.

KEY-WORDS: family nucleus; imaterial values; social value; divorce; protagonism; community relations; development.

SUMÁRIO

PALAVRAS INICIAIS, OBJETIVOS E <i>MODUS OPERANDI</i>	12
1. A TEORIA DO DESENVOLVIMENTO LOCAL E A FAMÍLIA ENQUANTO COMUNIDADE BASILAR	20
1.1 DESENVOLVIMENTO LOCAL: BUSCA POR UM CONCEITO	21
1.1.1 Local como lugar, espaço e território: análise do imaterial nessa construção social e dialética	22
1.1.2 Local como comunidade	24
1.1.3 Local como paisagem: outras reflexões	26
1.1.3.1 O homem na paisagem: como artífice e resultado dela	27
1.1.3.2 Os elementos da paisagem: uma leitura reflexiva	28
1.2 O QUE É DESENVOLVIMENTO LOCAL	29
1.3 DESENVOLVIMENTO LOCAL E TEORIA DO CAPITAL SOCIAL	35
1.3.1 Família, identidade e cultura	38
1.3.1.1 Identidade e cultura: reflexão conceitual	38
1.3.1.2 Família e formação da identidade e da cultura enquanto valores imateriais essenciais	39
2. FAMÍLIA: FORMAÇÃO, PRINCIPIOLOGIA E FUNCIONALIDADE NUMA PERSPECTIVA TRANSDISCIPLINAR	45
2.1 BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA E TENTATIVA CONCEITUAL DE FAMÍLIA	46
2.2 AS ORGANIZAÇÕES PRIMITIVAS	48
2.3 MONOGAMIA E IMPULSO SOCIAL	51
2.4 MONOGAMIA E PATRIARCALISMO	52
2.4.1 Família romana	52
2.4.2 Família patriarcal brasileira	54
2.4.3 Sistema de 1916 e família patriarcal	55
2.4.4 Patriarcalismo: uma estrutura superada	58
2.5 A FAMÍLIA PÓS-PATRIARCADO: O LEGADO DAS IGUALDADES	60

2.6 CONCEITOS DE FAMÍLIA: A NECESSÁRIA RELEITURA	61
2.6.1 Modalidades: casamento e arranjos	62
2.6.1.1 Casamento	63
2.6.1.2 União estável	64
2.6.1.3 Família monoparental	65
2.6.1.4 Família extensa ou ampliada	65
2.6.1.5 Concubinato	66
2.6.1.6 Família homoafetiva	67
3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS ORIENTADORES DA NOVA FAMÍLIA: REFLEXÃO INTERDISCIPLINAR À LUZ DO DESENVOLVIMENTO LOCAL	69
3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	71
3.2 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL	74
3.2.1 Funcionalidade social e mecanismos intra-familiares	78
3.2.2 Funcionalidade social e sociedade	89
3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR	93
3.4 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR	98
3.5 PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR	100
3.6 PRINCÍPIO DA ESPECIAL PROTEÇÃO DO ESTADO	103
3.7 FAMÍLIA DA PATRIARCALIDADE <i>VERSUS</i> FAMÍLIAS DAS IGUALDADES: A QUESTÃO DO PROTAGONISMO COMUNITÁRIO	107
4. A FAMÍLIA ROMPIDA, A RETERRITORIALIZAÇÃO E O DESEMPoderAMENTO	112
4.1 ROMPIMENTOS EM ESPÉCIE: POSSIBILIDADES	113
4.1.1 Sociedade conjugal: definição, objeto e efeitos	113
4.1.2 Estado laico: rompimento da sociedade e do vínculo conjugal	115
4.1.3 Espécies de separação e Emenda Constitucional nº 66/2010	117
4.1.4 Divórcios em espécie, à Luz da Emenda Constitucional nº 66/2010	124
4.2 DIVÓRCIO CONSENSUAL E REFLEXÃO INTERDISCIPLINAR	127
4.3 A FORÇA DA CASA E A SÍNDROME DO LAR DESFEITO: VALORES IMATERIAIS, ROMPIMENTOS, PERDAS PESSOAIS E	

EXTRA-PESSOAIS COMO ELEMENTARES DE UMA NECESSÁRIA REFLEXÃO	129
5 INSTRUMENTOS NORMATIVOS <i>PRO FAMILIAE</i>: UMA LEITURA PRÁTICA EM PROL DO DESENVOLVIMENTO LOCAL EM CAMPO GRANDE-MS	139
5.1 INSTRUMENTOS PREVENTIVOS	139
5.1.1 Impedimentos matrimoniais e processo de habilitação	140
5.1.2 Presunção legal de paternidade	142
5.1.3 Bem de família	144
5.1.4 Usucapião <i>pro familiae</i>	145
5.1.5 Teoria das nulidades no Direito de Família: temperamentos <i>pro familiae</i>	147
5.1.6 Casamento por procuração inválida e coabitação como elemento saneador	151
5.1.7 Planejamento familiar e princípio da não interferência	151
5.1.8 Juridicização do afeto	153
5.2 INSTRUMENTOS PALIATIVOS	155
5.2.1 Família substituta: guarda, tutela e adoção	156
5.2.2 Guarda unilateral e direito de visita	157
5.2.3 Guarda compartilhada	158
5.2.4 Mudança da guarda a qualquer tempo	161
5.2.5 Conservação do sobrenome do cônjuge	162
5.2.6 Divórcio consensual	163
5.2.7 Divórcio direto	165
5.2.8 Concentração na guarda, tutela e adoção de irmãos	166
5.2.9 Manutenção da dupla titularidade do poder familiar	166
5.3 INSTRUMENTOS REPRESSIVOS	167
5.3.1 Suspensão e perda do poder familiar	167
5.3.2 Alienação parental	169
5.3.3 Perda do direito ao sobrenome	171
5.3.4 Perda dos alimentos	172
5.3.5 Sanção por culpa na anulação	173

5.4 SUGESTÕES PRÁTICAS DE FOMENTO À CONSERVAÇÃO DOS NÚCLEOS FAMILIARES OU DE MITIGAÇÃO DE SEUS EFEITOS INDESEJÁVEIS	174
5.4.1 Mediação familiar	174
5.4.2 Instrumentos públicos de fomento: o uso da lei na prevenção	178
CONSIDERAÇÕES FINAIS	180
REFERÊNCIAS	184
APÊNDICE 1	192
APÊNDICE 2	194

PALAVRAS INICIAIS, OBJETIVOS E *MODUS OPERANDI*

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apresentou no censo demográfico do ano de 2007, estatísticas do Registro Civil das pessoas naturais, com levantamentos, dentre outros, de separações judiciais e divórcios, ou seja, resultados de casos de dissolução da sociedade conjugal.

Em análise comparativa desses resultados nas vinte e sete capitais da federação, observa-se que Campo Grande-MS é a que mais casos produziu, superando outros centros urbanos em avultadas diferenças, atingindo marcas emblemáticas de trezentos e quatrocentos por cento, por exemplo, conforme a capital a que se refira. Esse nível de discrepância, em relação ao que se passa no cenário nacional, pode ter influência de muitas variáveis, como: a) o bom acesso à Justiça em Campo Grande-MS, onde o Poder Judiciário atua com destacada aproximação dos jurisdicionados, de modo que os rompimentos apareceriam mais que outros lugares por estarem regularizados; b) é uma capital com forte influxo migratório, de modo que a população vem se formando com a participação de pessoas oriundas de vários estados-membros, fator que poderia influenciar nos tais resultados, visto que, por vezes, é saber implícito, a família pode empreender a migração como tentativa de salvar o núcleo familiar assolado pela crise; c) não se sabe se a aproximação com as fronteiras secas teria influência nesses rompimentos; e d) ou se as famílias locais estariam produzindo arranjos familiares direcionados por uma política de conservação de patrimônios e de tradições (sem o afeto por valor fundante), até mesmo por conta da invasão migratória.

Em que pese essa ampla gama de possibilidades, registre-se, dantemão, que a presente busca teve por objeto, unicamente, demonstrar que há estreita relação entre núcleo familiar e produção, conservação e fomento de valores imateriais, e que, partindo dessa premissa, o rompimento desses núcleos ensejaria reflexos negativos nas configurações de comunidade.

A nupcialidade¹ em Campo Grande-MS assemelha-se ou é superior, enquanto o percentual de rompimento é flagrantemente destoado, com número muito maior de casos, conforme quadro demonstrativo formado por sete capitais, escolhidas aleatoriamente, com único critério, pertencerem a regiões diversas do país:

Capital	População	Casamentos	Separações Judiciais	Divórcios	Total de rompimentos separação + divórcio
Campo Grande/MS	724.524	6.099	1.099	1.675	2.774
Cuiabá/MT	526.830	1.935	320	626	946
Goiânia/GO	1.244.645	10.462	235	556	791
Porto Alegre/RS	1.420.667	4.479	602	822	1.424
Rio de Janeiro/RJ	6.093.472	26.649	970	3.034	4.004
Salvador/BA	2.892.625	11.884	562	2.241	2.803
Porto Velho/RO	369.345	1.565	83	192	275
São Luis/MA	957.515	3.828	139	494	633

Fonte: IBGE, Estatística do Registro Civil de 2007; Malha Municipal Digital do Brasil: situação em 2007. Rio de Janeiro: IBGE, 2008.

Somente para fins de ilustração, diga-se que Porto Alegre possui aproximadamente o dobro da população campo-grandense, mas a soma de rompimentos lá é praticamente metade daqui. A população do Rio de Janeiro é quase nove vezes a de Campo Grande, mas os rompimentos lá não chegam a 1,5 dos rompimentos daqui. Porto Velho tem aproximadamente metade da população campo-grandense, mas os rompimentos aqui ocorrem dez vezes mais.

Considerando que a qualidade de vida de uma comunidade é resultante, em certa medida, das vivências individuais, há que se considerar o reflexo da dissolução conjugal na comunidade. Acredita-se, com base numa varredura relativamente ampla, envolvendo, maiormente, o Direito, a Sociologia, a Geografia, a Psicanálise e a Teoria do Desenvolvimento Local, que a casa seja a provedora, em maior escala, de recursos imateriais essenciais, tais como a confiança, a auto-estima, o bem-estar emocional, a consciência crítica,

¹ A taxa de nupcialidade é dado estatístico que compara os seguintes dados: número de casamentos para cada mil habitantes, em determinada região e em determinado período.

a lealdade, a criatividade, a solidariedade, a crença, a identidade e a própria cultura. Esses recursos abstratos seriam importante instrumental de vida para o sujeito em per si e dentro dos inúmeros grupos nos quais há de travar as relações cotidianas. O rompimento do lar, em alguma medida, variável conforme as circunstâncias de cultura, idade, presença ou não de prole, tempo de convívio, idade da prole etc, implicaria em desvantagem para as partes envolvidas na crise que vitima esse grupo social, enquanto base e matriz da sociedade.

Os indicadores sociais seriam o saber explícito, codificado, mas representam a ponta do fenômeno, enquanto aqui se busca a compreensão possível da produção desses resultados por meio do estabelecimento das novas relações de poder no pós-rompimento conjugal. Essas pessoas, em tese, seriam menos agentes na construção de seus caminhos, pelo desempoderamento pessoal que a falência da casa poderia provocar. Esse desempoderamento ensejaria relações empobrecidas, principalmente no seio da comunidade, onde, acredita-se de suma importância, o protagonismo pessoal atua diretamente nessas relações de poder.

Acrescente-se que o elevado número de casos de divórcio em Campo Grande – MS é a causa motivadora da pesquisa, mas o *locus* estudado, em verdade, é o *locus* abstrato. Colhem-se dados nessa Capital, mas a visada da análise alcança, com utilidade (sem exagerada pretensão), quaisquer lugares em termos de rompimento do núcleo familiar.

Conforme adiantado, a causa dos rompimentos não esteve na mira da presente proposta, mesmo porque a família moderna se estabelece sob o pátio da mais ampla liberdade, que é orientada pelo aspecto afetivo. Sabe-se, também, que essa mesma liberdade age na direção inversa, levando ao rompimento que, naturalmente, não admite controle coercitivo, seja por parte do Poder Público, seja por parte da sociedade civil. Por isso mesmo, não houve a pretensão de analisar a causa, mas os efeitos, cuja referência será a comunidade enquanto ciclo social mais amplo.

Para o Direito, o desfazimento da entidade familiar é chamado de separação, na fase preparatória, que rompe apenas a sociedade conjugal, sendo chamado de divórcio o fim do casamento. Aqui, optou-se, propositalmente, pelo vocábulo rompimento, e pela expressão rompimento do núcleo familiar, para se referir tanto à separação, como ao divórcio e ao fim da união estável. Tecnicamente, o fim da união estável não se chama divórcio, termo de uso exclusivo para o matrimônio, distinção essa que não importa na presente tarefa. Aliás, faz-se questão de manter a unicidade do termo (posição atécnica para o Direito), chamando divórcio a ambos os rompimentos, do matrimônio e da união estável, com o propósito mesmo de

provocar a lembrança de que a presente tarefa é transdisciplinar, ou seja, ultrapassa, dentro do possível, os aspectos jurídicos.

Também não veio ao caso tratar das uniões homoafetivas, recentemente elevadas, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), à condição jurídica de uniões estáveis. Seja por se tratar de estrutura que ainda não é reconhecida à luz da lei, seja porque a recente juridicização não permite colher dados pregressos, seja porque o alvo do trabalho são as estruturas que trazem em seus modelos os paradigmas do afeto entre pessoas de sexo oposto, com o fito eventual da procriação.

Essa inovação terminológica que se propôs, de falar em rompimento nuclear, vai além do desejo de simplificar o discurso, com a animada intenção de despertar para o fenômeno que põe fim à família. Isso porque na ciência jurídica o referido fenômeno social repousa sereno em uma vala comum: fala-se, por exemplo, de divórcio consensual ou amigável, em oposição ao divórcio litigioso, em que pode haver discussão de culpa entre os cônjuges. Quer-se chamar a atenção para o fato de que qualquer dessas modalidades divorcistas deve ser vista, socialmente, como rompimento, e rompimento amigável é uma expressão, no mínimo, incoerente. Acomodada e acabada para o Direito, mas que merece atenção por parte de estudiosos que se propõem a uma jornada mais ampla sobre o fenômeno que extermina o grupo familiar.

Pela mesma razão, buscou-se uma compreensão de família que vai além do Direito, que extrapola o campo desse domínio científico (que é o domínio regulador e positivador), para refletir no âmbito de outros parâmetros do saber, conforme anunciado, uma vez que a família é organismo sistêmico, de reconhecida complexidade pelos aspectos emocionais, conscientes e inconscientes. Ademais, a família é anterior ao Direito, como, também, mais ampla e mais profunda.

Registre-se que seria ledo engano perquirir nos arquivos do fórum de família as causas e as conseqüências dos divórcios, dos rompimentos conjugais e das falências das uniões estáveis. Os papéis forenses são uma ponta do fenômeno dos rompimentos, uma ponta externa, objetiva, que pouco passa de mera formalização jurídica do fenômeno social dos rompimentos. As crises da alma não estão registradas nesses papéis, os dilemas emocionais não superados, a *tsuname* que dilacera o ser por dentro, nada dessas questões subjetivas, desses sentimentos, aparece naquela formalização. Afinal, aquela formalidade é somente uma

questão de segurança jurídica necessária à sociedade, pois o Direito precisa garantir à sociedade a certeza dos fatos relevantes.

Para melhor entendimento, sugere-se imaginar o chamado divórcio consensual ou amigável, em que nos autos processuais ou na escritura pública consta o mais amplo e sereno acordo. As partes estão acordes em todos os termos. Decorreu dessa assertiva a tentativa de uma investigação mais próxima de quem passou pelo rompimento, uma investigação que permita aos consultados (mais de 150²) manifestar alguma coisa, algum sentimento que seja, enfim, alguma demonstração dos efeitos internalizados e segredados no recôndito do ser. É nesse recôndito que se pode identificar a verdadeira dimensão humana.

Conforme restou demonstrado na fundamentação teórica deste estudo, a família, grupo primário, essencial à organização social, tem natureza de instituição basilar, matricial. Acrescente-se que essa visão da família enquanto base é consagrada na Constituição Federal (Art. 226) pela primeira vez, em clara demonstração de que o legislador constituinte percebera a real envergadura dessa instituição. O legislador demonstra efetivamente reconhecer a família como organismo hábil a projetar seus efeitos na sociedade, à medida que, também pela primeira vez, preocupa-se em promover a igualdade e a dignidade das pessoas nesse berço social.

Essas questões perpassam a identidade cultural e influenciam na territorialização de pais e filhos no pós-rompimento do núcleo familiar, ou seja, como ocorre na questão do território, devido a outros fenômenos (como a industrialização, a migração, a guerra e a colonização), o rompimento desse grupo social provocaria uma nova territorialização (ou reterritorialização), a partir da clivagem produzida pelas novas relações de poder.³

Acredita-se que o divórcio e o desfazimento da união estável (enquanto fenômenos que rompem o núcleo familiar), trazem, por consequência, uma mudança significativa nos valores imateriais, e essa nuance teria outra consequência, a saber, o prejuízo na qualificação das relações sociais travadas por essas pessoas oriundas da família constituída,

² Foram 120 entrevistados dentre aqueles que vivenciaram o rompimento de suas famílias (divórcio dos pais) e 30 profissionais que operam com a família, como psicólogos, assistentes sociais, ministros religiosos, juízes, promotores e professores.

³ Essas novas relações de poder são multiplicadas inclusive porque as novas sociedades conjugais, que eventualmente se estabeleçam, farão parte dessa rede social, com os relacionamentos parentais por afinidade, como a que se forma entre padrastos e enteados, além da confusão de proles, onde aparecem os irmãos unilaterais e bilaterais. Estes têm pai e mãe em comum, aqueles somente o pai ou a mãe em comum.

que se vêm impingidas, num dado momento, a produzir uma nova territorialização. A vida é intensa negociação, numa rede imbricada de relações mais ou menos estreitas, nas quais essas pessoas da família esfacelada, que se vêm inseridas, também, noutras configurações mosaicas de família (pelo recasamento, pelas novas proles e pelos novos familiares), estariam, em tese, sujeitas a ressentir da necessidade de mais força e de mais qualidade nessas relações cotidianas.

Nesse ponto, em que há a expectativa do prejuízo na qualidade das relações, impossível não recorrer à moderna concepção de capital social, instituto identificado nos últimos 20 anos, que labora numa linha filosófica de que relações qualificadas, pautadas na confiança e no senso de cooperação, teriam o condão de otimizar custos contratuais, gerar bens coletivos e facilitar o surgimento e o ingresso de novos atores sociais, protagonistas de desenvolvimento comunitário. Quer-se depreender que o rompimento nuclear da família é fenômeno hábil a transmudar, em grande medida, as relações sociais referentes à família desconstituída, redesenhandoo o espectro dessas relações de poder e gerando, por consequente, uma nova territorialização, com inarredável reflexo sobre a produção de capital social e, tão logo, de Desenvolvimento Local.

Dessa forma, a hipótese mais abrangente deste estudo está na afirmação de que o elevado índice de rompimentos dos núcleos familiares em Campo Grande guarda relação direta com o desenvolvimento desta Capital, à medida que o desfazimento da família nuclear altera a relação de seus entes com o território, com a apropriação do espaço. Secundariamente, foram tratadas as seguintes hipóteses:

- a) A família é a principal fonte dos chamados valores imateriais, numa escala que envolve a comunidade do bairro, do município, de uma região e do próprio Estado-Nação;
- b) O rompimento dos núcleos familiares, enquanto fomentadores desses valores, levam a uma reterritorialização empobrecida, desempoderada; e
- c) A necessidade compulsória, pelo pós-rompimento, de se negociar a criação de um novo espaço, traz prejuízos à configuração da comunidade, à construção do local, pois há uma afetação negativa no fomento de capital social.

Foram várias as combinações de métodos, de abordagem e de procedimento, conforme as necessidades reclamadas no decorrer do trabalho. Em que pese haver entendido, inicialmente, desnecessária a pesquisa de campo, opiniões contrárias, abalizadas,

influenciaram essa opinião, levando a considerar a possibilidade de se fazer uma investigação por amostragem, além de buscar resultados de outras pesquisas análogas, em tempo e espaço diversos. A busca foi mediada pelos aspectos estruturais da família e por sua natureza funcional enquanto instituição voltada para o especial objeto de se constituir em base e matriz da sociedade.

Em termos de métodos de abordagem, o dialético pareceu o mais indicado, dada a necessidade de se penetrar o mundo fenomênico por meio de sua ação recíproca e de contraposição, uma vez que foram investigadas situações que se polarizam, em especial a questão da preservação *versus* dissolução da entidade familiar. Abordaram-se aleatoriamente, em diversos espaços de Campo Grande, cerca de 120 pessoas residentes nesta capital, dentre as que vivenciaram o rompimento de suas famílias (divórcio dos pais), além de 30 profissionais, de diversos domínios, como psicólogos, professores, assistentes sociais, advogados e ministros religiosos. Esse número de entrevistados não foi delimitado previamente, seja quanto aos chamados filhos do divórcio (linguagem da psicanálise), seja quanto aos profissionais que se convencionou, aqui, chamar de operadores de família. Em verdade seguiu-se o critério da saturação, pois a partir de certo momento as respostas tornaram-se repetitivas, apenas confirmando a manutenção da ideia que já estava induzida: a relação direta entre funcionalidade da família nuclear e qualidade das relações comunitárias.

As pessoas foram abordadas sem aviso prévio, no ambiente em que naturalmente se encontravam, e, após breves palavras explicativas da importância da entrevista, para a ciência e para a cidade, eram colocados cuidadosamente os questionamentos, fossem para os filhos do divórcio (quatro questões), fossem para os operadores de família (quatro questões). No caso destes últimos, normalmente se encontravam em seus ambientes de trabalho. Procurou-se deixar que a expressão volitiva de todos eles fosse a mais pura possível, no sentido de não induzir qualquer opinião, nem mesmo dar a entender quais eram as hipóteses da pesquisa.

Perguntas aos filhos do divórcio:

- 1) Qual o nível de relacionamento com o genitor não guardião?
- 2) O rompimento da família causou alguma influência em suas relações sociais?
- 3) Vê o divórcio, com filhos ou sem filhos, como um fenômeno que traz prejuízo às pessoas envolvidas?

Perguntas aos operadores de família:

- 1) Vê o divórcio, com filhos ou sem filhos, como um fenômeno que traz prejuízo às pessoas envolvidas?
- 2) Qual a afetação no campo dos valores imateriais, tais como identidade, criatividade, saúde emocional, autonomia etc?
- 3) Quais as principais carências apresentadas no campo dos relacionamentos?

Em ambos os questionários havia uma questão aberta, onde o entrevistado tinha a oportunidade de acrescentar eventuais dados, sugestões, opiniões etc.

Quanto aos métodos de procedimento, também não houve o emprego isolado de um ou outro. O monográfico, o empírico, o histórico, o comparativo e o estatístico foram combinados para uma significativa abordagem do tema proposto.

O trabalho está organizado em cinco capítulos, nos quais, inclusive no primeiro (em que se anuncia a Teoria do Desenvolvimento Local), procurou-se fazer a interface entre a família nuclear, constituída e desconstituída, e o ideal de desenvolvimento comunitário enquanto requisito para o genuíno desenvolvimento de Campo Grande-MS.

1. A TEORIA DO DESENVOLVIMENTO LOCAL E A FAMÍLIA ENQUANTO COMUNIDADE BASILAR

Construída ou em vias de construção, há uma teoria do desenvolvimento que leva esse nome de Teoria do Desenvolvimento Local. Se está em vias de construção, é certo que seus princípios teóricos, como colunas de sustentação de uma ciência, já foram soerguidos e acabados, em que pese a perspectiva dos naturais avanços e da maturação de seus pontos teóricos essenciais.

Dentro de sua principiologia, são vistas como maiores preocupações:

- a) Não tratar essa teoria como simples extensão dos estudos desenvolvimentistas;
- b) Não confundir crescimento econômico com desenvolvimento social;
- c) Entender que não existe modelo de desenvolvimento, em termos de receita pronta aplicável às populações; e
- d) Identificar o genuíno desenvolvimento, a partir do ser humano, para o ser humano e pelo ser humano, a que Ávila (2005) chamou de desenvolvimento endógeno participativo.

É exatamente em razão desse posicionamento humanista, com a figura humana como ponto de partida, causa e consequência, que se faz esse estudo pertinente aos efeitos do rompimento da família, com vistas à proposta do Desenvolvimento Local. Quer-se dizer: se o homem deve ser o protagonista do genuíno desenvolvimento (ÁVILA, 2006) e é na família que se dá, em boa parte, a formação da identidade e da cultura (GROENINGA, 2008), acredita-se oportuno e viável tratar do rompimento familiar enquanto fator inerente à construção das comunidades e, por consequência, do almejado desenvolvimento.

1.1 DESENVOLVIMENTO LOCAL: BUSCA POR UM CONCEITO

Importa, antes de colocar um conceito, refletir alguns aspectos dessa expressão. Antes mesmo de propor o significado de desenvolvimento, convém laborar sobre o termo “local”, que por vezes pode ser tomado como lugar, território e até como paisagem. Inicialmente, quanto à extensão do termo “local”, como atributo do termo que o antecede, “desenvolvimento”, parece possível afirmar que se trata de atributo limitativo e qualitativo daquele.

“A transição para um novo paradigma de desenvolvimento e os seus desafios são acompanhados de inovações no terreno das ideias e nas consciências das sociedades, incluindo a formulação de novas propostas de desenvolvimento”, assevera Buarque (2002, p. 57). Essa reconfiguração no plano das ideias e das consciências mostra que vem se estabelecendo um paradigma novo, pautado na abstração de aspectos imateriais, aspectos estes até outrora desconsiderados, boa parte deles situados no campo da representação, vale dizer, no subjetivismo dos sujeitos enquanto indivíduo e participantes da coletividade. Não se trata de um simples modismo, ou de trocar “algo por algo mesmo” só para dizer que se está mudando, mas, como leciona Buarque (2002, p. 57):

Os antecedentes históricos indicam que o conceito de desenvolvimento sustentável não é apenas mais um modismo ou uma ideia brilhante das Nações Unidas, mas uma construção teórica para organizar uma nova postura da sociedade diante dos desafios do presente e do futuro e consistente com o novo paradigma de desenvolvimento. Não surge de repente e do nada, apenas como uma genial formulação de algum pensador e técnico original e competente; ele tem uma fundamentação socioeconómica e política e decorre de vários antecedentes técnicos e conceituais que preparam o mundo das ideias para a consolidação de uma determinada concepção (*sic*).

Dessa forma, antes de assentar um conceito, parte-se pelo caminho reflexivo, com o objetivo de apresentar a ideia pelo processo da desconstrução, para que seja possível atingir pontos essenciais dessa ideia. Quer-se apenas apresentar um pouco do fenômeno que já está desenhado em todos os seus contornos, procurando ver, nesse contexto, a família nuclear constituída e desconstituída, entendendo haver intrínseca relação entre o fenômeno do desenvolvimento, sob o novo paradigma, e a família enquanto ente formador, conservador e fomentador de valores imateriais.

1.1.1 Local como lugar, espaço e território: análise do imaterial nessa construção social e dialética

No sentido literal, denotativo restritivo, o local é uma representação do ser humano, ainda que objetivamente posta, no sentido de que resulta de sua criação intelectual. Nesse sentido, talvez seja possível afirmar que o local é físico e atua como sede de outras representações humanas. Todas as demais significações de local seriam abstratas, iriam além do *locus*, portanto, variando no âmbito permitido da semântica, ao sabor das ricas representações (sempre humanas) sobre o local. Nesse patamar reflexivo entrariam o local como espaço, território e comunidade, por exemplo. Diz-se que esses valores são colocados apenas à guisa de exemplificação, por considerar as infinitas possibilidades, em tese, de se fazer referência ao local, em se tratando da ampla e inesgotável veia da representação humana.

Essa capacidade de representação passa necessariamente pela formação da pessoa, que, lembra Marques (2009), é processo que se dá a partir da educação familiar, comunitária e escolar. Sobre isso, veja-se a lição de Bourlegat (2000, p. 18):

Vale lembrar que a construção do lugar também se realiza na dimensão do simbólico. Nessa perspectiva, o ser humano identifica-se com o lugar vivido como materialidade impregnada de valores, que ganha significado pelo próprio uso cotidiano. [...] O lugar, portanto, é onde a vida se desenvolve em todas as suas dimensões. Assim, a ordem interna construída no lugar, tecida pela história e pela cultura, produz a identidade.

Nessa base, pode-se dizer que o local, no sentido etimológico, resulta, também, de uma representação, mas com certa finitude e concretude, enquanto os conceitos semânticos seriam mais abertos às possibilidades daquela representação, mais ricos e mais importantes para a ideia de organização social.

Tuan (1979, p. 387) é enfático acerca dessa dimensão simbólica, quando afirma que “O lugar encarna as experiências e aspirações das pessoas. O lugar não é só um fato a ser explicado na ampla estrutura do espaço, ele é a realidade a ser esclarecida e compreendida sob a perspectiva das pessoas que lhe dão significado”.

É desse aspecto multifacetário, dinâmico e dinamizador, humano por excelência, tão incerto e mal configurado quanto a inquietude do espírito, que a geografia moderna, com a ajuda da filosofia e de outros domínios, tem cuidado incansavelmente, como se vê nas lições

de Raffestin (1993) ou de Santos (1996). Uma coisa é certa, o local, desse ponto de vista da fertilidade e da criatividade, fruto dos comportamentos (finalísticos), é uma construção social, dos agentes sociais atuantes (sociedade) em uma determinada área geográfica (*locus* em sentido denotativo próprio), em dado momento histórico (tempo).

Veja-se aí, o termo *locus* como elemento dessa tridimensionalidade (sociedade-espacotempo) que é a ideia abstrata e mais ampla de local. Nesta última referência, no sentido de territorialidade (RAFFESTIN, 1993) ou de apropriação do espaço (SANTOS, 1996).

Apenas à guisa de diversificação, acrescente-se as ideias de local e de espaço para o entendimento jurídico. Em suma, ambos só poderiam, substancialmente, ter significação física, como assevera Kelsen (1998, p. 212): “O território do Estado é um espaço rigorosamente delimitado. [...] O chamado território do Estado apenas pode ser definido como o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estadual”.

A dimensão objetiva do território, sobre a qual recai o aspecto jurídico, tem sua importância política, no entanto é a dimensão subjetiva do território, essa dimensão impregnada de valores, que é percebida, vivenciada pelo sujeito, e que lhe é tão cara, pela carga simbólica que encerra, que tem sido objeto das investigações de Raffestin (1993) e de Santos (1996), dentre outros. Quer-se dizer, é o território visto como parte das pessoas, o território como identidade de um grupo social, pois esse território é construção social, ou seja, “o DL⁴ é coisa de território/espacó coletivamente dimensionado”, como assevera Ávila (2006, p. 134).

Veja-se, portanto, que o lugar para o jurídico é o *locus* do significado restrito, ao passo que para a geografia convém essa amplitude aqui refletida, como no dizer de Neves (1998, p. 271), que vê territórios como “[...] espaços de ação e de poderes”.

A construção do território passa pelas relações de poder (FOUCAULT, 2007), e pela construção da identidade (CUCHE, 1999), como sintetiza Marques (2009, p. 151): “[...] territorio es um espacio en el cual se proyectó el trabajo, como consecuencia, revela relaciones marcadas por el poder”. Quanto à identidade, seria fruto da representação advinda dessa construção social, dessa implementação viva do espaço finalisticamente modificado. Para Tuan (1979, p. 421):

⁴ DL é sigla utilizada para Desenvolvimento Local.

Todos os lugares são pequenos mundos: o sentido do mundo, no entanto, pode ser encontrado explicitamente na arte mais do que na rede intangível das relações humanas. Lugares podem ser símbolos públicos ou campos de preocupação (fields of care), mas o poder dos símbolos para criar lugares depende, em última análise, das emoções humanas que vibram nos campos de preocupação.

O conceito de lugar está de tal modo associado à dimensão simbólica (VALVA *apud* MARQUES, 2009), que se chega ao ponto extremo de a construção do lugar ocorrer, inclusive, sem os elementos físicos, a exemplo da terra prometida dos judeus. Gerações judias, ao longo dos séculos, celebraram apaixonadamente um lugar que nunca tinham visto, um lugar inexistente no plano físico, mas real e inabalável no plano do espírito, na crença daquele povo. Muitos nasceram, viveram e morreram, construíram suas identidades e se identificaram, sonharam e edificaram todos os castelos de suas existências, com base numa terra que não existia, ou melhor, fisicamente não existia.

1.1.2 Local como comunidade

No âmbito da liberdade permitida pela semântica do termo, como visto no item anterior, local pode ser visto no sentido de comunidade, que seria uma associação humana (naturalmente) vivendo em comunhão, ou seja, compartilhando projetos de vida, esforços materiais e intelectuais e experiências emocionais.

Comunidade, por sua vez, convém assinalar, que é termo ora tomado em sentido *lato*, ora em sentido *strictu* (em sentido próprio), ou, ainda, em sentido denotativo restritivo. Em sentido largo tem similitude ou pode ser entendida como:

1. Comunidade enquanto sinônimo de bairro;
2. Comunidade internacional;
3. Comunidade local;
4. Comunidades ribeirinhas;
5. Comunidades pobres;
6. Comunidades ricas;
7. Comunidades periféricas;
8. Comunidades virtuais;
9. Comunidades indígenas etc.

Em todos esses casos o termo é tomado em sentido impróprio, ou *lato*, ou, até mesmo, conotativo, com a mera pretensão de se referir a um agrupamento humano que se encontra sediado em determinado local (no sentido do *locus*, denotativo restritivo). Comunidade aqui, portanto, quer somente fazer alusão à própria sociedade, querendo referir-se a uma porção dela que se encontra situada em determinado lugar. Em sentido estrito também tem similitude ou pode ser entendida como:

1. Comunidade em Desenvolvimento Local;
2. Comunidade quilombola de Rio das Rãs;
3. Comunidade cristã de um determinado lugar;
4. Comunidade indígena de determinado bairro;
5. Comunidade familiar etc.

Dessa feita, comunidade importa relações estreitas, conscientes e dirigidas a um fim, que é objeto comum de determinado grupo. Ávila (2006, p. 134) explanou o termo em seu alcance denotativo:

[...] a todo conjunto “localizado” de indivíduos, em ambiente de predomínio dos relacionamentos “primários” sobre os “secundários” ou até de certa equilíbrio entre os mesmos, portanto constituindo aquela categoria de coletividade sociologicamente denominada “comunidade”.

Em vista de exposto se pode afirmar que comunidade e sociedade não podem ser tomados como termos sinônimos. A sociedade guarda uma relação de irmandade pró-forma, com laços meramente simbólicos, como a sociedade brasileira, que tem sentimentos comuns de brasiliade, mas esses sentimentos, até por inviabilidade lógica, não são comungados ao ponto de efetiva concretude. A comunidade, diferente da sociedade, tem esse alcance, de partilhar concretamente dos ideais de vida. Nessa direção, a oportuna ponderação de Ávila (2006, p. 134) dá a entender que:

No primeiro caso, os indivíduos/cidadãos podem influir direta e incisivamente nos (por vezes até decidir sobre os) seus rumos, meios e métodos individuais e coletivos de vida (o que constitui exercício de cidadania), embora nem sempre isto ocorra por falta de aptidões internas (capacidades, competências e habilidades para tal) ou pelo esmagamento do dirigismo externo, sempre voltado à imposição e perpetuação da dependência societariamente verticalizada. E isto constitui, sem dúvida, situação de impasse, dado que, por um lado, o dirigismo externo bloqueia portas ao desenvolvimento de aptidões e, de outro, torna-se difícil pensar na superação do dirigismo externo sem que se desenvolva e exerçite capacidade

de aptidões. No entanto, o progressivo rompimento desse impasse é possível mediante a “comunitarização para DL”, [...].

O exemplo de comunidade, tão comum quanto seguro, seria a família, no sentido de núcleo familiar: pais e filhos. Normalmente a família vive como comunidade, pois, enquanto grupo social primário, célula do tecido social, é de sua natureza o convívio efetivamente compartilhado. Como descreve o Art. 1.511 do Código Civil, “o casamento estabelece comunhão plena de vida”. Nesse mesmo sentido Ferreira Neto e Garcia (1987, p. 10), em boa didática listam os possíveis requisitos para configuração de comunidade: “1º) uma certa contiguidade espacial [...]; 2º) a consciência de interesses comuns [...]; 3º) a participação em uma obra comum [...].” Enfim, comunidade importa participação e solidariedade, e estas, naturalmente, decorrem da consciência, como se vê. O desafio está em conciliar o sentimento exclusivista do homem, que muito suplanta sua natureza associativa, ou a limita. Quer-se dizer, o homem tem a capacidade de agrupar e de partilhar somente no limite de suas necessidades de sobrevivência. O que disso passa, parece exigir um esforço extraordinário, além da natureza, na busca de uma civilidade que os tempos e os desafios atuais recomendam.

1.1.3 Local como paisagem: outras reflexões

Há paisagens contidas nos lugares, como há espaços e paisagens que contêm lugares, assevera Valva (*apud* MARQUES, 2009). Para Sauer (1983, p. 321), “Os fatos da Geografia são fatos do lugar; sua associação origina o conceito de paisagem”.

Na continuação do estudo do local, passando pelo jogo semântico, há que se verificar a diferença entre paisagem e outros conceitos já trabalhados, como lugar, espaço e território. Em verdade possuem suas próprias conotações, em per si, cada qual com uma amostra própria e diferenciada de uma mesma construção. Numa tentativa de ilustrar, seria como se o engenheiro ou o arquiteto passasse a apresentar o projeto arquitetônico de um obra, sob diversos aspectos: da funcionalidade, da temperatura ambiente e das correntes de ar (conforto térmico), da estética, da segurança contra incêndio e outras calamidades, da segurança contra agressões externas, da proposta ecológica. São várias as observações, sob vários aspectos, mas tudo diz de um mesmo projeto, de uma mesma construção. O que há de

comum em todos os aspectos do projeto, é a figura do candidato a morador, mesmo porque ele é o centro da ideia projetada, causa e consequência dela.

Quando se estuda o local, seja como lugar, como território, como espaço ou como paisagem, a causa, a consequência e o centro de todos os pontos a serem verificados, é a pessoa humana⁵. O homem figura como valor maior e principal, trazendo consigo, entranhada n'alma, a sua dignidade. A pessoa, portanto, está no local, no território, no lugar, no espaço e na paisagem, que, em última análise, tratam-se, todos esses valores, de uma mesma construção, a saber, o ambiente social, que é um ambiente naturalmente humano. O ser humano não é encaixado nesse ambiente, como um animal que, para ser protegido da extinção de sua espécie, é colocado num cativeiro ou cuidado em seu próprio *habitat*. O ser humano não é colocado em cativeiro, mas ele próprio constrói sua prisão, e a constrói no exercício de suas liberdades, com as escolhas amplamente livres dos materiais a serem utilizados, ou seja, é protagonista de sua história e da história de seu ambiente, de sua comunidade.

1.1.1.2 O Homem na paisagem: como artífice e resultado dela

O homem é o elemento comum, portanto, dessas diversas possibilidades, que são aspectos de uma mesma realidade, que hora é vista como local, hora como espaço, hora como lugar e hora como paisagem.

A paisagem narra, por meio de suas formas, as relações do ser humano com a natureza (SANTOS, 1996), mas, também, dos seres humanos entre si (FOUCAULT, 2007). Assim, embora não se possa ver o lugar em que viveram os faraós egípcios, o lugar no sentido de poder abstrair seus sentimentos, por meio das escavações arqueológicas pode-se ter a paisagem daquele Egito e nelas serem identificadas as relações das pessoas com a natureza, naquele período da história. Nessa paisagem é possível descobrir o sagrado e o profano, o bem e o mal, a moeda e o valor atribuído aos elementos da natureza, a criatividade e a genialidade, enfim, todo o *modus vivendi* da nação egípcia.

Ainda a título de exemplo, salienta-se que: se o cemitério é construído distante dos centros habitados, esse detalhe na paisagem construída revela algo acerca da relação dessa

⁵ Para o Direito, há a pessoa jurídica, daí a importância da adjetivação quando se faz referência à pessoa propriamente.

sociedade com a morte. No Brasil, a população não é dada a fazer testamentos (MONTEIRO, 2004), fator que está presente na paisagem brasileira, servindo, também, para revelar algo como a relação pouco intensa desses nacionais com a questão inexorável da morte.

Voltando às escavações, observa-se, portanto, que os arqueólogos revelam valores infinitamente maiores que os vestígios materiais. O capital imaterial revelado ultrapassa em grandeza imensurável a matéria encontrada.

1.1.1.3 Os elementos da paisagem: uma leitura reflexiva

A paisagem, como vem sendo aqui estudada, pode ser resumida como a soma do parque natural, da ação humana sobre esse parque e das formas daí resultantes, hábil a mostrar a relação da pessoa com a natureza. Esquematicamente poder-se-ia representar assim:

$$\text{PARQUE NATURAL} + \text{AÇÃO} + \text{PARQUE MODIFICADO} = \text{PAISAGEM}$$

Correa *apud* Marques (2009) aborda a questão das dimensões da paisagem (morfológica, funcional, espacial, histórica, simbólica), das quais quer-se acreditar que a mais rica seja a dimensão simbólica, pois se ela contém significados, valores, crenças, mitos e utopias, nessa dimensão tem-se o bastante para identificar todas as outras e, dessa forma, conhecer como se deu a relação do ser humano com o seu meio.

Numa visão mais concreta, o lixo no chão, pelos logradouros públicos, e o trânsito caótico por falta de postura dos condutores, são exemplos de uma relação paupérrima da pessoa com o seu meio, e essa paisagem mostra uma sociedade que pouco sabe da natureza, por seu baixo grau de educação, desconhecendo o seu meio natural, inclusive a própria natureza humana (que também é natureza).

Vê-se, portanto, que a educação é um fator essencial. Muitos fatores existem a modificar a paisagem, favorável ou desfavoravelmente à condição humana. As condições meteorológicas, por exemplo, podem afetar o modo de vida, criando um perfil típico de morador de certo lugar. Condições como o sol, a chuva e a neve são hábeis a alterar a paisagem. As tempestades furiosas, furacões, maremotos e terremotos, fizeram com que os habitantes de certas regiões passassem a viver em casas móveis, em pleno século XXI, tão distante dos tempos nômades de sobrevivência. Quer-se acreditar, todavia, que dos fatores

hábeis às transformações, a educação seria o fator de maior potencial. Quer-se acreditar, também, que a família, enquanto importante instituto de produção, fomento e conservação dos valores imateriais, teria forte influência nesse desiderato, para melhor ou para pior, conforme ela se mantenha integralizada em sua estrutura nuclear ou rompida.

É saber empírico, do domínio de todos, tudo o que toca à significação da casa: da casa da infância e da adolescência. Mesmo depois que se estabelece a própria família, a casa dos pais permanece como referencial (porto seguro, refúgio, ainda que inconsciente). A mudança de lugar não impede que a pessoa retorne à casa e, enquanto outras pessoas nada enxergam nesse lance de observação, para esse observador que retorna, há uma áurea fenomenal, pairando sobre o antigo lugar, uma áurea que faz rir e faz chorar, que faz reviver. Há plantada ali uma pirâmide iluminada pelos mais vivos sentimentos: irradia cores, cheiros, alegrias, tristezas, paixões, enfim, as muitas sensações que acometem a alma. A casa velha é, em verdade, um monumento à identidade que, em parte, fora ali construída. Quando Tuan (1979) tratou das diversas escalas do lugar, posicionou o lar como produtor primário de significados. Os bairros, as cidades, as regiões e o Estado-Nação seriam lugares mais distantes, ocupando seus níveis de importância.

Arrisca-se, enfim, dizer que o ser humano constrói o território (espaço), que visto é paisagem e sentido é lugar. O lugar, pode-se ver e viver. A paisagem, apenas se vê, e ao fazê-lo é possível imaginar como ali se viveu, ou se vive, ou seja, como fora ou é o lugar. A paisagem é muito importante para se construir o lugar, pois ela permite a reflexão histórica dos valores, possibilitando implementar, com sabedoria, o lugar em construção no território, e que esse lugar seja compatível com a elevada condição humana.

1.2 O QUE É DESENVOLVIMENTO LOCAL

Deduz-se, nesse diapasão, que Desenvolvimento Local consiste em fenômeno social que ocorre em determinado lugar ou local, enquanto o ser humano se apropria desse espaço de vida, onde, à medida que constrói vai, também, construindo-se a si mesmo. Desenvolvimento local consiste, ainda, em territorializar determinado lugar, fazendo-o de forma empoderada, de modo que, conscientemente, com ações predominantemente finalísticas, protagoniza a transformação de seu ambiente de vida.

Para haver Desenvolvimento Local, no diapasão que soa neste estudo, tem que haver desenvolvimento humano, silogismo obrigatório, sob pena de não haver desenvolvimento em seu sentido essencial, que tem por pauta maior o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, estaca mestra insculpida no inciso III do Art. 1º da Carta vigente.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), traz o conceito de desenvolvimento humano, como se vê em Buarque (2002, p. 58):

[...] um processo abrangente de expansão do exercício do direito de escolhas individuais em diversas áreas: económica, política, social ou cultural. Algumas dessas escolhas são básicas para a vida humana, as opções por uma vida longa e saudável, ou por adquirir conhecimento, ou por um padrão de vida decente, são fundamentais para os seres humanos.

Buarque (2002) lembra que na década de 1990 o PNUD passou a ser invocado como instrumento para direcionamento do debate, recurso este de grande valia porque traz consigo a essência do novo paradigma de desenvolvimento, a partir do ser humano e inserindo-o como parte ativa desse contexto, donde falar-se em protagonismo e em desenvolvimento endógeno emancipativo, como prega Ávila (2000). Ter o direito “de escolhas individuais em diversas áreas”, como prevê o PNUD, é conferir à pessoa o direito de ser ela mesma, em sua identidade, sua cultura, enfim, seu *modus vivendi*, que, em última análise, é o direito de liberdade enquanto direito da personalidade. Pode-se afirmar, ainda, que o desenvolvimento humano implica no desenvolvimento coletivo em seus amplos matizes, com a construção de um espaço que é o próprio Desenvolvimento Local, e que é a cristalização do Estado jurídico das liberdades. O Estado das liberdades é o estado das igualdades, da solidariedade e da justiça social (SILVA, 1998).

O Desenvolvimento Local se refere ao desenvolvimento no qual o homem se envolve e não desenvolvimento enquanto programa que o envolve, alienando-o de sua realidade inalienável, que é a sua condição de pessoa. “Programa” nessa afirmação é termo que tem o propósito de se referir a receitas prontas, a modelitos que se impõem, medidas comumente de baixa eficácia, quando não chegam a causar prejuízo às populações localizadas. Refletindo o desenvolvimento territorial, Boisier (*apud* BOURLEGAT, 2000) declara que a escala do lugar é a ideal para que a sociedade se desabroche, a partir de uma ordem intangível e consciente, que se manifesta nessas dimensões: cognitiva, simbólica,

cultural, institucional, psicossocial, social, cívica e financeira, ao que acrescenta Bourlegat (2000, p. 19):

[...] Entretanto, o capital intangível constitui força interna, quando as suas modalidades internas articulam-se entre si, constituindo sinergias. Essa sinergia é demonstrativa da capacidade organizacional dessa comunidade para dar origens a redes de articulação interna, com mecanismos próprios de funcionamento, indicando forças comunicativas e impulsionando o desenvolvimento.

O Desenvolvimento no Local e o Desenvolvimento para o Local, respectivamente representados, na lição de Ávila (2005) pelas siglas DnL e DpL, estão distantes dessa essencialidade humanista e dessa sinergia proativa rumo ao desenvolvimento. Para o referido escoliasta (2005, p. 70), Desenvolvimento no Local:

[...] se refere a um empreendimento ou iniciativa a que se atribui a qualificação “de desenvolvimento”, por gerar emprego e expectativa de arrecadação de impostos e circulação de bens e dinheiro, mas que, em verdade, tem o *local* apenas como sede física. Só fica no *local* enquanto o lucro compensa. No momento em que a lucratividade baixa, ou quebra – empresarialmente falando – ou vai embora, deixando à comunidade-localidade seus destroços-fantasmas, por vezes muitos e graves problemas ambientais e, principalmente, enorme frustração na população.

Observa-se que o empreendimento não se liga umbilicalmente ao lugar, que equivaleria a atuar conjuntamente com as pessoas que estão laborando na construção daquele espaço. Essa ligação, que implicaria em atitude, em participação ativa dos habitantes locais, aumentaria as chances de o empreendimento vingar ou, ao menos, em sendo frustrada a expectativa, arcarem conjuntamente com os danos, até mesmo com a possibilidade de idealizarem novas oportunidades a partir da crise. Como esse DnL é predominantemente um elemento externo, sem identidade genuína com o lugar, como um corpo estranho na paisagem, há a exploração econômica numa espécie de moderna colonização, e o consequente abandono assim que se fizer necessário, do ponto-de-vista do capital. Essa retirada seria no sentido de “apagar as luzes e virar as costas” aos restolhos do fracasso, que podem perdurar por anos, em se tratando, por exemplo, de danos culturais e ambientais.

Quanto ao Desenvolvimento para o Local (DpL), Ávila (2005, p. 73) explica que:

[...] se refere à ideia de “desenvolvimento” que, *além de se situar no local* como sede física, gera atividades e efeitos benéficos às comunidades e aos ecossistemas locais, mas à maneira *bumerangue*: brota das instâncias

promotoras, vai aos locais-comunidades, mas volta às instâncias promotoras em termos de consecução de suas próprias finalidades institucionais (as das instâncias promotoras, evidentemente) que do real, endógeno e permanente desenvolvimento das comunidades-localidades visadas.

Essas outras concepções de desenvolvimento apresentam vantagens, certamente, mas com tantas desvantagens no reverso da moeda que são realidades distantes do referencial essencialmente humanista. Veja-se que Ávila (2005) usa o método da amostragem “da moeda falsa”, para que se conheça a “moeda verdadeira”. Desenvolvimento no Local e para o Local são modelos tradicionais e recorrentes de atuação política que apresentam uma grave falha em comum: atuar em face de um sujeito desempoderado, um sujeito que não é agente, porque não tem ação, muito menos ação finalística, surgida na gênese de sua essencialidade humana. Se o Desenvolvimento no Local é marcantemente exploratório, brutalmente colonizador e depredador, o Desenvolvimento para o Local, que em curto prazo promove dignidade, ao longo dos tempos será tão colonizador e, portanto, subdesenvolvimentista quanto o primeiro. Para ilustrar, pode-se ter por base a gestão assistencialista de governo e na própria sociedade civil: é certo que se deseja mormente amenizar os males das periferias sociais, mas não deixa de ser atitude colonizadora e atentatória da dignidade humana, por conferir o sustento a pessoas que deveriam fazê-lo por si mesmas. Por si mesmas deveriam produzir o sustento como conquista mínima (que até os animais produzem) e uma gama de realização muito maior, compatível com sua condição humana, protagonista de seus caminhos.

Em ambos predominam as ações exógenas, a força externa, num vetor de fora para dentro do grupo social, ignorando as capacidades, as potencialidades e as habilidades do local, mormente das pessoas que a habitam. Esse equívoco pode ser considerado grosseiro quando está posta a premissa de que o Desenvolvimento Local é, sobretudo, desenvolvimento humano. Oliveira (2003, p. 50-1) registra que:

[...] o desenvolvimento do território precisa ser duradouro e ainda levar em conta as oportunidades e os obstáculos internos ligados aos fatos históricos de cada território e os externos que derivam da abertura das economias locais. É essencial analisar estas oportunidades e estes obstáculos por oito pontos chaves, dos quais alguns apresentam coincidências entre si: a mobilização da população local e a coesão social; a cultura e a identidade do território; as atividades e os empregos; a imagem do território; as migrações e a inserção social e profissional; o meio ambiente; a gestão dos espaços e dos recursos naturais; a evolução de tecnologias; a competitividade; e o acesso aos mercados.

Podem-se abstrair da inteligência desse enunciado vários elementos que se constituem como valores imateriais, para os quais se está sempre a chamar a atenção nesta empreitada, tais como mobilização e coesão, que envolveriam, dentre outros, a virtude da solidariedade; a cultura e a identidade do território, enquanto fatores personalíssimos, próprios da representação do sujeito; a imagem do território, que tem contornos objetivos, de paisagem, mas não descarta razões subjetivadas. Disso deduz-se o quanto é importante a promoção do desenvolvimento a partir do próprio sujeito e das propriedades intrínsecas ao seu lugar.

Por outro lado, não se quer afirmar que o lugar deve levantar muros ou se fechar completamente em seus domínios, afinal, como assevera Santos (1996), o lugar deve ser visto de dentro para fora, como de fora para dentro, num universo relacional e globalizado, no sentido de que as influências são mútuas. Oliveira (2003) não descarta essa possibilidade, pelo contrário, recomenda que existam impulsos externos, forças proativas, provocativas e fomentadoras do desenvolvimento, referindo-se a políticas específicas de apoio às comunidades locais. Nessa direção, recomenda Marques (2009, p. 155) que:

La idea de **desarrollo local** está baseada en los factores endógenos y exógenos en relación con el lugar que se considere. Hay muchos tipos de integración entre los factores endógenos y exógenos. Las influencias de los factores exógenos son grandes, como las provenientes de los medios de comunicación o de los productos industrializados. En el primer caso está la propaganda y la publicidad sobre productos e ideologías. Éstos son factores determinantes para que las comunidades locales progresen o se queden. Son frenos o aceleradores del desarrollo.

Há um jogo de forças entre os meios internos e externos, que são facetas distintas de uma mesma realidade totalizada e desse jogo ou dialética o local se sagrará vencedor ou vencido, conforme predominem, respectivamente, os valores do lugar ou os enxertados.

Desse modo, não se descarta a ação exógena, como algo nocivo. A ação exógena há de incidir sobre o local, todavia, para se falar em desenvolvimento (segundo a premissa posta) é imprescindível que haja a dialogação do local com essa força externa: a relação é dialógica, porque o lugar tem voz e vez, é ator e construtor por meio de uma ação finalística.

À guisa de ilustração (que é sempre um desafio), coloca-se a seguinte figura: determinado campo foi mecanizado. A trilha da manufatura - o arado tracionado a cavalo, a enxada em seu cabo de guatambu - foi substituída pelo trator e por outras máquinas, de beneficiamento da terra, de semeadura, de pulverização dos defensivos (venenos), de

irrigação, de colheita e de escoamento da produção. Houve aumento da área cultivada, houve otimização da produção, houve fragoroso ganho econômico, houve substancial aumento na renda familiar. Nesse quadro aí posto, nenhum desenvolvimento houve, se os que laboram nesse campo são índios guaranis. Se para tal povo a terra e a sua semeadura são um instrumento de culto, e a colheita serve só para oferendas aos seus deuses e para o sagrado sustento da família, aquela tecnologização do campo pouco ou quase nada significa, a não ser um ganho vão, além do prejuízo à identidade e à cultura daquele povo. Essa é a relação perniciosa, que esmaga, escraviza, enfim, coloniza ao aniquilar a linguagem ou expressão de uma identidade e de uma cultura.

O desafio posto pelo genuíno desenvolvimento está em ponderar a dimensão humana enquanto valor fundante de todas as relações socialmente travadas, daí falar-se em protagonismo do agente no Desenvolvimento Local. Exatamente isso o que estabelece a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993⁶, recomendando, em seu Art. 10, que o ser humano deve ser o centro do desenvolvimento. Nesse sentido assinala Bourlegat (2000, p. 13) que “A busca constante de equilíbrio com a dinâmica do universo e suas futuras contingências é um processo intencional do ser vivo, oriundo de seu desejo comum de sobreviver, de garantir a integridade, a identidade”.

Esse aspecto intencional, finalístico, essa ação (verdadeira ação) com objetivo de resultado, é coerente com a ideia de desenvolvimento humano e de desenvolvimento social. Visto dessa forma o desenvolvimento dispensa quaisquer adjetivações, como sustentável, social, integrado etc. O Desenvolvimento Local garante-se por si mesmo, com atenção ampla a todos esses aspectos, por eleger a dignidade da pessoa como premissa no nascedouro de suas ações, que se irradiam guiadas por esse vínculo e com o objetivo maior de promoção humana, em sua dimensão de essencialidade. Dispensa-se, por exemplo, a exigência direta de sustentabilidade, no sentido de respeitar os limites naturais do lugar, porquanto a pessoa é o elemento natural mais importante, de modo que respeitar o homem é, sobretudo, respeitar a natureza, ou seja, não pode haver demonstração maior de cuidados pelo meio ambiente enquanto ecossistema e lugar de vida.

⁶ O Brasil é signatário desse documento internacional, que faz parte do Direito Internacional, como uma meta da comunidade internacional.

1.3 DESENVOLVIMENTO LOCAL E TEORIA DO CAPITAL SOCIAL

Contemporânea à teoria desse desenvolvimento qualificado, tem-se a teoria do capital social, que é uma formulação visivelmente alinhada com aquela: em ambas propugna-se por qualificar as relações sociais, favorecendo a produção e a preservação de valores imateriais num primeiro plano, sem descartar, naturalmente, que num plano secundário, mas importante e necessário, virão as consequências econômicas favoráveis, como se depreende da lição de Durston (1999, p. 104):

En círculos académicos y también en agencias de desarrollo se da actualmente un animado debate sobre la teoría del capital social. Este paradigma emergente pretende ser una suerte de teoría unificada que integra conceptos de diversos campos como los de la reciprocidad, las redes sociales, el desarrollo participativo y la gobernabilidad. Promete ser una valiosa herramienta para el análisis y la promoción del desarrollo de base campesino. El término capital social abarca las normas, instituciones y organizaciones que promueven la confianza y la cooperación entre las personas, en las comunidades y en la sociedad en su conjunto. En aquellas formulaciones de este concepto (y del neoinstitucionalismo económico que en parte las fundamenta) que se concentran en sus manifestaciones colectivas, se plantea que las relaciones estables de confianza y cooperación pueden reducir los costos de transacción (Coase, 1937), producir bienes públicos (North, 1990) y facilitar la constitución de actores sociales o incluso de sociedades civiles saludables (Putnam 1993).

Embora Durston (1999) faça referência ao desenvolvimento da zona rural, porque nesse trabalho era desse tema que tratava, resta claro que a concepção de capital social é uma ferramenta de grande utilidade para o desenvolvimento social em sua totalidade. Essa visão, de ser a compreensão de capital social ferramenta útil (DURSTON, 1999) para o bem coletivo, permite afirmar que a internalização desse conceito é meio para o desenvolvimento, este como objeto de todo o esforço empreendido nas relações sociais em seus diversos matizes, com maior ou menor grau de primariedade.

Não seriam concepções sinônimas, como se vê, mas teorias com muitos pontos em comum, em que a compreensão de capital social pode influir como meio proativo para o desenvolvimento, como deixa claro Durston (1999), de que capital social é elemento-meio para o desenvolvimento, ou mais, que capital social, nesse diapasão, é conteúdo do continente desenvolvimento comunitário.

Oportuna a definição que segue, em que, além de ficar claro que desenvolvimento é processo, ou seja, exige tempo e é complexo, pode-se constatar, também, a força do capital social ínsita na realidade do desenvolvimento, mormente pela verificação de que são exigidos inúmeros valores imateriais, próprios do capital social, tais como a proatividade e a confiança, sem as quais não há mobilização. É de Marques (2009, p. 153) essa ponderação:

El **desarrollo local** es el resultado de la acción articulada del conjunto de los diversos actores existentes en el espacio local. La promoción del **desarrollo local** depende de la capacidad de organización de los actores locales para la gestión de los recursos locales y de su capacidad de afrontar los factores externos. El **desarrollo local** es un proceso de mobilización para la conquista de un desarrollo sostenible que armoniza los cambios, la elevación de las oportunidades de las poblaciones, el crecimiento económico, la conservación de los recursos naturales y la igualdad social, bajo de innovación.

Quer-se entender que a questão do desenvolvimento, em seu aspecto genuíno, ultrapassa aspectos econômicos e crescimento do Produto Interno Bruto – PIB. Quer-se entender, também, que todo desenvolvimento genuíno passa necessariamente pela dimensão humana. Nesta dimensão personalíssima tem início a verdadeira raiz do desenvolvimento, cuja progressão não pode perder esses caracteres de humanidade e cujo objeto somente assim pode ser conquistado. O desenvolvimento, na semântica que aqui se propõe, nasce no ser humano, progride com base nele e o objeto essencial é alcançado quando atende a essencialidade humana.

A partir dessas premissas, vale registrar a intrínseca relação entre família constituída, ou núcleo familiar, e Desenvolvimento Local, à medida que se tem relacionado, também de forma imbricada, capital social e desenvolvimento.

Quando se tem no núcleo familiar importante instituição de geração e fomento de valores imateriais, que são a essência do capital social, não há como desatrelar função social da família e desenvolvimento. A constatação é de que um leva inexoravelmente ao outro, do que surge o ícone perturbador de que os rompimentos desenfreados dos núcleos familiares provocariam entraves significativos nas metas de Desenvolvimento Local. Sobre o fato de a identidade e a cultura serem construídas, em boa parte, na experiência que se dá nas relações familiares, veja-se a oportuna observação de Wallerstein e Blakeslee (1991, p. 153):

A identificação é um processo de desenvolvimento que modela fundamentalmente o caráter humano. Iniciando-se na infância, envolve a

incorporação, por parte da criança, de características reunidas através do tempo a partir de figuras importantes em sua vida. Os pais são a primeira imagem de identificação, e os filhos adotam suas características de maneira complexa. O objeto da identificação é em geral encarado como uma pessoa amada e bastante estimada. Quando o caso é esse, a identificação é positiva. Uma criança também pode fazer identificações negativas, com pessoas ou aspectos de uma pessoa a quem teme conscientemente e até mesmo rejeita. No plano inconsciente, ela se identifica com esses comportamentos e atitudes negativos. As identificações positivas e negativas têm muito que ver com a maneira como as crianças reagem ao divórcio, especificamente com a maneira como se comportam ao entrar na idade adulta.

Vê-se, a partir do exposto, a clara simetria entre desenvolvimento social e desenvolvimento pessoal, em que, pode-se dizer, firmado nessa premissa, que a sociedade desenvolvida é a sociedade de pessoas desenvolvidas. Pode parecer uma afirmação exageradamente lógica, que fala da construção do todo como consequência da construção de cada indivíduo, entretanto, tem sido frequente, em programas governamentais e da sociedade civil, a dissociação dessas duas posições. Parece certo afirmar que essa dissociação será realidade sempre que a questão do desenvolvimento for vista apenas ou com foco predominantemente quantitativo, deixando escapar a oportunidade de construir o desenvolvimento essencialmente humano. Ao fazer referência a esse desenvolvimento meramente quantitativo, eis a expressão de Ávila (2006, p. 136):

[...] os princípios e modelos de desenvolvimento parametrizado, “aplicados” ou simplesmente “levados de-fora-para-dentro e de cima-para-baixo” a comunidades, municípios, regiões, países e hemisférios, já impregnados em nossa “cultura” de desenvolvimento; [...].

É nesse ponto do discurso que se faz oportuna a questão da identidade e da formação cultural. Logo, procura-se mensurar a produção dos valores imateriais, entendendo que a família constituída, em sua formação originária, seria instrumento mais hábil a garantir o carreamento desses valores na construção do genuíno desenvolvimento. Para Durston (1999), o fortalecimento e o fomento desses valores imateriais seriam importantes instrumentos na produção de um capital social comunitário e, por consequente, poder-se-ia dizer que estaria viabilizado o projeto de desenvolvimento social nos moldes humanistas que se almeja.

É desafiador querer estabelecer o alcance do termo desenvolvimento, e, mais ainda, se uma determinada matéria está ou não intrinsecamente ligada à originalidade da

proposta de desenvolvimento. Nisso, todavia, acredita-se que há um remédio que acalma e conforta na lição de Ávila (2006, p. 135):

[...] a expressão “comunidade ativada para DL” significa que, em termos concretos, ninguém achará por aí nenhuma “comunidade pronta para DL”, ou seja, poderá até se deparar com contingentes populacionais localizados (os caracterizados com “comunidades tradicionais” ou outros com menos vínculos “primários” de agregação) mais ou menos propícios a projetarem e assumirem o próprio desenvolvimento, mas jamais em condições ideais para tanto. Isso enseja a inferência, sem medo de erro, de que investir na “comunitarização” visando o DL já é real atitude implementadora do mesmo, [...].

Quer-se entender, desse modo, que atitudes preventivas ou de fomento, voltadas para o cultivo de valores imateriais, guardariam, sim, estreitas relações com a questão do desenvolvimento, ou mais, seriam o próprio desenvolvimento na prática cotidiana.

1.3.1 Família, identidade e cultura

Identidade e cultura são termos, não raro, tomados como sinônimos. Em que pese não ser algo aceito pacificamente pelos grandes escoliastas, a exemplo de Cuche (1999), não se percebe prejuízo algum em cuidar desses vetores como figuras encaixadas.

1.3.1.1 Identidade e cultura: reflexão conceitual

Com apoio na lição de Silva (2001) é possível afirmar que quando se fala de cultura, enquanto cultura de um povo, faz-se referência à própria identidade desse povo. Quando o texto constitucional traz o direito da cultura, ou direito objetivo da cultura, a inteligência mais ampla da norma está em garantir a cultura nesse sentido mais extenso, qual seja, no sentido de identidade nacional, identidade brasileira. A produção de cultura, enquanto atividade intelectual⁷, expressão da própria liberdade, está constitucionalmente garantida, num plano imediato, pela natureza do Estado democrático, que é o Estado das manifestações em

⁷ Intelectual no sentido de produção individual, expressão do indivíduo, da liberdade, e não no sentido do texto de José Afonso, que separou a atividade intelectual da intuitiva.

seus inúmeros matizes, mas, secundariamente, em prol da cultura enquanto identidade da pátria.

Quer-se aqui entender que a questão da terminologia, no tocante ao real alcance dos vocábulos cultura e identidade, ao menos em sede do texto constitucional, um necessariamente leva ao outro, e, portanto, garantir juridicamente a cultura equivaleria, sim, a garantir a identidade dos indivíduos e do Estado-Nação. Entretanto, Cuche (1999) faz uma leitura que extrapola o aspecto jusfilosófico de Silva (2001), encontrando, no âmbito das ciências sociais, um conceito de identidade cultural caracterizado por sua polissemia e fluidez.

Em verdade, a leitura jurídica não nega essa ideia de evolução e de mutação, mas parece proceder a uma leitura instantânea: como quem observa águas correntes, como se paradas fossem. Ao invés do filme das águas, que traz a realidade em movimento e mudança, a visão jurídica desses conceitos é uma visão paralisada, de fotografia, mas, conforme afirmado, não nega a natureza de mobilidade e de mutação.

Para Cuche (1999), cultura é ideia contida. Identidade é continente. Acrescenta que pode existir cultura sem consciência de identidade, enquanto as estratégias de identidade podem gerar uma manipulação da cultura, ao ponto de sufragá-la.

A identidade seria sempre consciente, diferentemente da cultura. Talvez seja possível afirmar que a identidade será consciente quando vista subjetivamente, mas que, numa visão de fora para dentro, alguém ou um grupo pode não ter consciência de sua identidade, e, ainda assim, ser visto de modo identificado.

1.3.1.2 Família e formação da identidade e da cultura enquanto valores imateriais essenciais

Cuche (1999) afirma que para a psicologia social, a identidade é o meio que permite a articulação do aspecto psicológico e do aspecto social em uma dada pessoa, à medida que a identidade exprime o desfecho das diversas interações entre essa pessoa e o seu ambiente de vida.

A formação da identidade, portanto, é dialética, pois resulta da conjugação entre fatores internos, pessoais, com o meio em que se vive. Há uma contraposição de valores entre o “eu e os outros”, no mesmo compasso em que se forma esse caldo do aculturamento que leva à identidade. A essa relação intersubjetiva o direito denomina alteridade, em cujo âmago se constrói “o eu” afetado “pelo outro”, que também é afetado “pelo eu”.

Compreender essa questão, prendendo-se à origem biológica, é uma ideia que possivelmente não proceda. Cuche (1999) considera radicais as teorias que ligam a identidade cultural ao patrimônio genético, em que a identidade seria vista como condição nata do ser, o que possibilitaria delimitá-lo de modo estanque, que, como na ilustração acima, seria a definição de fotografia, ao invés do filme, que implica dinâmica.

Essas escolas estariam ignorando a capacidade de adaptação, inerente ao ser humano, ou os efeitos decorrentes dos confrontos das relações no âmbito em que se vive, ou, ainda, simultaneamente, esses dois fatores, como se a identidade não fosse uma construção social.

Barth *apud* Cuche (1999) é desse parecer, de que identidade é construção social, fruto de intensa e continuada dinâmica, na qual a identidade é construída e reconstruída no jogo das relações sociais, de modo que a compreensão de identidade passa muito mais pela análise dessas relações que pela opção de se encontrar uma pretensa essência definida da identidade.

No estudo do núcleo familiar enquanto instituição originariamente voltada para a produção de valores imateriais, ou melhor, de produção, conservação e fomento de capital social, tem nesse papel funcional inarredável importância na construção da identidade e da cultura, que aqui podem ser tomados como sinônimos, sem prejuízo para o alcance do objetivo proposto neste trabalho. **Acredita-se piamente que a síndrome do lar desfeito, ao provocar o esfacelamento das relações sociais intra-familiares, atinja com desvantagens as relações mais amplas, em nível de comunidade local (por exemplo), pela queda de alguns valores imateriais fundamentais, inibição de outros e, até, pela falta de produção de alguns desses valores essenciais às relações de poder, que são as relações da vida.** Vale lembrar a preocupação de Ávila (2006, p. 138), de que “o DL – como se disse [...] endógeno-emancipatório – se funda e alimenta também em contínuo processo de formação”. Ou seja, não há receitas prontas, modelos pré-fabricados de desenvolvimento, mas árduo trabalho revestido dessa filosofia humanista de desenvolvimento.

Wallerstein e Blakeslee (1991, p. 153) são enfáticas na premissa de que a casa é a grande escola de formação da personalidade e que seu desfazimento implica em consequências negativas para a identidade do sujeito:

A identificação não é uma imitação consciente, embora esta possa ter um papel específico, nem é um resultado inevitável de se viver ao lado de

alguém. Ao contrário, é um complexo processo interno apoiado em percepções, sentimentos e interações entre uma criança e os adultos que a cercam durante o crescimento. Essas identificações, uma vez estabelecidas dentro da personalidade, tendem a permanecer, a não ser que sejam modificadas por um longo tratamento psicológico. São parte do inconsciente e, portanto, não são passíveis de mudanças por meio de admoestações, conselhos ou até mesmo um desejo consciente de mudar.

Observa-se que, embora os efeitos do rompimento atinjam a todos os envolvidos, em termos de formação da identidade os prejuízos recaem, naturalmente, sobre a prole, por serem os indivíduos que estão vivendo o processo de formatação da personalidade. Para Wallerstein e Blakeslee (1991, p. 155):

Todas as crianças têm nos pais ou nos responsáveis legais suas principais figuras de identificação. Não constituindo exceção, os filhos do divórcio dependem de adultos que estão passando por uma significativa crise existencial. Esses jovens muitas vezes tiram conclusões infelizes sobre aquilo que observam em torno deles, principalmente quando um dos pais parece feliz e o outro não. Seja ou não verdade, podem entender que um dos pais abandonou de maneira cruel o outro. Com medo de se identificarem com a vítima, temendo vir a sofrer o mesmo destino infeliz, são, no entanto, levados, por amor ou compaixão, a identificar-se com aquele que foi tragicamente rejeitado.

Disso pende a dedução de que os lares rompidos sem prole produziriam menos efeitos perniciosos ao desenvolvimento de sua comunidade, à medida que o fenômeno do rompimento fomentaria maiores danos sobre a prole, e, havendo prole, desgastes visivelmente maiores, também, sobre os adultos envolvidos, ou seja, numa projeção de proporcionalidade, seria assim: rompimento sem prole, menos desgaste; com prole, maiores reveses para a prole, com implicação sobre os adultos envolvidos.

Nesse ponto, e no mesmo sentido dessas últimas afirmações, de que identidade é construção, ou construção social, ou fenômeno que se dá no âmbito da representação, ou, ainda, que a identidade de uma pessoa existe sempre em relação à outra, não tem como deixar de lembrar a escola de Foucault (2007), acerca das relações de poder. Não só Foucault, mas, também, Raffestin (1993), do que se pode afirmar que, justo por isso, o estudo do território a partir da pesquisa comportamental dos animais há muito deixou de ser suficiente para se entender a relação do ser humano com o seu meio, isto porque os animais adaptam-se a um determinado espaço, de forma que seus comportamentos são resultantes diretas do meio em

que vivem, com tal intensidade e singeleza que em muitos casos são fatalmente vitimados quando retirados de seu *habitat*.

Já o homem, enquanto ser pensante, em sua estrutura complexa, com aperfeiçoado sistema sensorial (BOURLEGAT, 2000), “dialoga” com o espaço em que vive, produzindo a dialética e absorvendo as ideias geradas do embate de outras ideias, ou seja, enquanto a relação irracional, do animal com o seu território, é estática, e por isso mesmo infrutífera, o ser humano tem um comportamento completamente dinamizado. Ou mais: o animal, irracional, tem território somente no sentido de espaço físico, enquanto a pessoa tem nele um campo rico e complexo de representações, de modo que, mais que ser fruto do território, o território é que é fruto da presença empoderada do humano.

O desfazimento do núcleo familiar, em especial nas situações em que há prole menor de idade, traz para os envolvidos no fenômeno de rompimento, mormente às crianças, o desempoderamento frente à necessidade imperiosa da reterritorialização diante da nova realidade, a realidade pós-rompimento.

Vê-se dos esquemas ilustrativos de Raffestin (1993), que mesmo o ponto, enquanto símbolo de um ator, não pode ser visto de forma estática. O ponto, no caso, é apenas um referencial de partida do observador, como quem olha uma hélice em movimento de alta rotação, mas imagina um ponto fixo nela para que possa fazer algum cálculo. O ponto fixo é só imaginário, na verdade não existe.

O ser humano, ao interagir, vivencia o seu território, que é representação (inteligência + dialética) da construção de seu espaço. A esse território subjetivado pode-se chamar territorialização: com o núcleo familiar intacto, essa territorialização é uma; com o lar rompido, é outra. A primeira se faz mais empoderada, vale dizer, com mais recursos imateriais, com mais possibilidade de troca e de conquista nas relações sociais. A tendência para a segunda realidade, da casa rompida, é de uma reterritorialização pautada no improviso e na aplicação de recursos imateriais menos solidificados e menos maduros, por vezes até insipientes.

Essa dinâmica constante, portanto, que tem a interação do ser humano com o seu meio social e natural, forma uma complexa rede, cuja tessitura modifica-se continuadamente, pela riqueza dialética dessa situação relacional, produzindo modificações nesses meios, nos quais se incluem os próprios atores (RAFFESTIN, 1993).

Supondo que “A”, “B” e “C” atuam com condutas tipicamente humanas (que pensam e, portanto, agem finalisticamente), produzem alterações no meio em que vivem, em suas relações entre si e com o meio espacial propriamente, na produção de seus territórios. As mudanças produzidas nesses meios refletirão, por sua vez, nesses mesmos atores (aí se diz que o ser humano é produto do meio), que produzirão novos movimentos dialéticos e, portanto, novas mudanças. Partindo da premissa de que a vontade humana é a causa original de todos os fenômenos artificiais, o ser humano produz o meio, que produz o ser humano, que produz o meio, e de assim por diante, numa espiral crescente *ad infinitum*.

Pode-se dizer, talvez, que essa dinâmica da produção das territorialidades é contínua e crescente, num pseudo ciclo que não se conclui, não se fecha, pela contínua alimentação dos confrontos de vontades, que são as relações de poder. Essa rede que se forma, com linhas multidirecionadas, multifacetadas, sobrepostas, características variadas, com muitos pontos em comum e díspares, é de uma complexidade que se explica pelo fato da simples manifestação da vontade humana, aliás, única vontade propriamente dita (sentido *strictu sensu*). **Os ciclos da vida (OSORIO, 1996), surgidos e maturados no seio da família, dentro de sua dinâmica natural, constituem meio profícuo para que a pessoa enfrente essas relações de poder com ganho para si e para a rede social a que pertence, e de cuja construção é protagonista, à medida que a si mesmo se permite construir.**

Voltando em Cuche (1999), que prima pelo sentido de que essa construção social da identidade não seria fruto unicamente de relações entre grupos, mas, certamente, também das relações travadas dentro de cada grupo, pode-se afirmar que o grupo se reconstrói em razão da dialética estabelecida com outros grupos, mas, não com menos importância, em decorrência das relações que se desenvolvem dentro de cada grupo. Daí a afirmação do autor de que a identidade está em jogo permanente nas lutas sociais, o que implica poder afirmar que a família, enquanto grupo social primário, base e matriz social, tem em sua funcionalidade inestimável grandeza na produção de valores imateriais que consubstanciem a riqueza do capital social (DURSTEIN, 1999) e do genuíno desenvolvimento comunitário.

Os diversos materiais usados nessa construção nada mais são que o resultado do embate travado nas relações de poder, numa realidade contextual que Santos (1996) chamou de quadro de vida. Assim, a identidade multidimensional, multifacetada, é a própria identidade em sua unidade mesma. Esse quadro de vida bem sedimentado, na riqueza de suas representações, deve ser construído, primordialmente, sob os esteios da casa nuclear.

Do ponto de vista do Direito não se pode esquecer que a identidade, como a cultura, tem a natureza jurídica de direito da personalidade, que são bens jurídicos entranhavelmente ligados à pessoa, como deferência e garantia de sua dignidade enquanto ser humano contextualizado em sua realidade social.

2. FAMÍLIA: FORMAÇÃO, PRINCIPIOLOGIA E FUNCIONALIDADE NUMA PERSPECTIVA TRANSDISCIPLINAR

De modo proposital, as palavras iniciais são lançadas à guisa de explicaçāo e de justificação da rubrica “Família: formação, principiologia e funcionalidade à luz do Desenvolvimento Local”.

É magnífico que os estudiosos do direito tenham reconhecido na pesquisa embrionária dos institutos jurídicos, importante ferramenta para a ampla compreensão dos mesmos. Para Venosa (2009, p. 284), “a História é a mestra da vida e os institutos jurídicos do passado em muito auxiliam na resolução de problemas atuais”.

Investigar um instituto jurídico a partir do seu presente, ou querer pensar o direito sem antes fazer uma incursão histórica, é como pretender conhecer o todo a partir de parte do todo, que, nesse caso, resulta infrutífero, visto que a parte não é exatamente amostra da totalidade. Guarda apenas alguns aspectos da ideia completa.

Para pensar o direito com clareza, é necessário o processo de lapidação, no sentido de investigar, com a mínima profundidade, a razão de ser dos seus institutos, pelo que a visada, a partir do retrovisor do tempo, permite vislumbrá-los desde as origens, passando pela transformação que acomete quaisquer fenômenos de natureza social. Numa digressão, ainda que breve, é possível observar passo a passo a metamorfose institucional, as transformações sofridas através dos tempos e dos povos, até chegar ao tempo e espaço do intérprete, do operador do Direito. E que este possa compreender, também, que não terminou em seu tempo e espaço a metamorfose institucional, mas que aquele ente sob estudo continuará a se transformar, ainda hoje, amanhā e depois, seja em face da cultura e ordenamento jurídico domésticos, seja em face de outras culturas e ordenamentos.

Fala-se, também, em método arqueogenalógico, em que o nome por si explica que se trata de uma busca sistemática a partir das origens, com atenção aos fenômenos transformadores(FOUCAULT,2007).

O Professor Reale (2002, p. 35-1), por sua vez, não nega a importância da investigação histórica, embora faça firme recomendação a que não se perca o estudioso nos meandros teoréticos da arqueogenealogia, relegando a plano secundário a importância da experiência jurídica, deixando de “‘ir às coisas mesmas’, sem desde logo situá-las numa presumida sucessão de eventos, segundo razões imanentes de evolução ou de progresso”, pois Reale (2002), pouco antes de recomendar a investigação indo direto “às coisas mesmas”, reconhece que “se a realidade do direito é a de um processo histórico, parece-me que somente graças a um processo dialético será possível compreender a experiência jurídica”. E mais: “a experiência jurídica, porém, não corresponde apenas a uma fase ou momento final e decisivo de verificação de normas e de institutos jurídicos”.

Com esse foco, e cingido às possibilidades circunstanciais, segue o painel que ilustra a família, de seu início à formação atual, ilustração que pretende aclarar aspectos ontológicos, essenciais, da entidade familiar enquanto base e matriz da organização social.

2.1 BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA E TENTATIVA CONCEITUAL DE FAMÍLIA

No antigo direito alemão é possível distinguir dois círculos familiares: um restrito e outro amplo. O círculo restrito, *das Hause* (a casa), abrangia, além do próprio *pater* (o chefe), sua mulher, seus filhos, seus servos e até mesmo estranhos sob sua hospitalidade. A esfera mais ampla, *la Sippe*, extrapolava qualquer ideia atual de família, e correspondia à *gens* dos romanos⁸, que, consoante notícia de Enneccerus, Kipp e Wolff (1959), o referido sentido foi se transmudando, à medida que aquele grupo de pessoas se colocou sob a tutela superior do Rei, depois do município, do Soberano territorial e, nos tempos modernos, do Estado. Portanto, o que se encontra no direito alemão antigo, e que lembra a família sob a concepção brasileira atual, é aquele círculo mais estreito, a *Haus*, que corresponde, também, à ideia brasileira mais restrita de família: os pais e seus filhos. Também esta a concepção de família para os espanhóis, que tinham em *la casa* (a casa) a ideia restrita de família, ou seja, a comunidade formada por pais, filhos e agregados (pessoas da *serventia*), o que, transpondo para os tempos atuais, seria o núcleo formado por pais e filhos.

⁸ Em oposição à *gens* estava o *domus*, a família em sentido estrito, a nuclear.

O certo é que, tanto o direito alemão quanto o espanhol se fez inundado das ideias romanas, especialmente pela influência da Igreja naqueles países.

Os referidos tratadistas alemães, Enneccerus, Kipp e Wolff (1959), alertam, ainda, que uma pessoa poderia morar sob o mesmo teto e não ser da família, como poderia estar fora da comunidade familiar e, no entanto, a ela pertencer. Conclusão que, se observa, é perfeitamente válida para a concepção jurídica de família no meio brasileiro. Ademais, quando, no direito pátrio, fala-se em família em sentido amplo, não se está retrocedendo na concepção daquele termo que, no direito antigo, quando visto em sentido amplo alcançava um número exagerado de pessoas, que era a *gens* romana, a *Sippe* alemã antiga, que seria hoje, em última hipótese, a sociedade de um determinado município.

O sentido amplo, que não é o único efetivamente jurídico, como quis Josserand (1952), é, na realidade atual, o conjunto de todas as pessoas ligadas por vínculo parental, além do cônjuge ou companheiro. Observe-se, por exemplo, o que diz o direito sucessório, que têm vocação hereditária os parentes colaterais até o quarto grau (Art. 1.829, IV e Art. 1.839, Código Civil). Outro exemplo: podem ser nomeados tutores os colaterais até o terceiro grau colateral (Art. 1.731, II, Código Civil). Outro: todos os ascendentes (avós, bisavós, trisavós etc) podem ser nomeados tutores. E já que se falou em direito sucessório, lembrar que a vocação hereditária é infinita na linha reta, tanto rumo aos descendentes quanto aos ascendentes (Art. 1.829, I e II, Código Civil). A interdição do incapaz pode ser promovida por qualquer parente (Art. 1.768, II, parte final, Código Civil), vale dizer, por qualquer ascendente, descendente e colateral até o quarto grau; e a obrigação alimentar é reciproca entre todos os ascendentes e descendentes maiores, alcançando, inclusive, os colaterais de segundo grau, que são os irmãos (Art. 1.696 e 1.697, Código Civil).

Dessa sorte, se o sistema brasileiro comporta perfeitamente o conceito amplo de família, em que pese a lição de Venosa (2009), que propõe uma tendência do direito moderno em estreitar o referido conceito, limitando-o ao núcleo familiar, conclui-se pela tranquila viabilidade de ambos os conceitos. Ou seja, quando o legislador constituinte anuncia, no Art. 226, a proteção à família e no desdobramento daquele dispositivo reconhece outras entidades familiares, está a fazê-lo mirando a família em sentido estrito, a família nuclear, mas no Art. 229, ao dizer que os filhos maiores têm o dever de assistência em relação aos pais na velhice, e quando diz no Art. 230, que a família tem o dever de amparar as pessoas idosas, o termo família aí vai além da entidade familiar nuclear.

Em atenta observação resta claro, nesses dispositivos, a menção à família em sentido amplo, pois fala de filhos maiores e de pais idosos, embora tal perspicácia do intérprete seja dispensável para se comprovar a presença de ambas as concepções de família, *strictu sensu* e *lato sensu*, em sentido estreito e em sentido largo, haja vista o desfile de dispositivos acima listados, onde aparece nitidamente o aspecto amplificado.

Dessa forma, vê-se que ao intérprete importa dominar ambos os sentidos, para, especialmente diante das normas, saber distinguir a que estrutura se faz referência. Ao longo deste trabalho mais importa a família em seu sentido reduzido, família enquanto núcleo familiar (pais e filhos), que guarda mais pertinência com a questão do rompimento ou divórcio, objeto principal desta empreitada.

2.2 AS ORGANIZAÇÕES PRIMITIVAS

Não se pode, ainda, asseverar categoricamente a origem da instituição familiar, mas é possível deduzir, como visto que não teve em seu começo a forma com a qual se apresenta nos dias atuais. Engels, citado por Venosa (2009), noticia que entre os povos primitivos o relacionamento não era seletivo, mas de forma indiscriminada entre os próprios membros da tribo. São os chamados teóricos da promiscuidade os que assim se posicionam, e essa tem sido a escola majoritária.

Nessa primeira fase, endogâmica, os laços de sangue não impediam o relacionamento sexual, não havia repúdio ao incesto e como não era possível identificar a paternidade, afirma-se que a família teve de início um caráter matriarcal, uma vez que a mãe era identificada em razão de conceber, dar à luz e ter o filho em sua guarda, protegendo-o e educando-o.

O período exogâmico, que se seguiu, teria surgido de uma combinação imprecisa de fatores, a partir da própria natureza humana, propensa ao sexo seletivo, das consequências das guerras e das conquistas de tribos inimigas, oportunizando ao homem selecionar suas parceiras fora do espectro sanguíneo, da parentela próxima, período demarcado especialmente pelo repúdio ao incesto e pela individualização das relações (VENOSA, 2009).

Dessas relações discriminadas e regradas, teria sido rápido o caminho para a monogamia familiar, em que cada homem mantém-se cúmplice de uma mulher e vice-versa, numa relação que tem por premissa a fidelidade.

Welter (2003) noticia que Engels, que se apoiou nas investigações de Morgan, está entre os estudiosos dessa teoria, que também é perfilhada por Moreira de Souza. A esta escola se opõe a patriarcal, de Silva Pereira, Nogueira da Gama, Maine e Coulanges, que se baseou nas pesquisas de Jacques Lacan, que combate a ideia de estágio inicial promíscuo. David (1977, p. 155) cita a teoria de Lévy-Strauss, pela reconhecida autoridade que detém nesse campo:

Assim, a sua tese da circulação das mulheres entre os grupos masculinos em que têm o estatuto de “objetos trocados”, tecendo laços sociais nos grupos primitivos, é admitida com bastante generalidade. Evidentemente que o termo “objeto” deu origem a protestos. Lévy-Strauss explicou-se a este respeito. Não o utiliza de modo nenhum num sentido pejorativo e na sua teoria geral da comunicação e da troca é sobre um modelo linguístico que se deve compreendê-lo. De todas as maneiras, as mulheres são “os bens mais preciosos”.

O jurista Silva Pereira (2004), inconformado com a tese matriarcal, combate a ideia de estágio inicial promíscuo, por entender incompatível com a ideia exclusivista do ser humano e até mesmo de animais irracionais, além de ser contraditória ao desenvolvimento experimentado pela espécie.

Essa posição que duvida da promiscuidade reinante nos primórdios dos tempos, pode ser reforçada pelo depoimento de Darwin, citado por Espínola (1957, p. 10):

Do que sabemos sobre o zêlo de todos os machos mamíferos pode-se concluir que no estado de natureza a promiscuidade é imensamente improvável. Se se remonta o mais possível no curso dos tempos, não se acha provável que a promiscuidade tenha tido lugar entre os homens primitivos. A julgar pelos hábitos sociais do homem moderno e da poligamia de quase todos os selvagens vivos, deve-se dizer que o homem primitivo na origem viveu em pequenas comunidades, possuindo cada macho tantas fêmeas quantas podia sustentar e defender contra os outros. Nos tempos primitivos o homem era provavelmente polígamo ou mesmo monógamo: de qualquer forma, não podia ter perdido um instinto comum a todos os animais inferiores, isto é, o amor da prole.

Nessa mesma direção assinala Pereira (2003, p. 38), em Direito de Família: uma abordagem psicanalítica, a qual toma por referência os irracionais: “a promiscuidade, como se observa nos animais, como se nenhuma lei tivessem, como se não houvesse a noção de parentalidade, não é um dado da realidade”.

Nos estudos de Freud (1974), uma das bases para a pesquisa de Rodrigo da Cunha, percebe-se que houvera a proibição à promiscuidade, e que, de alguma forma, o incesto era vedado, embora não o fosse pelos mesmos fundamentos arquitetados pela civilização dos dias presentes.

Em verdade, como o próprio Silva Pereira (2004) reclama, o que se pode comprovar pelos registros históricos, pelos monumentos literários, pelos fragmentos jurídicos, é que a família fora patriarcal e, portanto, desde os tempos que não podem ser precisados, poligâmica ou monogâmica, estruturada com base na figura do macho mais velho, e com aquele sentimento exclusivista.

O que se pode observar na sagrada história bíblica é que houve, sim, ainda que em escala reduzida, a prática do incesto, que são aquelas relações vedadas pela eugenica, pela moral e pelos bons costumes, entre parentes consanguíneos próximos, consoante lição de Gonçalves (2010).⁹ ¹⁰ Todavia, pode ser que tais ocorrências nem sejam suficientes para que se diga que havia tal prática em baixa escala, assim como hoje é vedado o incesto, mas é sabido que há casos nos cinturões de miséria das urbes, como nos rincões miseráveis e esquecidos, nos sertões, nos pântanos.

O certo é que, ainda com apoio no texto bíblico (Levítico, cap. 18, vs. 6 e seguintes), aparece a vedação ao incesto, mas essa lei ceremonial vigorava apenas para os hebreus, para os quais havia a proibição. Sobre essa questão Coleman (1991, p. 117) afirma que:

⁹ Carlos Roberto Gonçalves (2010) define o *incesto* como as relações sexuais entre os parentes por consangüinidade. Decerto que o mestre quis fazer alusão aos consangüíneos próximos apenas, pois não há impedimento matrimonial entre colaterais de quarto grau e no que toca ao de terceiro grau é possível afastar por meio de exame médico pré-nupcial (Decreto-Lei nº 3.200/41). Estas últimas são as relações entre tios e sobrinhos.

¹⁰ Os parentes consanguíneos são aqueles que descendem uns dos outros ou, embora não descendam uns dos outros, possuam um ancestral em comum. Aqueles formam a linha reta, estes, a colateral ou transversal. Aqueles: pais, filhos, netos etc. Estes: irmãos, sobrinhos, tios, primos, tio-avô e sobrinho-neto. No sistema atual os da linha reta são *ad infinitum* e os da colateral limitados ao 4º grau. O parentesco por afinidade é aquele que resulta do casamento ou da união estável, criando vínculo de parentesco entre um cônjuge ou companheiro e os consanguíneos do outro. Hoje, quando a lei apresenta os impedimentos entre esses parentes, o faz com fundamento na eugenica, na ética e na moral. No caso dos parentes afins o fundamento é ético e moral, que é o impedimento, por exemplo, do casamento entre um homem e sua nora, ou uma mulher e seu genro (Art. 1.521, I, Código Civil). A eugenica, que é a ciência que estuda a reprodução humana, com vistas à conservação e ao aprimoramento da raça, diz respeito apenas aos impedimentos por consangüinidade, como, por exemplo, o casamento entre irmãos (Art. 1.521, III). Registre-se que o parentesco por adoção segue a fundamentação teórica do parentesco consanguíneo.

[...] os casos de incesto eram muito raros entre os cristãos, entre os judeus e até mesmo entre os pagãos. [...] É evidente, porém, que os primeiros descendentes de Adão e Eva casaram entre si, irmão com irmã. Durante o período dos patriarcas, também era comum escolherem-se para cônjuge primos e primas [...].¹¹

É possível admitir, portanto, que aos defensores da teoria da estrutura exogâmica, como sendo a predominante ou a única desde as origens, assista maior crédito, mesmo porque afirmar a prática do incesto não equivale necessariamente a negar a exogamia enquanto regra do *modus vivendi* de determinada sociedade.

Coulanges (2002) é enfático ao assegurar que no berço das antigas civilizações, seja a grega ou a romana, o valor fundante da família era a religião (a questão puramente do culto), onde os ritos da espiritualidade eram exercitados por um grupo nuclear formado por pais e filhos (principalmente), com papel predominante do homem, enquanto presidente desse culto doméstico, mas com a necessária participação de todos nesse evento de promoção e proteção dos antepassados mortos.

2.3 MONOGAMIA E IMPULSO SOCIAL

Inobstante as divergências teóricas acerca da origem e da formação da entidade familiar que chega aos dias presentes, parece certo que a partir do momento em que a família se estruturou no modelo monogâmico, o homem assumiu a liderança absoluta do núcleo social, dando origem ao patriarcalismo, que é a família estruturada e organizada com base na figura do pai, o chamado pai de família ou, para os romanos, *pater familias*. Antes, todavia, de comentar este importante aspecto da família, que perdurou por milênios e chegou até os dias atuais, fique consignado que a descoberta da monogamia implicou num salto de desenvolvimento, pois este fato trouxe organização social, com destaque para o fomento da economia, que passou a ter, em cada lar, um núcleo de produção, onde a educação e a formação profissional eram passadas de pai para filho (VENOSA, 2009).

¹¹ No caso de primos não há que se falar em incesto, pois primos são colaterais em 4º grau colateral, e o impedimento matrimonial entre parentes desta linha restringe-se ao 3º grau (Art. 1521, III, Código Civil), e até neste grau é permitido o enlace (casamento e união estável), excepcionalmente, mediante prova pericial que ateste não haver comprometimento à saúde dos aliados e da prole eventual (Decreto-Lei nº 3.200/41).

Essa realidade do lar/unidade de produção dura até a revolução industrial, nos idos do século XVII, quando há uma renovação nos ofícios de produção, com a substituição da manufatura pela automação das máquinas, e consequentemente a profissão já não se adquire mais em casa, mas na fábrica. Observa-se, todavia, que esta mudança, por meio dessa centralização da produção, que representou, da ótica da família, uma descentralização, pois cada lar deixou de ser um núcleo econômico, não afetou a estrutura patriarcal, mesmo porque o mercado de trabalho reservou-se como um espaço próprio para homens, afinal ainda eram os mantenedores da economia doméstica. Na pesquisa da psicanálise, David (1977, p. 33) faz esta reflexão:

É evidente que a ligação da família aos meios de produção e à propriedade reúne os seus membros entre si. Impõe-lhes deveres e ao mesmo tempo confere-lhes direitos. Nestas organizações familiares, os indivíduos são prisioneiros de obrigações que regem a manutenção, a conservação, e até a extensão do património. É o caso das famílias de proprietários fundiários, onde muitas vezes as estratégias matrimoniais são menos ditadas pelo interesse individual e afectivo do que por essas necessidades.

Insta destacar a organização monogâmica de família enquanto instrumento de desenvolvimento econômico e social, o que leva a crer, mesmo pelo saber empírico, que a desintegração dessa estrutura pode levar a regressões naqueles aspectos positivos da sociedade.

2.4 MONOGAMIA E PATRIARCALISMO

Conforme sobredito, quando a família se fez monogâmica, também se fez patriarcal. O pai de família era a coluna vertebral, o eixo do pequeno organismo social, em torno do qual e para o qual tudo se movia. Em suas mãos estavam concentrados poderes absolutos, e era ele a única referência válida para o grupo: mulher, filhos e até mesmo aqueles que se agregavam à família para a prestação de serviços e apoio às oficinas domésticas.

2.4.1 Família romana

Considerando que a cultura colonizadora do Brasil, a lusitana, trouxe para estas terras um modelo de família patriarcal, colhido em Roma, pois fora o povo português, ao lado

dos alemães, italianos, franceses e espanhóis, o grande cultor do direito romano (VENOSA, 2009), é despiciendo justificar os comentários à família romana. A família brasileira, juridicamente falando, vem de Roma, daí a importância de percorrer a via *crucis* da história, a partir daquela civilização. Para Gomes (1994, p. 36), o direito romano conferiu à família “estrutura inconfundível, tornando-se unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe”.

Por lá, o chefe de família¹² recebia a denominação de *pater familias*, que detinha em suas mãos aquele poder sobredito, absoluto, que se denominava *pater potestas*. Assim como na Grécia, o fator fundamental na consolidação do grupo não era o afeto em si, como noticia Venosa (2009, p. 20): “nem o nascimento nem a afeição foram o fundamento da família romana”.

Pereira, citado por Welter (2003, p. 36), compartilha dessas opiniões, assegurando que “no Brasil, na França e no mundo ocidental, a organização familiar está edificada com lastro na família romana, eminentemente patriarcal”.

O fundamento daquela família era a manutenção do culto, no qual a religião era doméstica e o objeto do culto eram os ancestrais mortos, ou melhor, os antepassados mortos. Criam que aqueles só teriam paz e descanso se fossem cultuados pelos familiares vivos.

Aquele culto era uma das atribuições resultantes daquele poder paterno ou marital, de forma que o detentor do *pater potestas* era também sacerdote sobre os seus, mantendo acesa a chama sagrada aos deuses lares, enfim, como anota Gonçalves (2010), oficiava o culto dos deuses domésticos.

Para ilustrar a amplitude do *pater potestas*, trazem-se à colação alguns fragmentos da Lei das XII Tábuas¹³, reconstituída por J. Godefroi (*apud* MEIRA, 1972, p. 83-9):

Tábua Quarta. Do pátrio poder e do casamento. 1 .É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos; 2. O pai terá os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de

¹² *Pater*, nesta expressão, significa chefe e não genitor, noticia o ilustrado Professor Moreira Alves, na p. 108 de seu Curso de Direito Romano. Bastava ser homem para ser *pater*, de forma que se uma criança nascesse em casa em que falecera o *pater familias*, o recém-nascido poderia assumir aquela posição de chefe, se não houvesse outro ascendente masculino vivo.

¹³ O Professor Moreira Alves trata da origem desta importantíssima fonte do direito, nas páginas 24, 25 e 26 do *Curso de Direito Romano*. Surgiu, em 450 a.C., resultado da luta entre a plebe e o patriciado, inspirada na legislação de Sólon (Grega). Compuseram-se inicialmente 10 tábuas (451 a.C) e depois mais 2, daí chamar-se Lei das XII Tábuas. Seu conteúdo não chegou até nossos dias, a não ser sob a forma de reconstruções a partir de fragmentos colhidos em obra do jurisconsulto Gaio.

morte e o poder de vendê-los; 3. Se o pai vendeu o filho 3 vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno; 4. Se um filho póstumo nasceu no décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado legítimo.

Gonçalves (2010, p. 15) sintetiza o *pater potestas* explicando que “o ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz”. Com este amplo poder (*potestas*), a ponto, como visto, de ser senhor da vida e da morte sobre os seus¹⁴, o *pater familias* era, para a família romana, a um só tempo: rei, juiz e sacerdote. Era, numa metáfora, uma miniatura do César.

Através dos tempos esses poderes foram mitigados à medida que a organização social adquiriu maior civilidade, atingindo níveis de sofisticação que permitiram vicejar a liberdade segundo uma concepção cada vez mais parecida com a atual concepção de liberdade. Contudo, saliente-se, que a estrutura basilar manteve-se, ou seja, o pai enquanto esteio fundamental, causa e efeito de toda manifestação doméstica.

2.4.2 Família patriarcal brasileira

Como sobredito, a industrialização, as conquistas tecnológicas, alteraram a cultura no ambiente familiar, e neste ponto é trazido à reflexão a mudança mesma operada na família brasileira, mas, como se sabe, uma mudança superficial: metaforicamente houve mudança na cor da casa, na fachada, no modelo das portas e janelas, no telhado, mas a estrutura de concreto, com suas vigas e esteios permaneciam os mesmos, ou seja, prevaleceu a filosofia patriarcalista. Venosa (2009) confirma a notícia de que:

[...] a legislação portuguesa exerceu logicamente o papel de fonte histórica do direito brasileiro; tendo o Brasil vivido mais de três séculos como Colônia, é natural que as tradições lusitanas e brasileiras foram comuns. Os costumes indígenas não tiveram qualquer influência em nosso direito. É em Portugal, portanto, que reside a origem de nossas instituições jurídicas.

¹⁴ *Filiis familias*, pessoas *alieni iuris*, ao contrário do pai, *sui iuris*. Os *filiis familias* são as pessoas livres que se encontram sob o pátrio poder.

O fenômeno político da independência do Brasil provocou o fenômeno jurídico da recepção das Ordenações Filipinas, que eram de 1603, já no segundo ano após a independência, por meio da Constituição de 1824.

Aquelas Ordenações foram inspiradas no Direito Romano e no Direito Canônico (VENOSA, 2009), lembrando aqui, de propósito, que o direito da Igreja também era, até certo ponto e de certa forma, romano, como era romana a Igreja. É com essa carga romanista, com essa cultura, feição e identidade, que o Brasil se vê colonizado e formado, e no bojo dessa herança continha uma ideologia chamada patriarcalismo.

2.4.3 Sistema de 1916 e família patriarcal

Apesar de a primeira Constituição Imperial, aquela de 1824, prever a feitura de um Código Civil, permaneceram em vigor as Ordenações recebidas do reino colonizador, até 1916, com o advento da primeira codificação brasileira.

Como previsível, o Código Beviláqua nascera contagiado da legislação pré-codificada, espelhava uma cultura muito semelhante à portuguesa, pois a sociedade brasileira ainda carecia de uma identidade própria¹⁵, e, portanto, aquele Código, tão competente quanto individualista e patrimonialista, tratava de uma família eminentemente patriarcal. Souza (1999, p. 212) tece oportuno comentário:

Coube a Gilberto Freyre assinalar que a família patriarcal se assentava numa ética em que estava escrito que ao homem branco era permitido o acesso sexual às mulheres que pudesse encontrar, entre escravas e agregadas, e a mulher branca estava reservada à fidelidade ou à castidade. A própria natureza do casamento, que consolidava alianças políticas e econômicas, obrigava a que as relações afetivas e sexuais ocorrem fora do vínculo conjugal. Antonio Cândido nota que a mulher suportava com notável tolerância as ligações extraconjogais do marido, e as vinganças, quando ocorriam, quase sempre eram realizadas na pessoa da concubina, preservando-se o marido e o próprio casamento.

¹⁵ Prova disso é a Semana de Arte Moderna de 1922, cuja temática era exatamente o chamamento do povo brasileiro à definição de uma identidade própria, um chamado às suas raízes mesmas, onde as artes (toda produção de cultura) assumiam uma nova proposta de criação. Eram modernistas, dentre outros: os escritores Mário de Andrade, Menotti Del Picchia, Ronald de Carvalho, Oswald de Andrade; os músicos Vila-Lobos e Ernani Braga; dos artistas plásticos Emiliano Di Cavalcanti, Tarsila do Amaral e Anita Malfatti (COTRIM, 2001).

Ilustrando a patriarcalidade brasileira, trazem-se à colação alguns dispositivos do Código de 1916, que serão transcritos apenas em parte, uma vez que não interessa para o trabalho em pauta a integralidade dos textos, onde aparece nítido o espírito normativo acima transcritos: “Art. 9º Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, [...]. Parágrafo 1º - Cessará, para os menores, a incapacidade: I - por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, [...]”. Vê-se aí, que ao pai cabia emancipar a prole, mesmo porque era a ele que pertencia o poder familiar (o conjunto de atribuições relativas aos filhos menores) que por ocasião era chamado por outra expressão, pátrio poder (do *pater potestas*, do *pater familias* romano). À mãe, como sempre ocorria, cabia protagonizar a relação somente em caso de faltar o cabeça de casal, o pai de família, como se vê *in verbis*: “Art. 36 Os incapazes têm por domicílio o dos seus representantes. Parágrafo único – A mulher casada tem por domicílio o do marido, [...] Art. 70 É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, [...]”.

A fixação do domicílio familiar era, àquelas alturas, também atribuição legítima do *pater*, de forma que a esposa, a exemplo dos filhos menores e maiores incapazes, tinha seu domicílio na modalidade chamada legal ou necessário. Nessa modalidade, fugindo à regra da autonomia da vontade, a lei determina o domicílio da pessoa natural (Art. 78, Código Civil atual), como para os incapazes e os presos em regime fechado. Era nessa situação, tolhida de autonomia, que a mulher era tratada (GOMES, 1994).

Da mesma forma em se tratando do bem de família, então tratado no Art. 70, hoje no Art. 1.711 (Novo Código Civil). Amparado no princípio da dignidade da pessoa e com a finalidade de prevenir a miséria material no âmbito da família nuclear, o legislador criara esse instrumento de prevenção e promoção social, do qual lembra Rodrigues (2004), entretanto era ao homem que cabia decidir pela aplicação do instituto e pelo bem que haveria de ser gravado juridicamente com essa finalidade: “Art. 219 Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: [...] IV – o defloramento da mulher, ignorado pelo marido”.

O erro essencial é um equívoco do cônjuge em relação ao outro, exigindo três requisitos básicos: o vício é anterior, a constatação é posterior e esta constatação torna insuportável o convívio (GONÇALVES, 2010), como se vê do Art. 1.557 do Código Civil.

Nessa disposição legal do antigo Código (Art. 219, IV), o legislador deixava bem claro que não só a família era estruturada com base na figura masculina, como o próprio matrimônio, único gerador da entidade familiar, era especialmente para atendê-la. Não à mulher, que, afinal, era mera coadjuvante, mas ao *pater familias*, senhor, também, da

realidade fundante do núcleo familiar (MONTEIRO, 2004). O legislador não ousaria questionar a moralidade desse homem empoderado, portentoso macho. Seus caminhos precedentes não importavam para a moralidade do novo ninho em formação, afinal quaisquer ações que tivessem ocorrido em prol de seus instintos sexuais, estariam, em tese, na privilegiada condição da legitimidade. Era costume antigo de muitos pais levarem seus filhos ao prostíbulo para a necessária iniciação sexual. Dessa forma, o homem que constatasse haver emprestado seu nome a uma mulher que já experimentara a sexualidade, tinha o direito de provocar a anulação do conúbio, com base nessa norma que pretendia atender à dignidade e à honradez do pai de família, ainda que isso importasse em tratamento desigual em relação ao cônjuge-mulher e a massacrasse em sua dignidade, conforme norma *in verbis*: “Art. 233 O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos [...].” Era o dispositivo que mais diretamente garantia a figura do *pater familias*, deixando às claras, na letra da lei, que a cultura patriarcalista tinha arrimo na legalidade. A família matrimonializada, única legítima, tinha um chefe, era o marido, pai de família e cabeça do casal (MONTEIRO, 2004).

“Art. 234 A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar. [...].” Veja-se que ao marido cabia a manutenção econômica, o provimento material. Na cultura do patriarcado, em que somente ao homem era dado acessar o mercado de trabalho e ter autonomia financeira, era a ele que incumbia, naturalmente, enquanto detentor do poder econômico e chefe dentro da família, esse sustento. O dispositivo acima, entretanto, o desincumbia dessa obrigação material no caso de a mulher romper, sem motivo plausível, com a coabitacão.

“Art. 240 [...]. Parágrafo único – A mulher poderá acrescer aos seus os apelidos do marido”. Pelas mesmas razões era natural e legítimo, naquelas circunstâncias, que o homem impusesse à mulher o sobrenome de sua linhagem familiar. Assim mesmo, pois a mulher não tinha a opção de rejeitar esse novo título. Cibia-lhe, na condição de pessoa subjugada ao poder marital, levar, com orgulho, esse estandarte do patriarcado. Vê-se que o nome, hoje garantido como direito da personalidade, como ensina Diniz (2007), não era assim visto em relação à mulher, quando a questão era garantir ao homem o seu patriarcado.

Art. 407 O direito de nomear tutor compete ao pai, à mãe, ao avô paterno e ao avô materno. Cada uma destas pessoas o exercerá no caso de falta ou incapacidade das que lhes antecederem na ordem aqui estabelecida.

Esses dispositivos são trazidos apenas à guisa de ilustração, num rol meramente exemplificativo, com o intuito de ilustrar como a filosofia patriarcalista se manifestava na cotidianidade brasileira, pelo que não se pode descuidar do *modus operandi* com que ela atuava na construção do território, a partir da construção das identidades e dos (des) empoderamentos no seio do núcleo familiar. Era a estrutura das desigualdades, dos desequilíbrios jurídicos, e nessa forma (modelo) irregular, torta, tinha-se o nascedouro das causas e efeitos das relações sociais, no nível intra-familiar, com ressonância inexorável nas causas e efeitos no nível mais amplo, no cenário em que são travadas as relações predominantemente secundárias, como será visto em tópicos mais adiante.

2.4.4 Patriarcalismo: uma estrutura superada

O rompimento de uma estrutura não se faz de uma tacada só, como também a lei, que muitas vezes é utilizada no Brasil para tentar alterar quadros culturais, como o da violência, por exemplo, não é meio hábil para transformação. Não se faz uma lei pela noite, e pela manhã se extingue a violência, por exemplo. Aliás, não é a lei que leva à alteração do quadro social, e sim o inverso, ou seja, a dinâmica social é que leva a uma nova lei (REALE, 2002).

Encontra-se equivocado o estudante ou o estudioso do Direito que veja na vigência da Constituição Federal a causa suficiente para o fim do patriarcalismo brasileiro. O Texto Maior apenas criou as condições jurídicas necessárias para que arvorecesse de forma legítima uma nova visão social de família, como se pavimentasse o terreno para essa nova realidade. Entretanto, com o novo Código (que tardou a aparecer) regulamentando a família que estava anunciada, do ponto de vista jurídico não se admite mais a alegação de que o patriarcalismo subsiste. A demora do Código, que, para Venosa (2009), além de atrasado, chegou com algum anacronismo, no que toca ao atraso de certo modo foi positivo, visto pelo ângulo de que essa demora favoreceu sua implementação e eficácia.

Inobstante posições em contrário, por parte de sociólogos, é possível afirmar que a estrutura patriarcal faz parte do passado, ainda que recente, da história do Brasil. É, sim, possível encontrar resquícios cá e acolá daquela ideologia, daquela filosofia, mas daí a dizer que a família brasileira mantém-se patriarcalista vai uma grande distância, ao menos quando

se tem em conta o foco do operador do direito. Juridicamente, o patriarcado ruiu, e não mais é possível considerá-lo vivo sob as lentes do jurista.

Falou-se em resquícios. Talvez os ditos resquícios formem base suficiente para que os sociólogos afirmem cientificamente a remanescência daquela estrutura, fenômeno inconcebível, porém, juridicamente, pois de tal forma se transfigurou aquela família chamada tradicional, que para a ciência do direito o que se tem é uma renovada instituição.

Enquanto a doutrina jurídica reclamava, no último quartel do século passado, a positivação (previsão legal) de uma nova estrutura familiar, na literatura da psicanálise é possível perceber que noutros campos essa mudança já havia sido acusada, como se vê na lição de David (1977, p. 37):

A história da família e a sua evolução jurídica mostram que ela já não é uma “unidade de produção”, mas a propriedade subsiste e, com ela, a herança e as desigualdades socioeconómicas. A família, desligada do parentesco alargado, foi muito modificada nos três pontos fundamentais que assinalei no início deste livro: o estatuto da mulher, a função do pai e o lugar da criança. Quando se diz da família conjugal que ela é “patriarcal”, apenas se designa assim uma sobrevivência. As relações entre o homem e a mulher, no casal, não se reduzem a uma banal relação de força por um poder. Nem sempre se sabe de que lado está a “lei”, e o termo “falo” encobre uma ambiguidade.

Quando se fala do “parentesco alargado” se está a fazer referência à família em sentido amplo, que extrapola o núcleo formado por pais e filhos, alcançando a parentela em geral. A expressão “estatuto da mulher”, também merece explication, deve ser entendida mais como *status* da mulher ou posição que passa a ocupar no pós-patriarcado, enfim, no sentido de novo estado ou nova postura sócio-político-cultural.

Observa-se que o autor já identificava nos estudos que fazia, mormente sobre a família ocidental, que o patriarcado estava desfigurado e o núcleo familiar estabelecido sob um novo jogo de poder, em que as negociações eram regidas mais por questões afetivas que pela força imperativa e verticalizada do patriarcado. Quando faz referência à lei e ao falo, nesse texto, fala do poder patriarcal. Desfigurado, em verdade vinha aparecendo pulverizado entre os dois polos: os esposos da nova família. Ou, se preferir, entre os três vértices do triângulo dessa família nuclear, uma vez que os filhos menores tem um papel de troca nesse jogo sistêmico do poder familiar. Acrescenta David (1977, p. 43) que:

Entre os três personagens da célula familiar (pai, mãe, filho), será o pai que suporta a parte essencial da sua função social? E, neste caso, será ele o

herdeiro da função “patriarcal” que lhe cabia nas organizações em que produção e família estavam ligadas? Se isso se confirmasse, ele não seria apenas um ponto de continuidade da filiação nominal, teria, além disso, um poder. Ora, sabemos que, juridicamente, já não existe “poder paternal”: a “autoridade parental” substituiu-o recentemente. A autoridade do pai conservará, apesar de tudo, a recordação da *patria potestas* do direito romano? O pai conservará o reflexo da responsabilidade do Deus Pai da tradição religiosa? Ou, ainda, a estrutura da família estará hierarquizada e reflectirá a estrutura de subordinação económica de anossa sociedade, como Reich afirmava?

Após esses questionamentos, a resposta negatória da patriarcalidade:

A família permanece então essencialmente como resultado da organização libidinal dos dois esposos, e a questão do poder e do falo não se põe de uma forma simples. As alterações do estatuto social da mulher parecem ter demonstrado, com maior clareza ainda, que o seu poder se situa de forma diferente do do homem, o que preserva a sua originalidade.

Impossível, desse modo, afirmar juridicamente que está mantida a estrutura patriarcal, se existe uma nova estrutura, um novo arcabouço jurídico, que soou a intensas clarinadas em 1988, pela Constituição Federal (MORAES, 2003)¹⁶, que se viu completamente regulamentada pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil, no campo que lhe era próprio.

2.5 A FAMÍLIA PÓS-PATRIARCADO: O LEGADO DAS IGUALDADES

Se a família patriarcalista era ontologicamente desigual, fazendo do desequilíbrio jurídico a sua marca maior, com *status* jurídico diferenciado em razão do sexo e da origem da filiação, a nova família está rigorosamente delineada pela igualdade no âmbito do núcleo familiar, igualdade esta que a partir daí irradia pelos círculos mais amplos da sociedade brasileira.

Pereira e Dias (2001) anunciam que essa família constitucional está orientada por três eixos básicos: entidade familiar plural, igualdade dos filhos e igualdade dos cônjuges e

¹⁶ A Constituição Federal foi promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte em 05 de outubro de 1988. Na noite daquela data, por volta das 20:00 horas, horário nobre da televisão brasileira, o Deputado Federal Ulisses Guimarães, então presidente daquela Assembléia Nacional, pronunciou solenemente a entrega da Carta Maior ao povo brasileiro. Aquela Assembléia, que apoiada pela imprensa, foi capaz de mobilizar toda a sociedade civil, criando certamente um dos maiores fóruns da humanidade, foi a mais lídima expressão de democracia neste país.

dos companheiros. Realmente, entretanto o princípio da pluralidade das entidades familiares é corolário, também, da igualdade, passando pela via da juridicização do afeto (LÔBO, 2008). Logo, é a família das igualdades, hábil a promover dignidade e cidadania a seus membros, que passam a desfrutar de um cenário microssocial democrático e de direito, como convém ao Estado da qual é célula matricial.

2.6 CONCEITOS DE FAMÍLIA: A NECESSÁRIA RELEITURA

A ideia de família variou ao longo dos tempos e por meio dos lugares, como visto, inclusive numa intensidade maior que a reconhecida pelas legislações mundo afora. Lôbo (1989) deu notícia, por exemplo, de que no Brasil, os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) revelavam fragorosa discrepância entre os modelos de família encontrados nos domicílios nacionais e os modelitos em lei tutelados. Eram poucos previstos expressamente na lei, ao passo que, na prática, havia um número muito maior de possibilidades.

Essa realidade discrepante é mantida, seja porque é natural que o Direito ande ligeiramente atrasado em relação à realidade fática (REALE, 2002), seja porque o legislador constitucional foi menos provedor que deveria. O socorro jurídico, para se contornar essas lacunas da lei, está na técnica da hermenêutica, que consiste, por força normativa (Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), em suprir essas brechas por meio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de Direito. Em verdade, quis referir-se às fontes secundárias do Direito, pelo que se deve acrescentar, àquelas fontes, a doutrina, a jurisprudência e a eqüidade (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009).

Atuando nessa linha de raciocínio, Lôbo (2008) assevera que a Constituição Federal, no *caput* do Art. 226, traz suficiente abertura para acomodar os modelos de família aos quais a lei expressamente não contempla, mas que num exercício de interpretação ali ganham respaldo. Basicamente num lance de combinação dos métodos lógico e sistemático, esse doutrinador familiarista destaca a retirada da locução “constituída pelo casamento” do Art. 226 do texto constitucional, explicando que, ao suprimir essa locução (LÔBO, 2008, p. 60):

[...] sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família constituída socialmente. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”.

Essa visão amplificada do texto constitucional corrobora com o chamado princípio da pluralidade das entidades familiares (DINIZ, 2007), permitindo às pessoas que se realizem pessoalmente, de acordo com seus sentimentos e suas convicções, no modelo de família que melhor lhes apraz, daí ser encontradiço nos autores jurídicos de vanguarda o conceito de famílias, no plural, ao invés de família, como se vê em Pereira e Dias (2001). Dessa ótica, portanto, além das espécies listadas no Art. 226 da Constituição Federal (casamento - § 1º, união estável - § 3º, e família monoparental - § 4º), a cabeça do artigo permitiria à lei abranger outras estruturas, desde que ontologicamente fundadas no afeto e na intenção de estabelecer família.

Para fins deste estudo, serão criteriosamente eleitas algumas dessas estruturas, não para desmerecer as demais, antes, somente, em razão dos aspectos analisados, que pertinem ao rompimento da entidade familiar enquanto núcleo constituído por pais (pai e mãe) e filhos. Sob essa ótica, interessam apenas o casamento e a união estável, em que o primeiro difere da segunda, ontologicamente, pela formalidade. Outro aspecto que precisa ser firmado, é que a todo o tempo o termo família deverá ser tomado em sentido restrito, que na lição de Venosa (2009) é o conjunto formado por pais e filhos, afastando o sentido largo, que incluiria toda a parentela em linhas reta e colateral. Pela mesma razão dos fins visados no presente estudo: compreender os efeitos do rompimento da sociedade conjugal¹⁷ (formal ou informal).

2.6.1 Modalidades: casamento e arranjos

Para evitar prejuízo na compreensão, importante para o posicionamento do consultente diante do tema, fazem-se breves inserções conceituais acerca das diversas

¹⁷ Embora sociedade conjugal, em sentido restrito, signifique o conjunto de direitos e deveres que formam a vida em comum dos cônjuges (portanto, no matrimônio), consoante leciona Gonçalves (2010), aqui essa expressão poderá ser tomada em sentido amplificado: abrangendo a sociedade formada na união estável. Isso não por negar a técnica da linguagem, mas para facilitar o discurso, visto que tal em nada prejudicará.

estruturas familiares. Não há fuga do tema, mas trata-se de posicionamento essencial à boa compreensão do discurso que se vai desatando.

A expressão “as famílias” também é proposital, com base em Lôbo (2008), para provocar a reflexão acerca da admissão, pelo Estado brasileiro, da pluralidade de estruturas, das variadas formas de constituir e organizar o convívio cimentado pelo afeto, com o intuito de constituir família. Por isso a predileção, por parte da doutrina jurídica, pela expressão “Direito das Famílias” como substituta da expressão clássica “Direito de Família”.

2.6.1.1 Casamento

Josserand (1952, p.15) define casamento como “a união do homem e da mulher, contraída solememente e de conformidade com a lei civil”. O Art. 1.511 do Código Civil, porta de entrada do Livro IV (Direito de Família) desse Código, anuncia que o casamento “estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Noutros termos, o casamento é formal no sentido de que o Estado regula completamente esse negócio jurídico, acompanhando-o estreitamente em todos os seus aspectos, desde antes de sua consumação, atuando prévia e preventivamente por meio da habilitação dos nubentes (Art. 1.525 e seguintes, Código Civil), participando da celebração (Art. 1.514 e Art. 1.535, Código Civil), do registro (Art. 1.536, Código Civil), ao lado do fato de que todos os efeitos do casamento estão previamente descritos na lei, como normalmente ocorre nos negócios jurídicos sem intuito negocial¹⁸.

Quando se fala em homem e mulher, a um só tempo faz-se referência, nas atuais circunstâncias, ao afeto entre duas pessoas de sexo diferente, como, também, ao anunciar a finalidade (*intuitu familiae*), reafirma que se trata de união que resulta do amor, na livre escolha do consorte, para a multiplicação do amor.

¹⁸ Excepcionalmente os negócios jurídicos ocorrem sem intuito negocial, aliás, é uma das marcas indeléveis do Direito de Família. Isso significa que, diferentemente dos negócios jurídicos em geral, nesse ramo do Direito os negócios, uma vez consumados, tem seus efeitos dantemão projetados pela lei, acima da vontade dos contraentes, que em nada podem alterá-los. Pequena ilustração: no contrato de compra e venda de uma casa, os contraentes desse negócio projetam livremente os seus efeitos: quanto pagar e receber, quando pagar e receber, como pagar e receber, quando entregar e quando receber a casa, como entregar e como receber a casa (com pintura nova, com ou sem mobília etc). No Direito de Família, os efeitos dos negócios estão previamente fixados na lei. Quem reconhece filho, quem estabelece união estável, quem se casa, quem se divorcia, colhe os efeitos prefixados em normas de ordem pública.

Impossível falar de casamento sem caminhar sobre as plumas do romantismo, em que pese ser um desafio a vivência a dois, na comunhão de todos os ideais e na partilha dos sonhos e dos pesadelos, das alegrias e das tristezas. O ponto mais relevante do instituto está, certamente, nessa contínua presença do Estado, desde antes de sua existência.

O casamento civil no Brasil surge com o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, conservando, até data recente, o atributo da indissolubilidade, que, aliás, somente é afastado com a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, chamada de Lei divorcista.

2.6.1.2 União estável

A união informal para constituição de família é fenômeno tão antigo quanto a humanidade e o amor (PORTO, 2012), mas, em nível nacional, somente com a Constituição Federal de 1988 essas uniões de fato passam à condição de entidade familiar, tratáveis, tão logo, no seio do Direito de Família, sofrendo, assim, o fenômeno da juridicização (GONÇALVES, 2010).

No Art. 1.723 do Código Civil tem-se a definição do instituto: “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”. Diferencia-se essencialmente do casamento pelo aspecto da informalidade que a caracteriza, significando que ela acontece, em boa medida, distante dos olhos do Estado. Daí, por consequente, a menor segurança jurídica, pela falta mesma do controle que o Estado detém sobre esses organismos. Em se tratando de união estável, normalmente o Poder Público está alheio à união fática que se esboça ao prostrar no tempo, vindo a conhecê-la e a sancioná-la somente por ocasião da crise que rompe, da morte (que também rompe) ou da solicitação para conversão em casamento (Art. 1.726, Código Civil). Raramente os consortes darão notícia desse ato-fato jurídico ao Estado, apenas para que a declare enquanto união de direito. Aliás, isso é quase improvável, pois contraria o espírito prático e pouco formal de quem, por isso mesmo, preferiu a união estável ao casamento (negócio jurídico *ad solemnitatem*).

2.6.1.3 Família monoparental

Somente com o advento da Constituição de 1988 (§ 4º), é que o Estado brasileiro passou a reconhecer essas comunidades formadas por um dos pais e seus filhos, como entidades familiares. Pouco explicitada na sistemática jurídica atual, Lisboa (2009, p. 193) chama de relação monoparental (ao invés de família monoparental) “a entidade familiar constituída por um ascendente e o seu descendente”.

Várias são as possibilidades para essa formação: a maternidade e a paternidade de solteiros (mais ignorados pelo Estado, ao longo dos tempos), a viuvez, o divórcio, o desfazimento de união estável e o fim do concubinato, ou seja, mãe ou pai solteiro em companhia de prole, cônjuge viúvo em companhia dos órfãos, mãe ou pai divorciado na condição de guardião dos filhos, ou, nessa mesma condição, em razão do fim da união estável ou do concubinato.

Para Lôbo (2008), essa prole pode resultar de filhos biológicos, biológicos e adotivos (prole mista) ou apenas adotivos. Acrescente-se que se a prole for biológica, pode ser por inseminação artificial, homóloga ou heteróloga (esta com material genético cedido), conforme prevê o Art. 1.597, incisos III, IV e V, Código Civil).

A predominância, nessa formação, é de mulheres em companhia dos filhos, seja por opção, seja por viuvez (é maior o número de mortes violentas do homem), seja por haver se tornado guardiã da prole (no caso de rompimento), seja em razão de o pai não haver reconhecido o filho. Enfim, atualmente, o homem ou a mulher, na companhia de seus rebentos, tem o tratamento de entidade familiar¹⁹. Vale dizer, toda a rede protetiva que o Poder Público criou para a especial proteção da família, os alcança e os cobre.

2.6.1.4 Família extensa ou ampliada

A Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, reformou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – ECA), especialmente na matéria da

¹⁹ Entidade familiar é expressão tomada como sinônima de família, apesar de alguns autores diferenciarem, chamando família o grupo instituído pelo matrimônio, e entidade familiar o grupo estabelecido pela união estável ou pela família monoparental. Entende-se, aqui, que o legislador constitucional, no Art. 226, não teve essa pretensão, mas apenas lançara mão de entidade familiar como recurso de retórica, para não repetir o termo “família”, do *caput*.

adoção, criando o conceito legal de família extensa ou ampliada no Art. 25, parágrafo único: “[...] aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Trata-se do fenômeno resultante da guarda, tutela ou adoção de um menor, por pessoas de sua própria parentela, que, aliás, tem a preferência do legislador, lembra Venosa (2009), lembrando-se que a regra é a possibilidade da adoção por parentes, preferida na ordem legalmente estabelecida no ECA (Art. 39, § 1º). Só não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando, prescreve o § 1º do Art. 42.

O legislador posiciona-se colocando a família natural como a melhor preparada para cumprir com a função social que dessa comunidade se espera, apontando a família substituta, em suas várias modalidades, como alternativa à falta daquela. Dentre as alternativas, elege a família substituta mais próxima da natural, que é aquela dentre a parentela, preferindo-a à família substituta estranha, nacional ou estrangeira.

Considerando que a Constituição não se refere expressamente à família extensa ou ampliada, para se falar em constitucionalidade desse modelo é necessário lançar mão daquele entendido de Lôbo (2008), acima declinado, segundo o qual o texto constitucional deixou de ser excludente, como outrora, que abraçava somente a família matrimonializada. Na abertura para a pluralidade, cabe muito bem a família extensa, que não se confunde, de modo algum, com a família em sentido amplo ou largo, conforme explicação encimada.

2.6.1.5 Concubinato

O concubinato resulta de “relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar”, estabelece o Art. 1.727, Código Civil. Dentre os pressupostos de validade do matrimônio e de existência da união estável está a exigência de não haver impedimentos matrimoniais. Os impedimentos, listados no Art. 1.521, Código Civil, decorrem, em sua maioria, de relação parental entre os nubentes, ao lado de dois outros, um decorrente de casamento anterior e outro em razão da prática de homicídio doloso contra o consorte do viúvo ou viúva, com quem se pretende estabelecer família.

Os impedimentos retro referidos têm por fundamento a tríade eugenia, moral e ética (VENOSA, 2009), sendo opostos preventivamente pelo Estado, mas, se desrespeitados,

tornam o casamento nulo (Art. 1.548, Código Civil) ou a união estável inexistente (PORTO, 2012). Barrados na habilitação para o casamento (ação preventiva do Estado), caso os nubentes insistam no estabelecimento da união, formarão apenas uma união concubinária, que à luz da melhor escola deve permanecer no limbo da marginalidade jurídica ou seja, não passa de uma sociedade de fato, longe de configurar a união estável (DINIZ, 2007).

2.6.1.6 Parcerias homoafetivas

A busca do estabelecimento de entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo não tem, ao menos por enquanto, guarda na legislação familiarista brasileira, diferente de países como Holanda, Argentina, Bélgica, Suécia, Noruega, Islândia e Espanha.

Pautados naquela premissa de que ao operador do Direito não cabe negar direitos sob alegação de lacuna legal, surgiu no Brasil uma escola animada em promover referidas uniões de fato em entidade familiar, donde há que se destacar o papel de Dias (2008, p. 172): “A sacralização do casamento e a tentativa de sua manutenção como única estrutura de convívio lícita e digna de aceitação fez com que os relacionamentos chamados de marginais ou ilegítimos, por fugirem do molde legal, não fossem reconhecidos, sujeitando seus atores a severas sanções”.

Trabalhando com a mesma tese de inclusão, de Lôbo (2008), que acompanha o princípio da pluralidade das famílias (DINIZ, 2007), essa jurista entende que as parcerias homoafetivas, desde que respaldadas no afeto, na estabilidade e no sentimento de constituir família, seriam plenas entidades familiares. Nessa defesa, Dias (2008) lança mão dos princípios da igualdade e do direito à sexualidade, para proclamar que referidas instituições estão sob a coberta jurídica.

Nesse diapasão veio o histórico manifesto do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, em sede de julgamento de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277, assim como da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, em que a heterossexualidade (diferença de sexo) deixa de ser pressuposto para se reconhecer a união estável, permitindo, portanto, que as parcerias homoafetivas, desde que apresentem os demais pressupostos de existência, possam ser reconhecidas como entidades familiares. Dessa forma, à luz da lei, ao menos por agora, permanece a diferença de sexo como pressuposto de existência, mas não à luz da jurisprudência. Referida decisão tem força *erga omnes* e efeitos

vinculantes (Art. 102, § 2º, da Constituição Federal): ou seja, vale perante todos e obriga, por inteiros, o Poder Judiciário e a Administração Pública a segui-la.

Considerando que a sistemática brasileira prevê a conversão de união estável em casamento (Art. 1.726, Código Civil), ao reconhecer ditas parcerias criou, por um atalho jurídico, o casamento homoafetivo, ou seja, a Jurisprudência criou a união estável homossexual e, indiretamente, o casamento entre os amores iguais, pois o pedido de conversão não pode ser denegado.

3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS ORIENTADORES DA NOVA FAMÍLIA: REFLEXÃO INTERDISCIPLINAR À LUZ DO DESENVOLVIMENTO LOCAL

Serão colocados em debate os princípios jurídicos norteadores do atual Direito de Família, por isso chamados de princípios orientadores da nova família brasileira. Não todos, mas tão só os que pertinem à análise que se desdobra, voltada para o papel dessa instituição, numa perspectiva ontológica e funcional. Esses princípios não serão perquiridos acerca de todas aquelas famílias em espécie, mas em torno do casamento e da união estável, pois o que está em questão, em última análise, é o efeito do rompimento desses núcleos familiares que comportam pais (pai e mãe) e filhos. É a chamada família nuclear biparental, que se estrutura, simbolicamente, no modelito triangular²⁰: pai, mãe e prole, cada qual com função própria a desempenhar no âmbito do referido núcleo (GROENINGA, 2008). O grupo, por sua vez, não é apenas a somatória dessas funções, pois não se trata de um conjunto simples, mas de uma estrutura sistemática. Noutras palavras, quando para a psicanálise a família é um sistema, para alguns jurisconsultos, como se vê na lição de Venosa (2009), o Direito de Família, no domínio jurídico, merece tratamento microssistêmico.

Grandiosa, rica e complexa, a realidade familiar não pode ser explicada na visada unidisciplinar do Direito, da Sociologia, da Filosofia, da Psicologia, ou da Psicanálise. É a varredura multidisciplinar que vai clarear com mais luzes o espectro panorâmico da família, que vai mostrar funções e relações de poder (FOUCAULT, 2007), uma trama imbricada que é amostra do mundo fora de casa: as relações de poder no âmago da sociedade. Como ensina David (1977, p. 42):

A vida familiar não é governada por forças cegas. Separando-se da sociedade global, afastando-se do parentesco alargado, a família conjugal não se tornou por isso uma entidade que segue um destino solitário. Acabamos de nos erguer contra as teorias dos psicossociólogos anglo-

²⁰ Equivale “ao que os romanos denominavam *domus*”, explica Gonçalves (2010, p. 18).

saxónicos. Os personagens parentais são por eles reduzidos a “papéis”, e a criança a um receptor “automatizado” de mensagens, ora concedidas, ora contraditórias. Esta concepção cibernética da família não se harmoniza com a realidade.

Objetivamente, a microssociedade familiar está presa à sociedade global e às suas leis, e a sua margem de liberdade é relativamente fraca. Existem pontos de ligação que se situam onde encontramos restos da antiga família alargada, cujas regras concordam com as da sociedade total. Nem sempre são visíveis à primeira vista. Mas persistem na subjectividade de cada um e no inconsciente.

A leitura mais fidedigna dessa estrutura, que ontologicamente, como se vê, traz traços conscientes e inconscientes, é condição essencial para que se compreenda sua verdadeira finalidade e os reflexos de seu rompimento no seio da sociedade, seja o rompimento do matrimônio ou da união estável. O jusfilósofo Morais (2000, p. 420) faz a seguinte reflexão acerca da família:

[...] ainda é a instituição mais bem-sucedida no que diz respeito à criação de filhos e à construção de um relacionamento afetivo estável entre adultos de sexo oposto. A criança necessita de afeto e de cuidados para crescer sadia: que instituição os provê, melhor que a família?

Faça-se uma leitura amplificada desses dizeres, perquirindo quão extensos são os efeitos da família estruturada, inicialmente no plano vivencial de cada indivíduo e desse grupo social primário, entretanto, com ricos e múltiplos efeitos sobre a sociedade em que se vive.

Ante essa constatação, os princípios jurídicos estruturantes da família, eleitos para o discurso, serão postos com variados referenciais, daqueles domínios e daqueles saberes, ainda que o campo para essas considerações deva ser contido e regrado, dadas as circunstâncias desta tarefa.

Dos princípios encontrados na literatura jurídica de família, destacam-se, para o momento, o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade, o da convivência familiar, o do melhor interesse da criança (LÔBO, 2008), o da função social (GONÇALVES, 2010) e o da especial proteção do Estado. Chega-se a acreditar que o princípio da função social da família deve ser listado como um princípio geral, ao lado da suma diretriz da dignidade da pessoa, orientação que servirá para colocar esses dois nortes na *pole position* dos próximos subtópicos.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Insculpido na porta de entrada da Constituição, Art. 1º, inc. III, o princípio da dignidade da pessoa humana consiste basicamente em preservar a dimensão humana, em seu patamar nobre e elevado, guarnevida pelos chamados direitos da personalidade. Definindo por negação, preserva-se a dignidade quando não vexa, não constrange, não humilha e não degrada. Viola esse princípio “todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto” (LÔBO, 2008, p. 37). Afirmativamente, preserva-se a dignidade quando se cultua o decoro, a privacidade, a intimidade e todos os demais direitos afetos à personalidade.

Essa importante gama de direitos é definida por Amaral (2002, p. 243) como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”, tais como a vida, a honra, a liberdade, o nome e a liberdade de pensamento (Art. 11 a 21, Código Civil).

Em sede de direito matrimonial, pode-se dizer que o princípio da dignidade deve aparecer primordialmente: na escolha do consorte, no convívio familiar (cada um em per si e dentro do grupo, em relação a cada um), no eventual rompimento do núcleo familiar e no pós-rompimento. Sobre o convívio familiar podem-se imaginar várias possibilidades: a relação conjugal, a relação do pai e da mãe com os filhos (no exercício do poder familiar), e de cada filho como sujeito ativo e passivo dessas mesmas relações (quanto ao pai e quanto à mãe), além das relações dos filhos entre si, se a prole não é unigênita. Na relação dentro da prole também há vários caminhos de mão dupla, horizontalizados (relação de igualdade) e verticalizados. Estes últimos, naturalmente, pressupõem hierarquia, não decorrente do Direito, mas da sociologia típica do jogo de poder na cotidianidade: por terem mais idade, mais conhecimento, mais traquejo para o político ou uma habilidade diferenciada para determinada situação. Dessa forma, é razoável considerar que a igualdade da prole, juridicamente anunciada, não condiz com a realidade fática do cotidiano familiar, na qual os filhos sofrem entre si os efeitos da hierarquia no jogo do poder. Tal constatação não quer negar a igualdade jurídica, mas quer afirmar, somente, que há aspectos cotidianos que escapam à gerência do Direito.

Para Diniz (2007, p. 37), o princípio da dignidade da pessoa “[...] constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a

afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente [...]" . Vê-se que sua doutrina é também pelo prestígio desse princípio, como coluna superior aos demais, visão natural à medida que se tenha no ser humano, a um só tempo, a razão fundante e a consequência de toda a dinâmica da vida.

Nesse diapasão, Dolto (1977, p. 7-8), prefaciando Pierre David em Psicanálise e Família, lembra que estão equivocados os que comparam "[...] as interacções entre indivíduos humanos com a dos animais [...]", acrescentando:

Assim se desconhece a especificidade do ser humano: o desejo. A sua função simbólica e o seu poder imaginário provocam em cada um uma afectividade própria, que vai colorir qualquer fato real de uma forma subjectiva e personalizada. [...] Porque a comunicação interpsíquica que os humanos atingem entre si é marcada pelo seu desejo. Disto dá testemunho a persistência desse desejo em obras conservadas séculos depois do desaparecimento das civilizações em que esses indivíduos viveram. É exatamente por isso que nada permite comparar o ser humano – ser de linguagem – com as outras criaturas vivas reunidas em sociedades imutavelmente semelhantes, reguladas pelo instinto.

A base dessa lição é a teoria Freudiana, em especial o complexo de Édipo²¹, que lida com a formação emocional do indivíduo a partir das relações com a mãe e com o pai. O que se quer adiantar é a importância da família constituída para o desenvolvimento e a maturação desse campo emocional, no qual se forma a linguagem, em sua inteira capacidade de representação, a que se refere a psicanálise.

Ainda sobre o espectro da dignidade, ensina Tepedino (1997, p. 48) que esse princípio basta para justificar toda a proteção constitucional dispensada ao núcleo familiar:

²¹ Complexo de Édipo é a teoria desenvolvida por Freud, tido como pai da psicanálise. O nome da teoria deve-se à mitologia grega, que narra a relação incestuosa entre Jocasta e seu filho Édipo. A seguir é transcrito trecho esquemático dessa teoria, retirado de Pierre David (1977, p. 54). Preferiu-se essa ilustração à do próprio autor da teoria, pelo fato de a ilustração estar contida em David, que é um dos eixos da narrativa psicanalítica: F. Dolto insiste em dois tempos essenciais: a colocação e a resolução do Édipo. A colocação corresponde àquilo a que ela chama a “castração primária” e situa-se por volta dos dois anos e meio, três anos. É a época da descoberta da diferença sexual. Para que o Édipo se desenrole de forma satisfatória, a criança deve então ter adquirido uma certa maturidade, assim como a sua autonomia. A castração primária leva-a a adquirir o “eu ideal” do seu sexo e permite-lhe encarar um futuro de desejo e de complementaridade fecunda com alguém do outro sexo.

A resolução do Édipo depende da “castração edipiana” que sobrevém ao fim de alguns anos da fase precedente. A criança deve sentir com angústia a impossibilidade de seduzir o progenitor do sexo oposto. Entre os cinco e os sete anos é o período em que a interdição do incesto intra-familiar deve ser efectiva e verbalizada. Mas a resolução completa do Édipo pode ser tardia na mulher.

[...] a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Essa lição confirma que o Estado e a sociedade sempre conheceram, e, atualmente, com mais intensidade, o papel da entidade familiar como produtora da matéria-prima que abastece, mormente de valores imateriais, a indústria da vida social, e essa realidade provoca o influxo das forças estatais e de toda a sociedade civil em prol da proteção à dignidade do ser humano, que no seio da família é cultivado em todas essas potencialidades. No seio da família acontece o ensaio do jogo de poder, que se for exitoso resultará em vantagens para o jogo que vem depois, principalmente depois, no campo da vida em sociedade, ou mais: numa metáfora, em família há o treino, para desenvolver as potencialidades desses atletas, que necessariamente precisam pontuar no duro e decisivo jogo a ser jogado no campo da sociedade.

Esse arcabouço protetivo, arrimo da família, certamente ocorre “[...] visando propiciar melhores condições de vida às gerações novas”, preleciona Gonçalves (2010, p. 11), com o que o Estado demonstra, categoricamente, reconhecer a importância da integração familiar como fator gerador de desenvolvimento e estabilidade social, afinal, acrescenta o mesmo mestre, “a família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social”, logo, “Se a família é o alicerce da sociedade, nisto se encerra a constatação de que entre esses dois grupos sociais há uma inafastável relação de causa e efeito” (GONÇALVES, 2010, p. 9).

Parece óbvio, mas na complexidade das relações sociais não há obviedade. Basta lembrar que o Brasil recepcionou o patriarcalismo como ideal de família, a exemplo do mundo, fato que perseverou até o início do presente século, pois em que pese o grito constitucional, em 1988, de que estava lançada a pedra fundamental para uma nova família, foi o Código Civil de 2002 (que vigorou a partir de 10 de janeiro de 2003) que efetivou essa realidade jurídica (PORTO, 2012).

A família da patriarcalidade organiza-se com base na figura do homem e a desigualdade entre seus membros é marca registrada dessa filosofia (VENOSA, 2009). Homem e mulher são desiguais. Cada filho, ao nascer, recebe a etiqueta jurídica que a sociedade lhe reserva, de acordo com a procedência de sua filiação: nascido no berço

matrimonial, nascido fora dele com pai conhecido, nascido fora dele sem pai conhecido, adotado etc. É particularmente difícil falar em obviedade, se ao longo dos séculos foi essa família cultuada, com gana, em nome da moral e da religião e, ao mesmo tempo, pugnava-se por uma sociedade igualitária. Era como dizer que as células do organismo de certa pessoa estão em completo desequilíbrio, mas ela, como sistema complexo, apesar dessa cruel realidade, vai bem de saúde.

Para estudiosos da Psicanálise, a exemplo de Groeninga (2008), esse princípio é atingido quando forem bem identificadas as relações no seio da família e garantida a qualidade desses vínculos, por aí serem cultivados valores fundamentais para a vida em sociedade.

3.2 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

No Estado eminentemente humanista, que é o Estado Democrático de Direito, um Estado que pugna pelo social, é natural que coloque entre seus fundamentos o da função social da família, princípio que pode ser colhido no texto da Lei Maior, mormente a partir do Art. 226, numa interpretação sistemática.

Esse mesmo Estado trouxe a função social da posse, da propriedade e do contrato, vindo a doutrina, a exemplo de Gomes (1994) e de Monteiro (2004), mostrar que esses princípios estariam operacionalizados quando esses institutos fossem praticados com a serenidade juridicamente recomendada, de forma que atendessem além da individualidade de seus titulares, com reflexos positivos sobre a coletividade. Daí Reale *apud* Venosa (2011) haver afirmado, por exemplo, que a propriedade hoje é bifronte: uma face voltada para o indivíduo e outra para a sociedade.

A família, da mesma forma, mas com visíveis peculiaridades, deve caminhar com esse olhar estratégico da bifrontalidade. A grande dificuldade, em se tratando de família, é que não é possível atender às individualidades das pessoas envolvidas, sem produzir valores que atinjam a coletividade. Quer-se dizer, em se tratando da propriedade, da posse e do contrato, é possível, em tese, atender aos interesses internos de modo satisfatório, sem atingir a finalidade coletiva daqueles institutos, enquanto na família não é possível escamotear a finalidade coletiva: ou são atendidos os aspectos internos e externos, ou nenhum desses planos é atingido. Voltando em Dolto (1977, p. 8), naquele prefácio a Pierre David:

Qualquer sistema psicológico que não considere o indivíduo humano senão enquanto objeto de um meio socioeconómico menospreza aquilo que confere originalidade a cada ser humano na sua classe social, de cada criança na sua família. Este menosprezo subsiste até naqueles que exercem as funções de primeiros educadores e consideram a criança como reflexo do ambiente emocional do meio familiar. Porque a originalidade do indivíduo humano provém do lugar que ocupa no desejo dos outros, desejo que interpreta através das fantasias de satisfação que conhece. Efectivamente, os intercomportamentos da criança e do seu meio familiar provêm do que se julga que a criança quer dizer ou pedir e do que ela apercebe do que os outros lhe querem dizer e provocar nela.

Quer-se, com apoio nessa lição, entender que não pode ser desprezada a relação entre o espaço microssocial e a territorialidade mais ampla, ou seja, ou a família funciona e a sociedade disso se beneficia, ou ela desanda e a sociedade com ela padece. Isso decorre de uma dupla lógica: a família é sistêmica (GROENINGA, 2008) e guarda relação de causa e efeito com a sociedade, da qual é matriz (Osorio, 1996).

A função social da família, portanto, consiste no desafio de produzir uma importante gama de valores, mormente de cunho imaterial, com vistas a propiciar, no seio do lar, clima favorável ao aperfeiçoamento do ser, em sua integridade física, intelectual e moral, garantindo, a cada indivíduo desse grupo sistêmico, a realização dos direitos de sua personalidade, pois alcançado esse diapasão, quer-se acreditar que a família estaria produzindo pessoas qualificadas e, por consequente, uma sociedade melhor. É a expectativa de que o núcleo familiar seja a base na produção de capital social comunitário, enquanto ferramenta útil e necessária ao desenvolvimento (DURSTON, 1999). Por sua vez, Osorio (1996, p. 19-1), após falar dos papéis conjugal, parental, fraterno e filial, anuncia as funções da família:

Esquematicamente poderíamos dividir as funções da família em *biológicas*, *psicológicas e sociais*; tais funções, no entanto, dificilmente podem ser estudadas separadamente, já que estão intimamente relacionadas e confundem-se umas com as outras, tanto nas origens como no destino das estruturas familiares ao longo do processo civilizatório. [...].

Em resumo, a função biológica da família é a de garantir não a *reprodução* e sim a *sobrevivência* da espécie através dos cuidados ministrados aos recém-nascidos. E as funções *psicossociais*, quais seriam? Sabe-se que o alimento afetivo é tão indispensável para a sobrevivência do ser humano quanto o são o oxigênio que respira ou a água e os nutrientes orgânicos que ingere. Sem o afeto ministrado pelos pais ou os seus sub-rogados, o ser humano não desabrocha, permanece fechado em uma espécie de concha psíquica,

caracterizando o estado de enquistamento emocional que denominamos *autismo*. [...].

Entre as funções sociais da família, por sua relevância ao longo do processo civilizatório, está a transmissão das pautas culturais dos agrupamentos étnicos. Outra das importantes funções sociais da família, e que a ela é delegada pela sociedade, é a preparação para o exercício da cidadania.

Percebeu-se, naturalmente, que o autor chama de sociais somente as atividades produzidas com relação direta ao meio externo ou que mais diretamente a este meio se liga, entretanto, as três dimensões trazidas à colação, a biológica, a psicossocial e a social são todas partes de um mesmo fenômeno, a saber, a funcionalidade social do núcleo familiar.

Certos estudiosos, a exemplo de Souza (1999), escolheram o caminho inverso para a análise: a família permanece como base, e assim é vista, mas o movimento de formação seria de fora para dentro, do campo social mais amplo para o microterritório. Ou seja, a família é a base, no sentido de que para identificar fenômenos sociais mais amplos, ter-se-ia uma amostra na entidade familiar, por ela ser fruto da dialógica estabelecida nesse campo macrossocial. A intenção é distinta aqui: quer-se demonstrar que a família não é apenas base, mas matriz, raiz mesmo; que essa microestrutura estaria socialmente imbricada (já que nenhuma relação é estanque), implicando e sendo implicada, mas que nessa dialética o sentido mais importante seria o que parte da família, o vetor que dela nasce em direção ao espaço mais amplo. O discurso traz uma proposta reflexiva somente, quando procura demonstrar que além de base é matriz, como já afirmava, a 10 de dezembro de 1948, a Carta da Organização das Nações Unidas – ONU (Art. XVI, nº 3, 1ª parte), que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade [...].” É nesse espírito que se busca compreender o princípio da função social. Kliksberg (1999, p. 99), tratando do capital social, realça a importância da família em sua funcionalidade:

Investigaciones de los últimos años dan cuenta de que, junto a su decisivo rol afectivo y espiritual, la familia tiene un influjo muy destacado en muchas otras áreas. Influye fuertemente en el rendimiento educativo de los niños, en la formación de la creatividad y la capacidad de crítica, en el desarrollo de la inteligencia emocional, en la adquisición de una cultura de salud preventiva. Es, al mismo tiempo, una de las principales redes de protección social y el o marco primario fundamental de integración social.

O autor mostra com clareza, a um só tempo, o amplo papel da família, em especial na produção dos valores imateriais, e a relação de causa e efeito entre essas relações primárias básicas e a integração da sociedade.

Há que se perquirir acerca da multiplicidade dos efeitos nessa seara maior e secundária, aos quais o articulista chamou de integração social, desdobramentos dos primeiros (intra-núcleo familiar) e verificar, sobretudo, as consequências dos rompimentos na produção desses valores, que será o objetivo nuclear da demanda deste trabalho.

Groeninga (2008), lecionando como psicanalista, adverte que a família é o *locus* de realização e de bem-estar, independente da compleição dessa família, se matrimonializada ou não. Acrescenta Groeninga (2008, p. 23), que essa ideia:

[...] está em sintonia com a família como um sistema de relações, conscientes e inconscientes, e com a mudança de paradigma que se vive atualmente, e que se privilegia a complexidade inerente ao ser humano, a realização de seus mais diversos aspectos e a liberdade de escolha.

Essa mira deve ser cuidadosa, para não distorcer o alvo. A mestra fala em sistema de relações, conscientes e inconscientes, a exemplo de Andolfi, Angelo, Menghi e Nicolo-Corigliano (1984), que tratam indivíduo e família como dois sistemas em evolução, nos quais a família está em constantes transformações, para atender às necessidades de crescimento psicossocial de seus membros.

Duas propostas significativas: o grupo social primário reclama tratamento de sistema, fator que por si faz redobrar as atenções. E mais: essas relações sistêmicas são conscientes e inconscientes. O homem que surra a mulher, ao cometer essas sevícias comete uma conduta consciente, de lesar a integridade física de seu consorte (seja cônjuge ou companheira), mas simultaneamente comete outra conduta, esta inconsciente, de estar produzindo na vítima uma lesão psicológica, assim como na prole, seja menor (com mais intensidade) ou maior de idade. É essa constatação que leva o Estado a tomar medidas preventivas e repressivas, como as contidas na Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que tutela a integridade física resultante da violência nas relações domésticas. Fosse essa lesão corporal tal qual outra qualquer, não haveria a necessidade de norma com esse escopo de especificidade, pois bastaria o tipo penal geral, que tutela do corpo (Art. 129, Código Penal).

Da primeira espécie de lesão, o sistema jurídico penal cuida com instrumentos razoavelmente efetivos. Da lesão psicológica, não. A Lei Maria da Penha é um exemplo de esforço estatal em combater uma violência que tem implicações peculiares sobre certas pessoas. Como a sistemática jurídica, ainda assim, não basta, o Poder Público reconhece que

precisa abrir as portas de tratamentos da saúde psicológica às vítimas. Claro que as pessoas prejudicadas, nesse caso, vão além daquelas que foram receptáculo da violência física, mormente quando envolve prole menor, pela fragilidade de seu estado de pessoa em formação.

Nessa linha, pode-se dizer que se o Estado mostra-se impotente para dar trato aos vários males produzidos a partir da violência física, com maior razão não estaria apto a prevenir as mazelas que decorrem da violência moral, do assédio moral doméstico, que não deixa marcas para os exames de corpo de delito: os xingamentos diuturnos, as humilhações, os achincalhes, a contínua pressão ameaçadora, enfim, várias formas covardes de destruir, sem vestígios visíveis, a dignidade da pessoa. Os ataques, nesse caso, poderão acometer a esposa, o esposo ou os filhos, não importa: em última análise todos os pontos são atingidos por essa violência.

Certamente, dizer que a família deve produzir função social é o mesmo que dizer que ela deve atender às suas finalidades institucionais. Não tem porque se estender além dessa clara constatação. A família em seu sentido de plenitude produzirá efeitos sociais positivos, intra-lar e extra-lar, porque é a isso que se destina, por força de sua natureza mesma: proteção, mútua assistência, solidariedade, educação, desenvolvimento físico, intelectual e emocional, dentre outros.

3.2.1 Funcionalidade social e mecanismos intra-familiares

Parece que a função social do núcleo familiar deve ser analisada, neste instante, a partir do aspecto de sua funcionalidade, em nível interno, no âmago da entidade: analisar se o jogo das relações familiares ocorre com a necessária pertinência para que nesse plano haja a funcionalidade adequada, a satisfação da qualidade de vida que se espera desse espaço social.

Esse micro-território, que começa no indivíduo e tem desdobramentos primários, num primeiro momento, nesse espaço circunscrito, não se pode descuidar, tem já a natureza de causa e de efeito. Não há só causa. Não há causa dentro do núcleo familiar e efeito fora dele, quando se afirma, com Gonçalves (2010), que há uma relação de causa e efeito entre a família e a sociedade. Há causa e efeito dentro do microssistema, que irradiam, em ondas amplificadas, nas relações secundárias, em nível extra-lar, causa e efeito, também. Causa e

efeito no plano micro, que guarda relação de causalidade com a causa e efeito do plano macro. Compensa voltar ao prefácio de Dolto (1977, p. 11) à Obra de Pierre David:

É a função simbólica – característica fundamental da espécie humana – que faz com que o pequeno humano criado por uma criatura de outra espécie se possa tornar menino lobo ou menino-corsa e tornar-se para todo o sempre inadaptável à vida de intercâmbio com os seres da sua espécie. Qualquer outra criatura viva – mesmo domesticada – conserva as suas potencialidades de intercomunicação com os da sua espécie e o seu ímpeto instintual para a procriação. Os seres tutelares e alimentares são – para os filhos de homem e de mulher – imagens antecipadas (no feminino ou no masculino, mas isto tardivamente claro na sua consciência) da intuição que têm do seu ser futuro, quando o seu organismo tiver terminado o seu crescimento. Esta imagem de si próprio ou de si própria, que os seres tutelares são, modela o desejo da criança.

Quando a autora fala de “seres tutelares” faz referência aos pais ou àquelas pessoas que, eventualmente, ocupem o lugar-função natural daqueles, que na sistemática jurídica brasileira seriam os guardiões (que tem a guarda do menor), os tutores (que são nomeados na falta ou impedimento dos pais) e os educadores diretos no caso dos abrigos do Estado. Não se faz referência aqui aos pais adotivos, pois, afinal, são pais, e, ainda que substitutos dos naturais, são pessoas no inteiro exercício do poder familiar.

Maria Cecília Cortez Christiano de Souza, pesquisando na área de psicologia e educação pela Universidade de São Paulo, vê essa conexão necessária entre os sistemas micro e macro, mas a análise que faz em “Crise familiar e contexto social”, em 1999, mostra aquela vertente já assinalada, que parte do campo mais amplo para compreender a família enquanto base, diferentemente do que se está tentando praticar aqui, no que se pretende o foco invertido, com predominância das forças microterritoriais sobre o espaço social mais amplo.

Ao estudar a sociedade paulistana, de 1890 a 1930, nessa Obra acima citada, Souza (1999, p. 10-1) se debruça demoradamente sobre os processos de desquite (aos quais chama propositalmente de divórcio), analisando a influência do meio, as características da sociedade naquele espaço, na formação e no rompimento das famílias:

Não se pode atrelar assim, de forma imediata, conflitos familiares a processos sociais e econômicos amplos. Contudo, a leitura de processos de divórcio não permite manter muito distante a história social. É impossível, por exemplo, entender a argumentação jurídica sem entender as representações sociais que informavam o imigrante ou a oligarquia. Torna-se difícil compreender a argumentação de testemunhas, sem resgatar significações que emprestavam a sua situação, como imigrantes ou como

membros de famílias tradicionais, a percepções peculiares de cada grupo dos papéis de gênero desempenhados no interior da família. Mesmo nos documentos mais íntimos, é impossível deixar de perceber articuladas subjetivamente situações sociais concretas.

A autora quer inicialmente, nessa parte do discurso, negar a importância do vetor micro em direção ao macro, quando defende que “Não se pode atrelar, assim, de forma imediata”, entretanto assume muito tranquilamente que a compreensão do discurso social amplificado passa, antes, pelo discurso travado na célula familiar. Isso seria assim, em razão de o discurso na célula-mãe ser a matriz do discurso da sociedade: as representações sociais seriam formadas a partir de casa, onde seriam formados os óculos com os quais se vê o mundo.

Da mesma forma, quando Groeninga (2008) assevera que, inobstante as variações históricas da família, ela se mantém primordialmente como instituição estruturante da pessoa, está tratando de função social nesse nível microssistêmico, assim como Kalina e Kovadloff (1980), em precioso estudo sobre a toxicomania, gravam a família como a matriz da interação social e do comportamento emocional do sujeito. Por oportuno, colaciona-se minúsculo trecho do discurso entoado pelo STF na decisão que julgou favorável à concessão de efeitos às parcerias homoafetivas. Daquele pleito (ADPF nº 32-RJ) podem-se colher, no voto do Ministro Ayres Brito, as seguintes opiniões sobre a família constituída:

Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”).** Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de *locomotiva social* ou *cadiño* em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição

spozista de que, “Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender”.

O Juiz do STF fala da família como instituição basilar, no sentido de célula do organismo social mais amplo, ao qual se referiu como sendo a comunidade. Vale lembrar que esse micro-território da entidade familiar, em per si, forma uma comunidade, e que esta, enquanto instituição social, não se trata de mera somatória de individualidades, mas é um conjunto estrutural sistêmico em contínua mudança de relacionamentos, conforme ensina David (1977, p. 67), que acrescenta:

[...] já sublinhei [...] que o pai nem sempre está à altura da função que lhe compete. A modificação do estatuto feminino pode derrubar a ordem habitual dos valores ligados ao símbolo fálico. Do equilíbrio do casal parental e da forma como cada um dos pais resolveu o seu Édipo depende o comportamento mútuo perante o outro e o filho.

Nessa linha, importa conhecer que no plano micro-social, primário ou básico, cada indivíduo tem, por natureza, uma função a ser cumprida, seja pai, seja mãe ou seja filho, como se vê da recomendação de Groeninga (2008, p. 27):

Cada membro da família exerce funções, dentro da estrutura, de acordo com o ciclo vital, tanto pessoal quanto da família. Dadas estas condições é que são desenvolvidos os atributos humanos por excelência, entre os quais o pensamento, capacidade de simbolização, crítica, julgamento e criatividade, entre outras. Podemos dizer que a família tem como finalidade propiciar o desenvolvimento, no ser humano, de sua capacidade de pensamento, em sintonia com os sentimentos.

Quando se refere aos atributos que se formam na família, tais como o pensamento, a capacidade crítica e outros de natureza intelectual, faz referência aos direitos da personalidade, fundamentais na questão dos valores imateriais, e que, como se vê, tem nascedouro no ninho familiar. Pode-se aproveitar o momento para lembrar da consciência moral, que Freud (1974) definiu como sendo um sentimento interno de repúdio por certos desejos que se sente, sem que esse repúdio tenha uma explicação, pois é um repúdio que existe por si mesmo, ainda que sem razão aparente. Ao abordar a questão de lugares e funções, Groeninga (2008, p. 26) faz didática ilustração:

A imagem geométrica do desenvolvimento do ser humano é a do triângulo, além da imagem da biologia – em que é necessário dois para formar um. O desenvolvimento do psiquismo necessita de três vértices – bebê, pai e mãe -,

entre os quais são vivenciados os afetos que unem e que afastam – a sexualidade e a agressividade.

Lembrando que, em primeiro lugar, esse triângulo pretende figurar polaridades de relações sócio-jurídicas que se opõem, mas que não guardam entre si hierarquia propriamente, no sentido de que esses polos tenham densidade jurídica com superioridade e com inferioridade. Essa ideia seria comum no patriarcado, não na família brasileira atual. Logo, não é um triângulo que lembra uma pirâmide, mas um triângulo plano. Segundo: esses três vértices possibilitam uma gama de possibilidades relacionais, às vistas de que se está falando de um núcleo sistêmico: há as relações de pai para filho, e de filho para pai; o mesmo ocorre com a mãe; também há a relação entre pai e mãe, que, inclusive, possibilita a enriquecedora experiência, ao filho, de ser o terceiro excluído (GROENINGA, 2008), podendo-se acrescentar a relação entre os filhos, ou seja, a dinâmica relacional dentro da prole, sempre que não for unigênita. São encontros dialógicos e dialéticos, pois há uma relação de poder e desse embate surgem outras nuances dessa relação primeira. Enfim, é enriquecedor do psiquismo humano, que tem por diferencial a consciência (LEONTIEV, 2004). Dolto (1977, p. 12-3), naquele prefácio a David traz significativa ilustração:

Desde a concepção, dir-se-ia que é o jogo do desejo nesta triangulação existencial que é dinamogéneo e estimulante de todos os progressos. A criança, sensível às diferenças, toma a pouco e pouco consciência da realidade imperfeita dos resultados que obtém perante aquele que observa nos outros e que pretende igualar. [...] Eis que um recém-nascido surgido no quadro familiar parece um estranho privilegiado. Este terceiro parece-lhe o eleito do desejo de cada um dos seus modelos. Mãe, pai e irmãos mais velhos concedem-lhe as suas intimidades.

A formação do casal, pai e mãe, dá a tônica dessas relações conscientes ou inconscientes, mas também a prole, dentro dessa sistemática, tem seu papel, como sujeito passivo e como sujeito ativo, variante conforme o ciclo em que se encontra (Osorio, 1996). Vê-se em Groeninga (2008) que as funções no seio familiar seguem uma dinâmica, que são os ciclos vitais ou crises vitais, assim como as funções são necessariamente complementares entre si, daí falar-se em parentalidade, realçando a natureza da família na formação do sujeito. Numa suma, Groeninga (2008, p. 26) exibe quadro com os ciclos vitais ou crises vitais:

- Formação do casal conjugal, que partilha objetivos com relação à construção de futuro e que passaram a uma outra posição, fazendo um luto com relação à família de origem;
- Nascimento dos filhos, que agrupa a função parental à conjugal;
- Adolescência dos filhos, que coincide com a crise de meia-idade do casal;
- Saída dos filhos do lar, que implica na re-significação do casal conjugal;
- Morte dos avós, que traz a vivência de luto;
- Envelhecimento, doença e morte dos pais, que traz a consciência dos deveres com relação a eles.

Para Osorio (1996), a constatação desses ciclos servem para mostrar que há uma dinâmica natural, que altera as funções, assim como faz ressaltar a perenidade da família enquanto instituição responsável por transmitir, geração após geração, o conjunto de valores, mormente imateriais, que nela se forma. Os ciclos vão se alterando e se alternando nessa dinâmica das funções intra-família, e como parte dessa mutação natural ocorre a transmissão dos sentimentos que perfazem a personalidade. Quem ontem foi filho (a), hoje é pai (mãe) e, portanto, tem filho (a), que, amanhã, será pai (mãe), de assim por diante, num espiral sem fim. Andolfi, Angelo, Menghi e Nicolo-Corigliano (1984, p. 18) ratificam:

A necessidade de diferenciação, entendida como a necessidade de auto-expressão de cada indivíduo, funde-se com a *necessidade de coesão* e manutenção da unidade no grupo com o passar do tempo. Teoricamente, o indivíduo é membro garantido em um grupo familiar que seja suficientemente coeso e do qual ele possa se diferenciar progressiva e individualmente, tornando-se cada vez menos dependente, em seu funcionamento, do sistema familiar original, até poder separar-se e instituir, por si mesmo, com funções diferentes, um novo sistema. [...] Essa rota é determinada não apenas por estímulos biológicos e pela interação psicológica mãe-filho (Mahler, 1952), mas também pelos processos interativos no interior do sistema, particularmente o sistema familiar. Alguns teóricos, tal como Bowen (1978), consideram a marca familiar tão determinante que o nível de autonomia individual pode ser previsto muito cedo, mesmo na infância. Igualmente, o curso da história futura do indivíduo pode ser previsto à base do nível de diferenciação dos pais e do clima emocional predominante na família de origem.

Acredita-se que dois fenômenos poderiam interromper ou alterar significativamente essa dinâmica sequencial, harmônica, perfeita e infinita: a morte e o divórcio. Não a morte citada como fenômeno dos ciclos acima descritos, mas a morte que rompe a sociedade conjugal ou a união estável, quebrando a aliança do núcleo familiar, com

grave prejuízo para o conjunto sistemático. A ausência de prole seria mero incidente, mas os casais nessa situação também vivem e se desenvolvem nesses ciclos vitais. O fato de não terem filhos não os impedem de viver o processo natural, ainda que a falta de prole não tenha alguma compensação com o convívio de parentes (sobrinhos, por exemplo) ou de outras pessoas que se aproximam desses núcleos familiares. Essa ideia tem apoio em Andolfi, Angelo, Menghi e Nicolo-Corigliano (1984, p. 20), quando asseveram que:

[...] a função assume uma conotação negativa se for atribuída rígida e irreversivelmente e quando contradiz funções biológicas como, por exemplo, em um caso em que a função paterna é atribuída a um filho ao invés de ao pai. Isso provoca a alienação progressiva do indivíduo mais envolvido, com dano simultâneo ao seu “self” e ao seu espaço pessoal. Quando esse processo tende a tornar-se irreversível, rígido e indiferenciado, resulta uma situação patológica. Se o filho assume a função do pai não em momento de necessidade particular, mas consistentemente, aquela função tornar-se-á uma prisão para ele, bem como para outros membros da família. Nesses casos, cada um se torna um autor e uma vítima da mesma “armadilha funcional”. A ausência de limites interpessoais claros que resulta desse tipo de relação é traduzida na impossibilidade de qualquer um, livremente, iniciar uma relação íntima ou liberar-se.

Acredita-se, ainda, que a função social intra-familiar seria muito mais afetada, se o rompimento se desse com o divórcio, ao invés da morte precoce do pai ou da mãe. Como sobre a morte o homem não tem controle (mas, ainda assim, procura-se preveni-la), o desafio posto está em investigar os prejuízos resultantes dos rompimentos artificiais.

Nesse passo, é fundamental distinguir funcionalidade e biologismo: são fenômenos que não guardam necessária pertinência, ou seja, nem sempre um implica em outro.

Nesse modelo de família nuclear, visto como núcleo matriz da sociedade, devem ser ressaltados os papéis paterno e materno, pois como admoesta Groeninga (2008), são funções essenciais para o desenvolvimento da pessoa, pois esta precisa de influências diferentes para que possa formar seu psiquismo.

Foram-se, entretanto, os tempos em que se acreditava bastante a existência do pai e da mãe. Hodieramente sabe-se que a existência dessas figuras são importantes e fundamentais à medida que a elas correspondam as funções que lhes cabem desempenhar no organismo familiar (TEPEDINO, 1997). Assim, mais que pai, que haja a função paterna. Mais que mãe, que haja a função materna, ou seja, além das simples questões biológicas, que não significam a garantia de relações qualificadas, é necessário que se garanta o desempenho das

atividades funcionais pertinentes ao lugar de pai e de mãe. Logo, ao invés de pai e mãe, simplesmente como realidades biológicas, que se tenha pai e mãe no sentido de funções paterna e materna. Ser pai ou mãe, na realidade contextual da família, não é uma questão de título que se exibe, como um diploma, daí afirmar-se que teria pouca significação ostentar uma prova laboratorial, conhecida como DNA²². Se essas constatações biomédicas tivessem o mesmo alcance de outrora, é fato que seria impossível falar em doadores de sêmen e em inseminação artificial heteróloga. Entretanto, é exatamente a visão contrária, de que ser pai não implica necessariamente em paternidade, que tornam possíveis essas práticas acolhidas pelo legislador pátrio (Art. 1.597, inc. V, Código Civil).

David (1977, p. 94-5) lecionou já em tempos idos que “As relações de dominação entre os dois sexos, quando existem, seguem caminhos subtils e muitas vezes ocultos. Nem sempre o senhor é aquele que é designado como detentor deste papel”, acrescentando que:

Nas psicanálises, põe-se sempre a questão do pai. Mas o retrato que cada um faz dele é a maioria das vezes impregnado de imaginário, e só tardiamente permite às vezes saber-se o que é (ou o que foi) o pai real. Efectivamente, é sempre o problema das relações entre a lei e o desejo inconsciente que é posto através da imagem do pai. [...] Podemos ficar surpreendidos quando a questão se põe para além da propriedade e da sucessão. Mas a filiação nominal, em si mesma, está tão ligada ao ser como ao ter. A filiação adoptiva, por outro lado, cria ligações tão fortes (e isso na maioria das sociedades) como a filiação natural. É pelo patronímico que cada um se insere no mundo social. A filiação separa-se da procriação na adopção.

À frente, David (1977, p. 123) acrescenta que “a adopção e a prática da inseminação artificial provam a possibilidade de dissociar procriação e filiação”. É fato que o chamado pai registral e outros pretensos pais que nem a isso se prestam, não guardam qualquer importância em se tratando de função social da família. Essa mesma premissa vale para os filhos, para os quais está dispensado o elemento biológico, sobressaindo a funcionalidade da prole, cuja procedência cumpre ignorar, como bem fez o legislador constitucional, ao igualar os filhos, independente da procedência da filiação (Art. 227, § 6º): “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Lôbo (2008, p. 48-9) é enfático nessa reflexão:

²² DNA é sigla para Ácido Desoxirribonucléico e faz referência ao exame hábil a apontar, com precisão, a origem da filiação (VENOSA, 2010).

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. [...] a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, especialmente quando esta já tiver sido constituída na convivência duradoura com pais socioafetivos (posse de estado) ou quando derivar da adoção.

Não há que se confundir, portanto, vínculo biológico com parentalidade no atual Direito de Família. A verdadeira parentalidade está no efetivo cumprimento das funções paterna, materna e filial. Falam-se em vínculos socioafetivos, que podem ou não ser pertinentes à consanguinidade (LÔBO, 2008, VENOSA, 2009, PEREIRA, 2003, WELTER, 2003). Nessa direção está cristalizada a jurisprudência do STF. Trata-se do fenômeno da desbiologização (WELTER, 2003), que no Direito de Família mais recente encontrou arrimo, desde que se apercebeu da verdadeira função social da família, ínsita nas relações cotidianas, contínuas e estáveis (estas, sim, funcionais), fator que independe do vínculo biológico: daí os melhores olhos para as paternidades e maternidades socioafetivas, às quais corresponde a filiação socioafetiva²³. Voltando à lição de David (1977, p. 145), encontra-se o seguinte comentário conclusivo de um tratamento clínico de Didier (nome fictício):

A observação de Didier mostra como a referência ética não lhe podia ser conferida por aquele pai violento e associal que não o reconheceria. Ele não passava do seu progenitor, embora lhe chamassem pai. A lei interior não pôde aparecer em Didier senão depois do “encontro simbólico” entre a mãe e o padrasto, entre o padrasto e Didier. Foi pelo reconhecimento do outro no seu estatuto de sujeito que o laço social do parentesco por adoção teve a sua eficácia socializante e humanizante.

Não há a pretensão de contrariar a natureza, de se desfazer dos vínculos biológicos. Ao contrário, pretende-se reconhecer o inestimável valor dos vínculos socioafetivos, que são construídos na realidade da vida cotidiana. O vínculo ideal, se é possível falar assim, é aquele que congrega, na mesma pessoa, as duas verdades, a biológica e a socioafetiva, e esta tem sido a regra, em que pais biológicos, registrais (que registram e dão

²³ Socioafetivo é neologismo da doutrina familiarista brasileira. Em português a escrita correta seria sócio-afetivo, mas os estudiosos do Direito de Família viram a necessidade de criar um termo com a contração das partes da palavra composta, por favorecer a imagem da realidade que o termo quer representar em se tratando desse domínio jurídico, que é a realidade paterno-filial calcada em laços, em afeto.

nome aos filhos, assumindo-os), são também os cultores da prole, exercendo, com virtude, o poder familiar²⁴, o que resulta em vínculos funcionais, verdadeiros, reais.

Por outro lado, quando o vínculo biológico estiver assentado num registro, meramente para fins de formalidade, esse pouco interessa à nova filosofia das famílias (MORAIS, 2000), por sua pobreza, em termos de eficácia, assim como pelos prejuízos emocionais que seu aspecto hipócrita enseja. Num país em que muitas práticas são as do faz-de-conta, essa do pai registral, que deixa a prole sem a função paterna, é grave e inaceitável. Como ensinam Kalina e Kovadloff (1980, p. 57):

Acreditamos que uma família se define muito mais pela *intimidade compartilhada* por aqueles que a integram, do que pelas normas e critérios legais que lhe dão realidade formal. Essa atmosfera de intimidade não coincide necessariamente com os laços de sangue ou com qualquer um dos enunciados clássicos que caracterizam a chamada *célula familiar*.

Para os interacionalistas (Haley, 1970; Sluzky, 1973), essa intimidade compartilhada é uma rede de “relações significativas”, isto é: relações de interinfluência estável que evidenciam dependência recíproca entre pais e filhos.

A valorização da socioafetividade vem cobrir essa lacuna da função paterna/materna, não como um remendo de emergência, mas com a beleza mesma que lhe é peculiar, com a grandeza de superar vínculos biológicos, naturais (WELTER, 2003). Ela não aparece por falta de opção, para suprir a falta de quantidade, mas pela qualidade. Entretanto, arrisca-se dizer, que também a socioafetividade tem sua feição talhada na natureza, à medida que resulta do afeto, virtude naturalmente humana, que constrói os laços de uma parentalidade real (embora não sanguínea).

Fala-se, então, de um fenômeno jurídico recente, que é a juridicização do afeto, que troca o paradigma da legitimidade, para o da afetividade (LÔBO, 2008), que desloca a análise dos vínculos do plano meramente formal, para o real. Daí o reconhecimento da união estável como entidade familiar, o reconhecimento de vínculos paterno-filiais e materno-filiais assentados na socioafetividade e, por último, o reconhecimento, em nível de jurisprudência, consagrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), das uniões homoafetivas. A partir de

²⁴ Socioafetivo é neologismo da doutrina familiarista brasileira. Em português a escrita correta seria sócio-afetivo, mas os estudiosos do Direito de Família viram a necessidade de criar um termo com a contração das partes da palavra composta, por favorecer a imagem da realidade que o termo quer representar em se tratando desse domínio jurídico, que é a realidade paterno-filial calcada em laços, em afeto.

decisão histórica do STF, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ, as parcerias homoeróticas, marcadas essencialmente pela igualdade de sexo, foram elevadas à condição de união estável, portanto, entidade familiar. Certamente a lei, principal fonte do direito civil no sistema jurídico brasileiro²⁵, não tardará, com esse influxo abrupto do STF, a positivar a união estável homoafetiva, ainda que o Congresso Nacional o faça de forma resignada, por entender precoce tal reconhecimento. Acrescente-se nesta oportunidade acerca do alcance do termo “afeto”, que nem sempre coincide no domínio jurídico e outros domínios, conforme esclarece Lôbo (2008, p. 48-9):

Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição). Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo “o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções”.

Pode-se acrescentar a explicação de afeto no sentido jurídico, trazida por Lisboa (2009, p. 25), para quem “Afeição é a ligação existente entre os membros da família por decorrência dos sentimentos que os unem. [...] Afeiçoar-se significa identificar-se, ter afeto, amizade ou amor”. Tal a importância atribuída ao afeto nas novas relações de família, que diversos juristas, ao tratar de sua juridicização, eleva-o a princípio jurídico (princípio da afetividade) dessa nova realidade, a exemplo, mesmo, de Lôbo (2008) e de Diniz (2007).

O ponto que importa ressaltar, todavia, diante desse painel que se coloca, de uma família pós-moderna, é o fato de o afeto estar juridizado, como ferramenta de funcionalidade dos núcleos familiares. Nesse ponto, a repaginação da velha família ganhou sobremaneira, com roupas novas da cabeça aos pés (PORTO, 2012), pois se a nova família está desvinculada da religião, enquanto valor fundante, como lembra Venosa (2008), e o afeto passa a ser o valor fundante, a própria causa do enlace dos consortes, é salutar que sejam

²⁵ No sistema Romano-Germânico, que é basicamente o direito romano recepcionado e tratado pela Europa clássica, a partir da Alemanha, e nesse modelo recepcionado por quase todo o Ocidente, inclusive o Brasil, a lei é a fonte principal, seguindo-se (sem ordem hierárquica), como fontes secundárias e complementares, a doutrina, a jurisprudência, os costumes, os princípios gerais de direito, a analogia e a equidade (SEGURADO, 1979).

reconhecidas as novas possibilidades estruturais, em termos de vínculos, sempre em nome da funcionalidade intra-familiar, que será respaldo para as demais instâncias de comunidade e de sociedade.

3.2.2 Funcionalidade social e sociedade

Conforme posto acima, essas relações de causa e efeito que se produzem como ondas menores no espaço microssistêmico da família, refletirão no meio externo a ele, como novas causas e novos efeitos. Nesse espaço externo, as relações aparecem com novas roupagens, repaginadas, refeitas, mas, sem dúvida, com os matizes das raízes familiares. São relações secundárias, formais, institucionais, sem a estreiteza das relações primárias, sem a proxiedade que lhe eram próprias nas origens, no nascedouro do lar, mas nesse novo jogo de poder aparecerão nítidos aqueles valores construídos na estirpe dos lares. Como assevera Osorio (1996, p. 87):

A família, como unidade matricial do corpo social, tem, contudo, seu papel a desempenhar. A forma como as relações humanas se processam no âmbito da família é o modelo interacional para o funcionamento das coletividades. É nos lares de origem que se esboça o caráter do indivíduo e, para embasá-lo, nada melhor que a noção, vivenciada no contexto familiar, de que o direito de cada um termina onde começa o do próximo, condição *sine qua non* de qualquer progresso na esfera sócio-política.

Decorre do exposto a premissa para o psicanalista David (1977, p. 31) começar sua grandiosa lição interrogando: “a que factos objectivos na microssociedade familiar e na sociedade global corresponde o complexo de Édipo, eixo subjectivo em torno do qual se organiza o inconsciente de cada indivíduo?”

Essas relações, ditas globais, estarão impregnadas por mais ou menos confiança, por mais ou menos segurança, por mais ou menos equilíbrio emocional, por mais ou menos harmonia, por mais ou menos solidariedade, por mais ou menos justiça, por mais ou menos verdade e honestidade. Quanto mais valores positivos aí transparecerem, valores hábeis a formar e a transformar a comunidade, valores hábeis à comunitarização, mais a família terá produzido função social nesse espaço macro, que ultrapassa seu campo doméstico, mas que não deixa de ser seu campo, fazendo-se numa indústria pesada e abundante de capital social

comunitário (DURSTON, 1999). Dolto (1977, p. 13-5), prefaciando Pierre David, leciona que:

Perante todas as provações encontradas por um indivíduo desejante, só pela linguagem, pela cumplicidade de amor e pela confiança que conserva em si (para além das diferenças que o distinguem dos outros) a sua evolução libidinal pode continuar. [...] Toda a criança toma confiança em si e nos outros quando é apoiada pelas atenções tutelares das pessoas que a rodeiam, que a amam e que desejam o seu desenvolvimento para a afirmação do seu ser de linguagem. O movimento e a cumplicidade lúdica dos contatos reforçam este sentimento de confiança.

Eis aí a confiança em seu nascedouro, valor imaterial que se faz indispensável na vida comunitária e no desenvolvimento dessas relações amplificadas em relação ao núcleo familiar. Esse o raciocínio, portanto, para quem tem na família a matriz social, a raiz de todas as relações sociais. Cooper (1977), está entre os que combatem a família, entretanto ao fazê-lo assevera que ela é matriz social.

Poder-se-ia questionar sob a alegação de que apenas cerca de metade da população brasileira atual viva em núcleos familiares estruturados nessa base relacional triangular (pai, mãe e prole), mas não poderia ser esquecido que todas as pessoas que compõem a sociedade têm uma raiz familiar: todas nasceram do encontro dos pais e foram criadas, ao menos, por um deles, ou por alguém, que lhe fez as vezes, as tais pessoas tutelares. Dessa totalidade só se excluem os que não encontraram uma única pessoa por arrimo paterno ou materno, permanecendo em abrigos do Estado ou da sociedade civil, ainda que nesses casos a pessoa em formação necessariamente se agarrará a alguém como se fora a tábua de sua salvação.

Em que pese ter havido, ao longo dos tempos e dos caminhos, intelectuais que se posicionaram contra a eficácia da família enquanto micro-comunidade matriz, a exemplo de Cooper (1977), são maiores, incomparavelmente maiores, as vozes que reconheceram nesse núcleo humano a célula-mãe da sociedade.

No século XVIII, noticia Foucault (2007, p. 110), a França, e mesmo a Europa como um todo, adotara uma política com clara valoração do papel social da família, na busca da produção de uma sociedade hígida²⁶:

²⁶ Hígida, saudável, no sentido denotativo mesmo, não no sentido moral (no texto citado). Hígida física e mentalmente.

[...] o laço conjugal não serve mais apenas (riem mesmo, talvez, em primeiro lugar) para estabelecer a junção entre duas ascendências, mas para organizar o que servirá de matriz para o indivíduo adulto. Sem dúvida, ela serve ainda para dar continuidade a duas linhagens e, portanto, para produzir descendência, mas também para fabricar, nas melhores condições possíveis, um ser humano elevado ao estado de maturidade. A nova "conjugalidade" é, sobretudo, aquela que congrega pais e filhos. A família, aparelho estrito e localizado de formação – se solidifica no interior da grande e tradicional família-aliança. E, ao mesmo tempo, a saúde – em primeiro plano a saúde das crianças – se torna um dos objetivos mais obrigatórios da família. O retângulo pais–filhos deve se tornar uma espécie de homeostase da saúde. Em todo o caso, desde o fim do século XVIII, o corpo sadio, limpo, válido, o espaço purificado, límpido, arejado, a distribuição medicamente perfeita dos indivíduos, dos lugares, dos leitos, dos utensílios, o jogo do "cuidadoso" e do "cuidado", constituem algumas das leis morais essenciais da família.

Quer-se entender, portanto, que a família, enquanto instituição basilar da sociedade (grupo social mais amplo), ocupou, ao menos desde a concepção que se tem de Estado moderno, um papel essencial no jogo do poder, implicando e sendo implicada, sendo implicada e implicando, de modo considerável, nas territorializações, nas subjetivações dos espaços construídos (pelos homens, pela ação humana, naturalmente). David (1977, p. 84) é categórico acerca desse nexo causal:

Na família conjugal contemporânea, a travessia edipiana corresponde para a criança a uma espécie de iniciação aos valores simbólicos do grupo. A influência da sociedade global é mediatizada pelos pais. Houve quem dissesse que a proibições do incesto fazia escapar a criança à promiscuidade natural, para a fazer entrar no mundo da cultura pela sua introdução nas regras da aliança e da filiação. É verdade. Mas, na nossa sociedade contemporânea, as leis que regem a vida social e política não são as que regem o parentesco. Portanto, existe ainda um problema por resolver: o da especificidade do Édipo. Este não corresponde à aquisição da lei da sociedade, mas à de uma lei interior que permite a submissão a regras.

Quando se fala em família conjugal, naturalmente aí tem lugar, também, a união estável, embora o termo conjugal, em sentido estrito, diga respeito a cônjuges. Importa saber que, seja a entidade familiar nascida da formalidade ou não, do ponto de vista de sua funcionalidade, no plano microssocial, berço do indivíduo, há uma relação direta, essencial e inafastável com o seu meio exterior, no qual negociará nas inúmeras relações que naturalmente há de travar no amplo espectro de sua sobrevivência social. Essas negociações estarão impregnadas de valores, mormente imateriais, adquiridos ao longo da maturação intra-familiar.

Em Raffestin (1993, p. 144) também há tônicas afinadas nesse diapasão, quando alude ao território como sendo “[...] prisão que os homens constróem para si”, no sentido de ser uma resultante da criação subjetiva da pessoa, que com sua simbologia, sua representação própria, se apodera do espaço. Essa simbologia, como se viu, nasce e se desenvolve no seio da família, potencializando-se nas relações conscientes e inconscientes que ali são travadas (DAVID, 1977).

O trabalho de Foucault (2007, p. 92), em dado momento, expõe: “A sociedade soviética é um exemplo de aparelho de Estado que mudou de mãos e que mantém as hierarquias sociais, a vida familiar, a sexualidade, o corpo, quase como eram em uma sociedade de tipo capitalista.” Essa afirmação nem contradiz a premissa maior colocada pelo filósofo, nem desfaz, portanto, a premissa assentada neste discurso, em que a estrutura familiar contém suas próprias relações de poder (plano micro), guardando, necessariamente, relação direta com as relações estabelecidas nos planos mais amplos e, aí incluso, em nível de poder estatal. Essa afirmação é possível até mesmo pelo fato de que o escritor referenciado não diz que a vida familiar não mudou, mas que mudara pouco. Fica essa explicação, em que pese, neste discurso, acreditar-se, de forma veemente, que a estrutura familiar tenha apresentado, naquelas circunstâncias (capitalismo/socialismo), não poucas mudanças, mas nuances consideráveis nessa instituição primária, dado que ela sofreu os efeitos da dialética do poder, essa dinâmica intensa das relações em rede, multidirecionais e em multiplanos, naturalmente, também, multitensionadas (RAFFESTIN, 1993).

A Sociologia trata das dimensões da comunidade, como tecnológica, política, econômica, crenças etc, procurando ilustrar a complexidade sistêmica dos grupos sociais. Dir-se-ia, com base em David (1977), que todas essas dimensões da comunidade estão diretamente afetadas pela funcionalidade da entidade familiar, na qual são desenvolvidas a criatividade, a expressão intelectual (do pensamento), o controle do super-eu, a confiança, a segurança pessoal, enfim, todos valores imateriais que vão refletir, em nível de comunidade ultra-família, atingindo as variadas dimensões do grupo social mais amplo.

Traz-se à reflexão texto de Rizzato (2011), em que o Bispo Católico cita a Madre Tereza de Calcutá:

Tenho por mim que o mundo está de cabeça para baixo, e sofre muito pelo pouco amor que existe no lar. Todos parecem estar com muita pressa, à espera de grandes acontecimentos e de muito dinheiro. Assim, nem as

crianças têm tempo para os pais, nem os pais para as crianças e para conversarem entre si. É no lar que começa a destruição da paz no mundo.

Inegável o alcance, portanto, do papel social do núcleo familiar, enquanto comunidade e causa e efeito de outras comunidades e do grupo social em sua amplitude, no fomento desses aspectos, em especial os que dizem respeito ao aspecto político, aos valores estéticos e às crenças e conceitos.

3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade familiar começa, certamente, no campo da moral e da ética, por se tratar de valor essencial à sobrevivência dos grupos ou de qualquer coletividade, para só depois desaguar na condição de fato jurídico, quando, então, passa a ser encontrado, inclusive, no direito positivo²⁷.

Consistente na superação do individualismo, para assumir esforços conjugados, mudança de paradigma que se escora na realização de interesses comuns e, por conseguinte, na sobrevivência do grupo e da espécie, a solidariedade é, também, sinônimo de fraternidade, terceiro grito da bandeira iluminista francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Registre-se que foi o grito que menos ecoou no Estado moderno, em franca desvantagem às diretrizes da liberdade e da igualdade, que influenciaram legislações e cartas políticas pelo mundo afora. Só agora, na pós-modernidade dos tempos, é que chega, com efeito visivelmente retardado, a consciência dos povos pelo exercício da solidariedade, daí a consagração dos direitos difusos ou transindividuais, ou, ainda, direitos de quarta geração, a exemplo dos direitos do consumidor, do direito ecológico e da nova visão dos direitos de propriedade e contratuais.

Esse esforço conjugado, irmanado, vai além do preceito da justiça, que é dar a cada um o que é seu (SEGURADO, 1979), para atingir um nível *civiliter* de sociedade em que se dá mais que deveria, cedendo a outrem o que, pela justiça, não o alcançaria. Lôbo (2008, p. 40), faz essa reflexão conceitual:

²⁷ A expressão “direito positivo” faz referência ao direito escrito, expressamente normatizado, enfim, à lei (SEGURADO, 1979). A sistemática brasileira é a Romana-Germânica, como já visto, em que o direito positivado é a principal fonte.

[...] resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade, a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade. Na evolução dos direitos humanos, aos direitos individuais vieram concorrer os direitos sociais, nos quais se enquadra o direito de família, e os direitos econômicos. No mundo antigo, o indivíduo era concebido apenas como parte do todo social; daí ser impensável a ideia de direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o indivíduo era o centro de emanação e destinação do direito; daí ter o direito subjetivo assumido a centralidade jurídica. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos.

O professor citado faz essa leitura amplificada do princípio, donde, por exemplo, o registro constitucional do Art. 227, orientado pela ideia de solidariedade, nesse patamar colocado pelo autor:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Prefere-se aqui o sentido mais estreito do princípio, aplicado ao âmbito do núcleo familiar, ao qual também o professor Lôbo (2008) se refere ao lecionar que seria a mútua assistência, material e moral, entre cônjuges e entre companheiros, que, mesmo rompidos, convém lembrar, obrigam-se à prestação de alimentos (Art. 1.694 e seguintes, Código Civil). A contribuição de Dias (2008, p. 48) vem nestes termos:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entradas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.

Essa solidariedade, que é caminho para a função social intra e extra-casa, assim como, é inegável, pavimenta a via da dignidade, também aparece, naturalmente, entre pais e filhos menores (prática unilateral pelos genitores) e entre pais e filhos maiores (prática bilateral). No primeiro caso somente os pais se obrigam à manutenção dos filhos, enquanto no

segundo há uma recíproca: pais e filhos se obrigam mutuamente, daí chamar-se de prática unilateral e bilateral, respectivamente. Ainda sobre a segunda possibilidade, fica consignado que os filhos maiores podem haver deixado o núcleo familiar, para se estabelecerem em suas próprias famílias (novos núcleos), caso em que a solidariedade estaria sendo exercida além do núcleo restrito ao lar paterno e além do novo núcleo familiar, no qual se vê a multidirecionalidade desse instituto.

Nessa linha, registre-se, também, que a solidariedade é exigida não somente no âmbito nuclear, mas também dentro da parentalidade em sentido amplo, como se vê do Art. 1.694 e 1.697, ambos do Código Civil. Não se descuide da lição de Durston (1999, p. 104), para quem “[...] el concepto de reciprocidad es central al paradigma del capital social”, ou seja, que a família, no sentido nuclear ou em seu delineamento mais amplo, faça da reciprocidade um elevado instrumento de produção de capital social, já que o cooperativismo (o crescimento coletivo irmanado) é fator imprescindível de desenvolvimento social.

Há um exemplo bíblico belíssimo a ilustrar a solidariedade, aliás, valor essencial do Cristianismo, que elege a caridade como o grande mandamento. O exemplo que ora se traz, todavia, é anterior à vinda de Cristo, mas simbólico e figurativo do verdadeiro amor que haveria de se manifestar entre os homens (RUTE, cap. 1): fugindo da fome que havia em Belém de Judá, o casal Elimeleque e Noemi e seus dois filhos, Malon e Quilion, retiraram-se para as terras de Moabe. Lá instalados, sobreveio a morte de Elimeleque, mas a viúva Noemi casou seus filhos com duas bondosas moabitas, Orfa e Rute, que, em pouco tempo, também se eniuvaram. Nessa situação (não existia previdência social), Noemi decide voltar para Judá (ouvira dizer que cessara a fome por lá), mas percebe o intento de suas noras em acompanhá-la, pelo que insta com elas que não façam tal, que voltem para as casas de suas mães e permaneçam em Moabe. Elas insistem, então Noemi usa argumentos fortes, de que nada mais tem para elas, de que não terá outros filhos e que, ainda se os tivessem, não lhes serviriam por maridos, pela diferença de idade, enfim, demonstrou às suas noras que sua companhia nada mais significava para elas. Orfa atende ao apelo e se vai, mas Rute, não. Rute rebate a argumentação de sua sogra com esses termos (RUTE, cap. 1, vs. 16 e 17):

Aonde quer que tu fores, eu irei; aonde quer que pousares à noite ali pousarei eu. O teu povo é meu povo, e o teu Deus, meu Deus.

Na terra em que morreres, quero também eu morrer e aí ser sepultada. O Senhor trate-me com todo o rigor, se outra coisa, a não ser a morte, me separar de ti!

Em que pese o exemplo acima tratar de parentesco por afinidade (resultante do casamento dos filhos de Noemi), e o Direito brasileiro exigir a solidariedade apenas entre os cônjuges, entre os companheiros e entre a parentela consanguínea e por adoção, vê-se naquele exemplo a ilustração do princípio ora estudado, em que é superado o ego, com vistas a abraçar a causa do próximo e, em última análise, da coletividade contida no núcleo familiar, nas comunidades além dele e da sociedade como um todo.

Esse mandamento de solidariedade está especificado no Art. 229 da Carta constitucional: “[...] os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais, na velhice, carência ou enfermidade”. Moraes (2003), não o filósofo retrocitado (que é “Morais”, com “i”), na condição de constitucionalista comenta o dispositivo acima, colocando-o dentre o que chamou de regras de regência das relações familiares. Osorio (1996, p. 22) traz pertinente comentário:

Há, por exemplo, uma reciprocidade provedora entre pais e filhos, de tal sorte que aos cuidados ministrados aos filhos em seus primeiros anos de vida para assegurar-lhes a sobrevivência correspondem os cuidados ministrados pelos filhos aos pais em sua velhice para prolongar-lhes a vida mesmo após terem cumprido as funções reprodutoras e provedoras que lhes couberam na manutenção da espécie.

Groeninga (2008, p. 23), também como psicanalista, aborda incidentalmente a questão, ao considerar que:

[...] a visão da família como um sistema que contempla as individualidades implica cada vez mais na ênfase das relações de solidariedade e também na ciência de que, ao ferir-se o direito de um de seus integrantes, isto necessariamente redundará em consequências para os demais.

Por conta, ainda, desse princípio, dentro da prole vigora a igualdade, independente da origem da filiação (Art. 227, § 6º, Constituição Federal; Art. 1.597, Código Civil) e, uma vez maiores de idade, os filhos devem alimentos (assistência material²⁸) também entre si (Art. 1.697, Código Civil). É o sentido ético e cooperativo substituindo o econômico nessa

²⁸ Alimentos são prestações que devem atender às necessidades vitais (GOMES, 1994) e à dignidade da pessoa, que, por não poder manter-se por meios próprios, recebe apoio material consistente em moradia, pão cotidiano, vestuário, tratamento médico e medicação e educação, para o caso de ser menor de idade. Diniz (2007) acrescenta o direito ao sepultamento.

virada do patriarcalismo para a família das liberdades, das igualdades e da cidadania (VENOSA, 2009). O Art. 1.698 do Código Civil é outro parâmetro posto pelo princípio da solidariedade:

Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

É o atributo dos alimentos que a doutrina chama de divisibilidade da obrigação (SILVA PEREIRA, 2004), consubstanciado nessa possibilidade jurídica de os alimentos serem reivindicados junto a mais de uma pessoa de sua parentela, o que acentua realmente o princípio da solidariedade familiar.

Vários outros dispositivos do Código Civil são garantidores desse princípio, tais como: sobre a comunhão de vida instituída pela família (Art. 1.511, 1.513, 1.566 e 1.567), sobre a comunhão em diversos regimes de bens (Art. 1.639 e seguintes), sobre cônjuges separados contribuírem para o sustento dos filhos, na proporção de suas forças financeiras (Art. 1.703), assim como a sucessão legítima é deferida ao cônjuge, ao companheiro e à parentela, seguindo uma ordem vocacional²⁹ (Art. 1.829 e 1.790), que tem por premissa o nível de solidariedade, o que leva, na atual sistemática, a posicionar a prole e o cônjuge (ou companheiro) supérstite à frente dos demais.

Falar do alcance desse princípio para o Desenvolvimento Local dependeria de extensa tarefa, ao mesmo tempo que parece dispensável fazê-lo, considerando ontologicamente o seu significado em face da vida comunitária. Ávila (2005, p. 101), para quem a solidariedade é a medula espinhal motriz do Desenvolvimento Local, afirma que: “Sem envolvimento e cooperação solidária, o *Desenvolvimento Local* se reduz a mera nomenclatura, por falta de medula que energize e dinamize tanto a união quanto a ação cooperativo-construtiva no âmbito da diversidade de indivíduos que compõem cada comunidade-localidade”.

²⁹ Ordem vocacional é uma sequência preferencial, em lei estabelecida, para o chamamento dos sucessores à herança, conforme se vê em Venosa (2009). A lei traça essa ordem com base na premissa de que certas relações familiares são mais estreitas e mais próximas que outras. Uma demonstração de que o critério legal é de boa racionalidade é o fato de que no Brasil a sociedade é de poucos testamentos.

Como visto, nenhum dos princípios estudados tem campo estanque, pelo que a solidariedade, por exemplo, é princípio que está permeado por outros, como o da dignidade, o da função social (já tratados), o da convivência familiar, o do melhor interesse da criança e o da proteção especial do Estado.

3.4 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O princípio da convivência familiar ou do direito à convivência familiar, trata do direito humano à sociabilidade, a partir do núcleo familiar. A convivência é uma habilidade que tem início no seio da família, cujo aprendizado e desenvoltura se faz a partir das relações primárias ali desenvolvidas.

Essas relações, pela riqueza de sua dialética, seriam de excepcional importância para o desenvolvimento dos atributos essencialmente humanos, como o pensamento, a capacidade de representação, a capacidade crítica, a capacidade de julgamento e de criatividade, entre outras, como ensina Groeninga (2008).

Conforme já analisado, é nesse espaço micro-social, a partir do indivíduo e do grupo familiar, que na riqueza multifacetária dessas relações, tem início a verdadeira função social da família, cujos vínculos, num primeiro momento, estão imbricados mais no âmbito interno, mas, ato contínuo e num padrão crescente (para o caso da prole), imbricados, também, nas relações secundárias: são as causas e efeitos nos planos micro e macro. Lôbo (2008, p. 52) faz a seguinte explanação conceitual:

A convivência familiar é a relação afetiva diurna e duradoura entrelaçada pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

O legislador constituinte mostrou-se apercebido desse mesmo sentido posto pelo autor citado, como se vê do Art. 227, que lista, dentre outros, o direito à convivência familiar e comunitária. Veja-se o detalhe que merece atenção: “convivência familiar e comunitária”, no que é certo que a primeira é condição essencial para a segunda, implicadas entre si, como tem sido a argumentação ao longo dessa empreitada. Em que pese a família seja a primeira e

seja originária no convívio comunitário (FERREIRA NETO e GARCIA, 1987), a convivência comunitária exigida no texto constitucional faz visível referência, numa interpretação lógica e sistemática, ao espaço social extra-família, o espaço macro da vida em sociedade. Regulamentando e efetivando a regra constitucional, assegura o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069/90): Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Ainda no texto constitucional (Art. 230, § 1º) há o direito à convivência familiar, num registro especialmente ligado à pessoa idosa, garantindo que “Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares”, Ou seja, a regra é o amparo no próprio espaço de vida da pessoa idosa³⁰, em homenagem ao conjunto de significados que aí estão, todos ligados à sua própria pessoa, em especial à sua identidade. Excepcionalmente essa assistência seja em caráter asilar. Essas matrizes constitucionais iluminam, por corolário, inúmeras normas daí derivadas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), o próprio Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Nessas normas, com a pertinência da matéria, são tratadas:

- a) As questões da guarda, da tutela e da adoção dos menores, que são formas de colocação em família substituta, esta assim chamada por fazer as vezes da família natural (Art. 19 e seguintes, ECA);
- b) As questões referentes ao poder familiar e aos direitos e deveres dos cônjuges ou companheiros, entre si, assim como o instituto da guarda para o caso de rompimento da entidade familiar, onde a eventual (e mais comum) unilateralidade da guarda conferirá ao não guardião o direito de visita, que se estende aos avós (Art. 1.565 a 1.570; 1.583 a 1.590; 1.630 a 1.638, Código Civil); e
- c) As questões de políticas da saúde para a criança, para o adolescente, para a mulher e para o idoso (ECA e Estatuto do Idoso).

³⁰ Consoante Art. 1º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), idosa é a pessoa que conta com 60 (sessenta) anos completos ou mais.

3.5 PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR

É passado o tempo em que os menores eram vistos como sujeitos em posições subalternas no seio do núcleo familiar e da sociedade, por serem pessoas em processo de formação de suas personalidades e, portanto, pessoas que mereciam menos atenção, por essa incompletude da maturidade, embora a Carta da ONU, já em 1948, apregoasse e clamasse (Art. XXV, nº 2) que “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”. Nos dias atuais percebe-se a elevação de consciência com foco nessa constatação, de que as personalidades inacabadas exigem cuidados especiais. Se outrora eram sujeitos de direito, mas no cotidiano recebiam tratamento de pseudo-sujeitos, na nova sistemática seus direitos subjetivos são exercidos com prioridade em face de outros titulares.

Essa tomada de posição se dá em nível internacional, como se vê na Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1959. Esta aprovou, também, em 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança, que foi ratificada pelo Brasil no ano seguinte, ou seja, desde então passou a ter força de lei em território nacional.

A Constituição Federal, de 1988, já trazia o Art. 227, com a previsão desse critério protecionista, e mais, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), que veio regulamentar aquele dispositivo constitucional, foi salutar na efetivação de políticas de defesa e amparo dos menores.

A mudança de filosofia trazida pelo ECA, em relação à que impregnava a Lei anterior, que era o Código de Menores (Lei nº 6.697/79), é um espelho dos novos paradigmas postos nessa matéria: abandona-se a ideia de “menor infrator”, para adotar o conceito de “proteção integral à criança e ao adolescente, conforme anuncia o Art. 1º do ECA (VENOSA, 2009), em clara e coerente vocação com os tempos de mais refinado exercício *civiliter* do convívio social. Foram-se os tempos em que valia o provérbio popular “quem come do meu feijão reza do meu terço”, como era típico do patriarcalismo. Na família das igualdades, em que viceja a liberdade, a autoridade dos pais guarda sua utilidade e é essencial, mas que seja exercida nos limites da juridicidade, sob pena de ser considerada abusiva, daí o poder familiar ser um direito-dever que deve ser exercido nos estritos limites da legalidade, principalmente quando aplica o poder correcional, que ele seja contido e seja um exercício regular de direito.

Há uma consciência global de que os menores devem ser vistos sob o ângulo da hipossuficiência e da fragilidade. Vícios que deturpam a vida adulta, como a jogatina, a bebedice e a depravação sexual, para os menores os efeitos são potencializados em razão de suas personalidades inacabadas, de estarem em processo de formação a sua dimensão humana por excelência, podendo levá-los a graves desvios de caráter (LEONTIEV, 2004).

Referido princípio, orientador do ECA e demais legislações infraconstitucionais, tem o condão de ser o norte em todas as questões em que direitos juvenis sejam confrontados com direitos de outros titulares: na decisão de uma guarda, por exemplo, entre o interesse do filho e o interesse do guardião, deve prevalecer o daquele (GRISARD FILHO, 2006), assim como o direito do menor será o referencial maior na tutela, na adoção, nos alimentos e em todos os julgamentos que envolverem o poder familiar. Para Lôbo (2008, p. 53), “O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho”. O primeiro pertence ao patriarcado, o segundo à família das igualdades. Em geral, no conflito de interesses, ainda que todos sejam legítimos e morais, será eleita a possibilidade que mais valorizar e promover a condição do incapaz, sem, contudo, operá-lo como princípio absoluto, *modus* não consentâneo com a própria natureza do Direito. É dentro desse espírito de cautela que se concebe a expressão constitucional “absoluta prioridade”, contida no Art. 227.

As relações no âmbito da família, a exemplo do que deve ocorrer fora dele, devem ser horizontalizadas, pautadas pela igualdade, critérios, porém, que não descartam o poder correcional dos pais, ínsito em suas funções de pai e de mãe, como não elidem a exigência de que ao menor se conceda tratamento prioritário, como confirma Groeninga (2008, p. 30):

A necessidade primordial a ser considerada passou a ser a da criança, atendendo à finalidade básica da família e à diferença entre lugares e funções. [...] À visão da família como um sistema composto de individualidades, deve submeter-se a doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente e a consideração dos direitos da personalidade de todos os integrantes da família. [...] O conceito de função parental, a consideração das individualidades, ao invés da família como um bloco indissolúvel, a consideração dos direitos das mulheres e a evolução na visão do desenvolvimento da criança e sua consideração como um sujeito de direito, com necessidades específicas, trouxeram mudanças na visão do exercício das funções.

A autora ilustra, com riqueza, o crescimento do princípio como consequência direta da constatação da imprescindibilidade da família funcional. Esse princípio, em que pese não esteja expresso legalmente, o que, aliás, é saudável em se tratando de princípio jurídico, é

encontradiço, em estado tácito, por inúmeros dispositivos legais, mormente no ECA, do qual passa-se a transcrever o 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;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Elegeu-se essa norma dentre tantas, pelo poder de concentração do fundamento ora ventilado. Observa-se que essa norma de ordem pública³¹ espelha a amplitude desse princípio, incluindo a implementação de políticas públicas, ou seja, não atua apenas nos cenários em que há conflitos de interesses, mas, também, na definição e no estabelecimento das ações preventivas. Em David (1977, p. 43-4) há arrimo para essa mentalidade:

É perante o filho que as perspectivas mudam e que se deve necessariamente considerar uma organização sistemática. Isto porque a psicanálise mostrou, na função do pai, não a realização de um poder intangível, mas a sua importância na gênese da lei moral e da culpabilidade, cujos efeitos devastadores tanto têm que ver com os excessos do seu personagem como com a sua carência. Lacan, na sequência de Freud, soube dissociar o “pai simbólico” do pai real e mostrar o que os reúne no imaginário. A análise das relações do pai com a ordem simbólica abriu um horizonte novo para a compreensão das psicoses.

Além do aspecto sistemático, importante para a tratativa que se desenrola, confirma o aspecto protecionista da prole. Sobre este último aspecto, da proteção integral ao menor, David (1977, p. 44) arremata:

Por fim, o que se deveria denunciar é sobretudo o lugar privilegiado tomado pelo filho na vida familiar contemporânea. Nela, ele é o objeto eleito de uma

³¹ Norma de ordem pública, também chamada de imperativa, de indisponível, é aquela sobre a qual o particular não pode transigir (como ocorre nas normas facultativas), por envolver a predominância do interesse coletivo.

supervalorização e da convergência das impulsões libidinais inconscientes dum ou dos dois progenitores. Por esse facto, ele já não é apenas o garante da perenidade do grupo e da perpetuação da colectividade, como acontece em numerosas sociedades primitivas.

A prematuridade da criança torna-a durante muito tempo dependente dos cuidados maternos. O desejo, no sentido freudiano, apoia-se nessa relação de necessidade. A psicanálise designou essencialmente por interdição do incesto o facto de o filho dever ser “desmamado” da mãe para ser iniciado nos valores sociais do grupo humano a que pertence.

Para garantir a toada interdisciplinar, com dois propósitos é trazida essa lição da psicanálise: atestar a fisionomia complexa e sistêmica do núcleo familiar e mostrar a importância que o filho, nele imerso, ganha na estrutura familiar pós-moderna. Diniz (2007, p. 37) nomeia esse princípio de “princípio do superior interesse da criança e do adolescente”, enquanto outros o chamam de “princípio do melhor interesse da criança”. Aqui optou-se por chamar de princípio da prevalência do interesse do menor, considerando que essa garantia legal não alcança somente crianças, mas também adolescentes, e uns e outros cabem perfeitamente sob a coberta da chamada menoridade. No Brasil, a menoridade cessa aos dezoito anos (Art. 5º, Código Civil), enquanto o ECA traz em seu Art. 2º: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Dessa forma, usando essa nomenclatura sugerida abarcam-se a criança e o adolescente, além de não correr o risco, como ocorre em parte da doutrina jurídica, de se referir somente à criança, como se todos os menores o fossem.

3.6 PRINCÍPIO DA ESPECIAL PROTEÇÃO DO ESTADO

Quer-se chamar a atenção para o fato de o legislador constituinte inaugurar o Capítulo VII, do Título VIII, com o disposto no Art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Há um princípio de hermenêutica segundo o qual a lei não traz palavras desnecessárias (DINIZ, 2007), logo a expressão “especial proteção do Estado” não pode ser tomada como produto supérfluo, mormente o termo “especial”, enquanto atributo da proteção que o Poder Público deve oferecer. Para o leigo poderia ser mera semântica, como o poeta que acrescenta uma palavra para dar ritmo e sonoridade à sua criação, mas não é o caso.

Para o operador do Direito, o termo “especial”, enquanto atributo da proteção que o Estado deve propiciar à família brasileira, é algo que merece atenção. Quer-se acreditar que essa mensagem, em início de conversa, deva ser vista como premissa, norte, princípio mesmo, desse capítulo constitucional dedicado às questões da família. Quis dizer o legislador constitucional que intervirá, sim, no organismo familiar, que sua política é intervencionista, mas que a *longa manu* estatal intervirá sempre com o intuito de proteger, de amparar, de esclarecer, de promover, mas nunca, naturalmente, com vistas a mitigar as liberdades de seus filhos, a constrangê-los em seus recantos privados. Cogliolo *apud* Monteiro (2004, p. 1-2), salienta que “[...] efetivamente, onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral”.

Em continuação da mesma lição, cita a Encíclica de Pio XI, de 1930, na qual está firmado que “[...] a salvação do Estado e a prosperidade da vida temporal dos cidadãos não podem permanecer em segurança onde quer que vacile a base sobre a qual se apóiam e de onde procede a sociedade, isto é, a família”.

O legislador laborou nesse diapasão, de que a família é base e é matriz social, pelo que deveria receber “especial proteção”. O Estado apresenta-se a todo instante, na cotidianidade da vida, junto ao núcleo familiar, mas num gesto intervencionista de pura proteção. Daí os textos infraconstitucionais asseverando que as liberdades devem ser mantidas sempre, como demonstram, por exemplo, os Art. 1.513 e 1.565, § 2º, Código Civil:

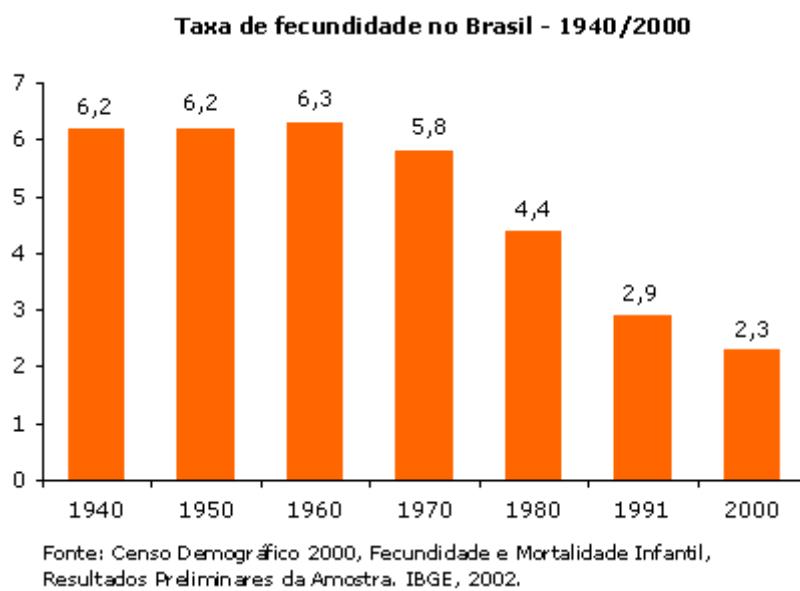
Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Art. 1.565. [...]

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Trazem-se esses dispositivos, pela face emblemática que ilustra a nova filosofia de família, principalmente dentro do aspecto protecionista. Destaca-se a garantia do livre planejamento familiar, livre naturalmente de coerção, mas não da intervenção do Estado, que deve ocorrer não feito a mão que impõe, mas como a que ampara e promove. Ou seja, controlar a natalidade, jamais. Informar e educar sobre a qualidade da natalidade e sobre a digna formação da prole, isso, sim, guarda coerência com o novo estado de família

constitucionalmente garantido. Não há outro caminho: com dignidade é que se promove dignidade. Eis o gráfico com a taxa de fertilidade da mulher brasileira, nos últimos sessenta anos do século passado:

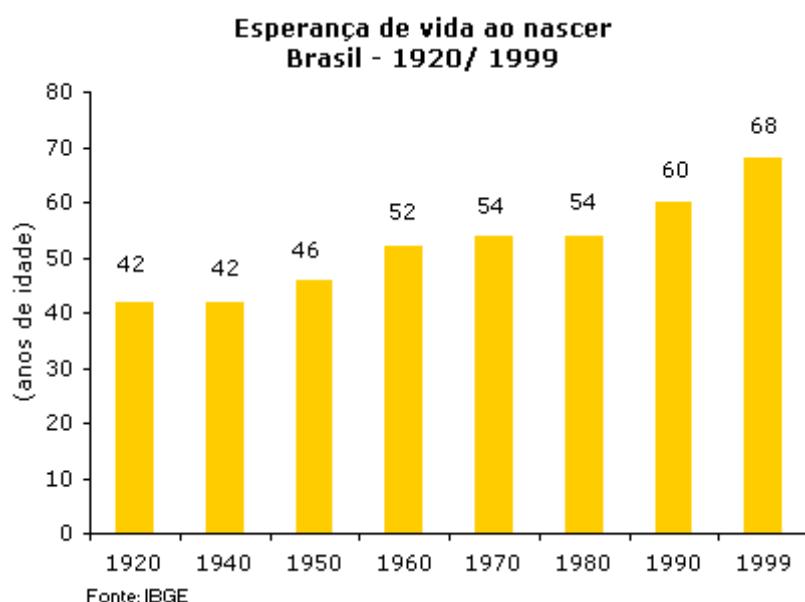


Desde a Segunda Grande Guerra até os anos 1970 vê-se que a taxa de fecundidade sofreu alterações pouco significativas, chegando a permanecer estável, com pequeno sinal de crescimento, entre os anos de 1940 e 1960. Em 1980 apresenta queda significativa, de 5,8 para 4,4 filhos por mulher, que representa queda de 25%, explicável pelo processo de urbanização que se dá nos anos 1970, momento que marca a virada brasileira, de sociedade rural para urbana. Também esse momento histórico coincide com a visível elevação do nível de escolaridade (TANDJIAN e MENDES, 2004).

Os sinais são ainda mais claros nos 20 anos que se seguem a 1980, que ocorrem num cenário ascendente de alfabetização e escolarização, como se vê em Tandjian e Mendes (2004), combinado com a democratização do Estado e com a promulgação da Constituição pertinente (MORAES, 2003). Nas duas últimas décadas daquele século, o nível de concepção cai de 4,4 para 2,3, que representa quase 50% de queda. Consoante censo atualizado do IBGE, publicado em 2011, o decênio que se seguiu acentuou, ainda mais, a curva decrescente da natalidade, que agora se põe no nível de 1,8 filho por mulher (ALMANAQUE ABRIL, 2012).

Urbanização e educação foram certamente fatores favoráveis à desaceleração da taxa de fecundidade, que é marca de países com maior Índice de Desenvolvimento Humano,

em oposição aos povos periféricos que lidam com altas taxas de natalidade (TANDJIAN e MENDES, 2004). Portanto, o Estado brasileiro anda bem quando recomenda a liberdade no planejamento familiar, além de fornecer informação e educação. Aproveita-se para destacar o espectro sistêmico do organismo social, mostrando que, seguindo a lógica, a expectativa de vida cresceu em curva acentuada no mesmo período, como demonstração de que fora aprimorada a qualidade de vida, conforme gráfico:



A vida com mais qualidade é a vida com mais dignidade, que é sinônimo de crescimento da longevidade. Destaca-se a última vintena do século, quando a expectativa de vida ao nascer sobe de 54 para 68 anos, o que significa um crescimento percentual superior a 20%. Numa atualização desse gráfico, pode-se acrescentar a recente notícia censitária, segundo a qual a expectativa de vida ascendeu para 70 anos, no caso dos homens, e 77 para a população feminina (ALMANAQUE ABRIL, 2012).

Ávila (2000) aborda a questão da educação formativa. É instrumento hábil à proteção especial do Estado, que, dessa forma, interage mais que interfere propriamente, à medida que cria meios para que as pessoas, por si mesmas, possam assumir o protagonismo de suas vidas, lembrando que essa ideia de autodeterminação é mui cara, essencial mesmo, ao desenvolvimento das comunidades e, portanto, ao Desenvolvimento Local. Lançou-se o fato emblemático do planejamento familiar à guisa de exemplo, mostrando que um fator social importante, relacionado diretamente com a qualidade de vida, teve evolução significativa,

sem que o Estado interferisse na vida privada, sem que o Estado tolhesse as liberdades típicas de um regime democrático de governo, constatando-se, ainda, que os fatores sociais, enquanto circunstâncias de um organismo sistêmico, evoluem de forma sistêmica.

Nisso reside a importância de o Poder Público investir nessa filosofia protecionista, em matéria de família, consoante o próprio texto da Constituição que completa o referido Capítulo, formando um mosaico protetivo, assim como o normamento infraconstitucional segue alinhado com essa filosofia norteadora da “especial proteção”, garantindo a igualdade dos filhos, independente da procedência da filiação (Art. 1.596, Código Civil), a igualdade dos cônjuges (por exemplos, Art. 1.511, 1.565, 1.566, 1.567, 1.631, Código Civil), enfim, o princípio da especial proteção do Estado é um princípio maior, que acamparia os demais, ou seja, ao lado do princípio constitucional da dignidade da pessoa (Art. 1º, III), e tal qual, desencadearia todos os demais: da igualdade dos cônjuges, da igualdade dos companheiros, da igualdade dos filhos, da pluralidade das famílias, da supremacia do interesse do menor, do direito de convivência etc. Uma lista aberta de princípios, tantos quantos bastem para promover a dignidade humana, no seio da família e no meio social. Esse rol deve ser aberto, como assevera pacificamente a doutrina ao tratar dos direitos da personalidade, nas lições de Gonçalves (2010), Silva Pereira (2004) e Diniz (2007).

Visto dessa forma, o princípio ora ventilado deveria ter sido tratado ao lado do princípio da dignidade da pessoa, entretanto o critério que desloca o presente texto para o fecho dos princípios, está no fato de que o princípio da especial proteção do Estado não é encontrado expressamente na doutrina, mas certamente restou demonstrado que se trata de um verdadeiro princípio, que é uma realidade constitucional e pode servir de alavanca e de ampliação de limites favoráveis nas matérias que encerrem os direitos de família.

3.7 FAMÍLIA DA PATRIARCALIDADE VERSUS FAMÍLIAS DAS IGUALDADES: A QUESTÃO DO PROTAGONISMO COMUNITÁRIO

Ao pé do eito com a empreita de demonstrar que a permanência do núcleo familiar é condição relevante para o Desenvolvimento Local, partindo da premissa de que a família, além de base, é base matricial, é raiz da grande árvore social, e, portanto, com viva relação de causa e efeito entre as relações cultivadas na primeira e as relações de poder em nível de

comunidades extra-casa, convém comentar as diferenças ontológicas entre a família do patriarcado e a família (ou famílias) das igualdades. Essa tarefa se faz, ainda, com uma importante baliza, de que a produção de capital social, ou de capital social comunitário, expressões trazidas por Durston (1999), é meio essencial para a promoção e a otimização do desenvolvimento em face da dignidade da pessoa humana.

É certo que o Brasil já fez a transição, operando as transformações às quais David (1977, p. 23) já antes fazia menção nestes termos:

As transformações são nítidas em três domínios: o estatuto da mulher, a função do pai e o lugar da criança. Ora estes três pontos estão justamente no centro das preocupações da psicanálise, tal como foi descoberta por Freud. Mas ele vivia no tempo de uma organização familiar muito conformista.

O patriarcado previa uma estrutura de desigualdades, de desequilíbrios jurídicos, hierarquizada em forma de pirâmide, na qual o chamado pai de família era mantido no cume da estrutura, praticamente como causa e efeito de sua existência. Abaixo, pela ordem, vinha a mulher, depois os filhos, mas, no tocante a estes, também estavam hierarquizados de acordo com o sexo (homem vale mais) e a origem da filiação (filho do matrimônio vale mais que os outros, sejam extramatrimoniais ou adotivos). David (1977, p. 32) faz oportuna ilustração desse veio histórico da família:

As relações da família com o poder e a propriedade fizeram correr muita tinta. Para os teóricos marxistas e revolucionários, a denúncia feita por Engels do “casamento monogâmico histórico” conserva toda a sua actualidade. A família histórica monogâmica é caracterizada pelo casamento de conveniência arranjado pelos pais, pelo heterismo em que os beneficiários são os homens e pela dependência total da mulher em relação ao marido. Para estes teóricos, não se trata de fazer desaparecer o casamento e a família como que de destruir a sociedade capitalista responsável por estes abusos.

Pocar e Ronfani, citados por Lôbo (2008, p. 53), tratam da mudança de paradigmas: “[...] em lugar da construção piramidal e hierárquica, na qual o menor ocupava a escala mais baixa, tem-se a imagem de círculo, em cujo centro foi colocado o filho, e cuja circunferência é desenhada pelas recíprocas relações com seus genitores, que giram em torno daquele centro”. Quer-se entender que é a figura do filho menor que aí aparece, o filho no sentido da prole que se encontra em fase de formação biológica e psíquica, que é a pessoa dependente do engenho doméstico para o desenvolvimento de sua dimensão humana. Para o

filho maior, em verdade, ainda importa a casa dos pais, mas com um sentido diferente, mesmo que emocionalmente importante, até pelo conteúdo de pertença, mas já não é mais com aquele teor de essencialidade, por haver cessado o período próprio de formação e transformação.

Em tempos anteriores à Constituição brasileira, mas afinado com os reclamos que se alinhavam na doutrina e na jurisprudência domésticas, David (1977, p. 93) era já de opinião que:

Colocar o pai no centro da célula familiar parece ser ir contra a evolução geral. O seu papel na família contemporânea parece efectivamente muito enfraquecido. Já não tem a função de direcção que lhe cabia quando as famílias formavam uma unidade de produção. Podemos verdadeiramente afirmar, contra Reich, que a família não é uma hierarquia dominada pelo pai. Não é o reflexo de uma estrutura económica opressiva baseada na dominação.

A família nuclear surgiu-nos como uma unidade fechada formada pelo casal e centrada no filho.

O Art. 227 da Constituição, retrocitado, traz os contornos desse simbólico círculo, determinando que “É dever da família [...] assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade” os direitos personalíssimos lá descritos, tais quais os direitos à vida, à saúde, à educação e ao convívio familiar. A expressão “absoluta prioridade” é a norma que posiciona o menor ao centro do círculo familiar.

Nessa ilustração metafórica, patriarcalismo é pirâmide, enquanto a família das igualdades é círculo: os filhos recebem atenção preferencial de pai e mãe que, em posição de igualdade, desempenham suas funções, lembrando a lição de Groeninga (2008), segundo a qual os filhos também possuem função específica nesse quadro microssistêmico.

Uma das marcas do patriarcalismo era ter o casamento regido pelo princípio da indissolubilidade, ainda que a indissolubilidade do vínculo não seja elementar ao patriarcalismo. Quer-se dizer que é possível a família ser patriarcal e dissolúvel ao mesmo tempo. Curiosamente o patriarcado brasileiro convivia com a indissolubilidade do vínculo conjugal, influenciado pela ideia de a família ser fundamental na organização social, e essa visão era alimentada por uma sociedade dita conservadora, com forte influência da religião ou da moral da religião (VENOSA, 2009).

Ainda naquele estágio, o Brasil recebeu, a muito custo, a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que trouxe o divórcio. Tantas foram as resistências (embora o Estado fosse laico desde a República), que se utilizou de um estratagema para facilitar a

implementação do instituto: era a exigência de separação como preparação para o divórcio, com a possibilidade de reconciliação dos sócios conjugais nesse interregno de tempo em que se mantinham apenas desquitados (separados judicialmente), conforme lembra Gonçalves (2010).

Percebe-se que havia uma consciência social da importância da família, em que pese não houvesse o arcabouço legal constitucional nos moldes vigentes. Curiosamente, logo depois que o matrimônio ganha dissolubilidade, vem o legislador constituinte, atendendo aos reclamos sociais, inaugurar uma nova filosofia de família (TEPEDINO, 1997), ou seja, a entidade patriarcal, que era pobre em funcionalidade, não podia romper, em homenagem ao seu papel social, enquanto a nova família, essencialmente voltada para a funcionalidade, é dissolúvel. Entretanto, é tão possível a equação patriarcalismo/indissolubilidade, quanto famílias das igualdades/dissolubilidade. Aliás, esta proposta de família dissolúvel é coerente com o ideal de liberdade que vigora no modelo novo, de forma que a um só tempo busca-se operar com a entidade familiar funcional, hábil a produzir função social, e com a possibilidade do divórcio, coerente com as liberdades que ali vicejam. Importa, entretanto, ver o rompimento, nesse contexto, como exceção à regra da manutenção do núcleo familiar. Repita-se: a regra deve ser a permanência do núcleo familiar; a exceção, a dissolubilidade.

Compete analisar, também, o porquê de essa família constitucionalizada ser hábil a produzir função social. Distante da estrutura patriarcalista, a família atual, por sua natureza mesma, de igualdades e de liberdades, propicia, em suas relações, o crescimento de seus indivíduos, que nesse microterritório desenvolve valores imateriais, como adverte Groeninga (2008, p. 27), tais como “pensamento, capacidade de simbolização, crítica, julgamento e criatividade, entre outras”, acrescentando que “a família tem como finalidade propiciar o desenvolvimento, no ser humano, de sua capacidade de pensamento, em sintonia com os sentimentos”.

Pode-se afirmar, amparado em Osorio (1996), que sem o desenvolvimento dessas habilidades e dessas competências, não há empoderamento pessoal e sem este não há protagonismo nesse grupo celular, nem, tampouco, nas instâncias ultra-família, nas comunidades fora dela, pois, como visto, há imbricada relação de causa e efeito entre os valores que se desenvolvem no ciclo primário da casa e as relações de poder travadas fora dela.

Sem protagonismo, que é a capacidade de se autodeterminar e de assumir posições favoráveis nas negociações sociais, nas relações de poder da cotidianidade, fica prejudicada a comunidade em seus múltiplos aspectos, inclusive no que toca à sua emancipação e ao seu desenvolvimento social (ÁVILA, 2005).

Dessa forma, não importa, como se viu, o modelo adotado pelos pais na constituição do núcleo familiar, se o matrimonial (marcado pela formalidade e pela solenidade), se a alternativa da união estável (que é informal), ou mesmo na solidão da monoparentalidade. Importa que os princípios jurídicos vigentes sejam os esteios dessas casas, e que a mão do Estado esteja presente com a especial proteção (retro-citada).

4. A FAMÍLIA ROMPIDA, A RETERRITORIALIZAÇÃO E O DESEMPODERAMENTO

Serão tratadas das possibilidades de rompimentos e dos possíveis prejuízos numa reconquista do espaço que, em tese, estaria prejudicada com o desempoderamento que o núcleo rompido acarretaria, em maior ou menor grau, de alguma forma, às pessoas envolvidas nesse fenômeno. Primeiro fala-se das possibilidades fáticas de desfazimento dos núcleos, para em seguida observar a questão da conquista dos valores imateriais, tão importante para a discussão do desenvolvimento em comunidades.

4.1 ROMPIMENTOS EM ESPÉCIE: POSSIBILIDADES

Como visto, convencionou-se, aqui, chamar de rompimento o fim da família constituída, enquanto a doutrina tem preferido o termo dissolução, a exemplo de Gonçalves (2010), Lisboa (2009) e Diniz (2007). Ocorre que a dissolução do casamento é o divórcio, mas à da união estável dá-se apenas o nome de desfazimento. Logo, para facilitar o discurso, convencionou-se o termo rompimento, para abranger ambos os institutos. Ademais, o núcleo familiar pode ser desfeito, ainda, pela separação.

A separação é o fenômeno que põe fim à sociedade conjugal, sem extinguir o vínculo conjugal, de modo que a pessoa separada está impedida de convolar novas núpcias, afinal, permanece casada enquanto não sobrevier o divórcio ou a morte do outro cônjuge. Dentre as várias espécies de separação do matrimônio, como será visto à frente, não se pode esquecer que a união estável também está sujeita à separação. Nesta, porém, a separação, a um só tempo, põe fim à sociedade e à união estável. Para fins do presente estudo não importa se o caso é de separação ou de divórcio, se é caso de separação no casamento ou na união estável. O presente estudo põe em foco a questão do desfazimento da família, daí o entendimento de que o termo rompimento serve para todas essas possibilidades em que a

entidade familiar, matrimonializada ou informal, se desfaz, seja pela separação, seja pelo divórcio. Entretanto, nos tópicos seguintes são tratados, em breves linhas, desses diversos fenômenos jurídicos, para que o consulente enriqueça sua reflexão com esses dados, favorecendo o desfecho do tema.

4.1.1 Sociedade conjugal: definição, objeto e efeitos

A sociedade conjugal compreende o conjunto de direitos e deveres dos cônjuges (GONÇALVES, 2010) e constitui o próprio conteúdo do casamento. Ou seja, este contém aquela. Na linguagem matemática dos conjuntos, o casamento é um conjunto maior, que contém a sociedade. Num passo inicial, importa distinguir com clareza que casamento e sociedade conjugal são institutos distintos, de forma que é possível desfazer a sociedade, sem que isso desfaça o vínculo conjugal. Por outro lado, todo fenômeno que extinga o casamento, necessariamente levará ao fim da sociedade.

Dito, inicialmente, que a sociedade é o conjunto de direitos e deveres dos cônjuges, convém explicitá-los, esquematicamente (os dispositivos indicados são todos do Código Civil), ou seja, indicar quais são esses direitos e deveres, que podem, ainda, ser chamados de efeitos do casamento:

1. Pessoais:

1.1 Pessoais entre os cônjuges:

1.1.1 Fidelidade mútua (Art. 1.566, I);

1.1.2 Coabitação (Art. 1.566, II);

1.1.3 Mútua assistência (Art. 1.566, III);

1.1.4 Respeito e consideração mútuos (Art. 1.566, V).

1.2 Pessoais quanto à igualdade dos cônjuges:

1.2.1 Direção da sociedade (Art. 1.567 e 1.570);

1.2.2 Representação da família (Art. 1.634, V e 1.690);

1.2.3 Fixação do domicílio (Art. 1.567 e 1.569);

1.2.4 Colaboração nos encargos (Art. 1.565, 1.567 e 1.568);

1.2.5 Direção moral e material (Art. 1.568);

1.2.6 Apelidos do consorte (Art. 1.565, § 1º);

1.2.7 Planejamento familiar (Art. 1.513 e 1.565, § 2º);

1.3 Pessoais quanto aos filhos:

1.3.1 Sustento, guarda e educação (Art. 1.566, IV);

1.3.2 Poder familiar (Art. 1.631 e 1.690);

1.3.3 Usufruto dos bens dos filhos menores (Art. 1.689);

2. Patrimoniais:

2.1 Vigora o regime de bens (Art. 1.653, parte final);

2.2 Possui vocação hereditária em relação ao consorte³² (Art. 1.830).

Esses mesmos efeitos do casamento e, portanto, da sociedade conjugal, repercutem, também, todos eles, na união estável, que contém sua sociedade própria, a sociedade em união estável. O que ocorre é que alguns desses efeitos não percutem com a mesma intensidade, ou da mesma forma, mas lá estarão todos eles. Assim, é certo que o companheiro tem menos direitos sucessórios que o cônjuge, mas os tem (é a chamada vocação hereditária).

Com o fim da sociedade, pela separação, a regra é a cessação desses direitos e deveres. Por exemplo, separados, desaparecem os deveres/direitos recíprocos, previstos no Art. 1.566, do Código Civil: fidelidade, coabitação, além de respeito e consideração. A fidelidade e a coabitação, por óbvio deixam de existir, pois são pressupostos naturais do núcleo familiar constituído, no qual a fidelidade é fruto da estrutura monogâmica e a coabitação decorrente da prestação sexual e de outros deveres que implicam em convivência. O respeito e a consideração deixam de ser exigidos mutuamente, no nível que a reverência devida entre esposos recomenda, permanecendo apenas o respeito ordinário da civilidade, que é exercitado entre todos os seres humanos.

Desaparece, também, a mútua assistência, ao menos com a amplitude que opera durante a sociedade, que é o alcance integral, como recomenda Lôbo (2008): material, moral, psicológico. Desse direito/dever subsiste apenas, eventualmente, o plano material, que são os alimentos (Art. 1.694 e seguintes, Código Civil).

Ante ao exposto, recomenda-se cuidado com o Art. 1.576, do Código Civil: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de

³² Vocação hereditária é a aptidão para se tornar herdeiro, é a legitimidade jurídica para recolher herança.

bens”, por conta do que, interpretando por exclusão, Gonçalves (2010, p. 192) arremata: “Permanecem, porém, os outros três deveres impostos pelo Art. 1.566 do Código Civil: mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos”.

Vê-se, do exposto, que essa interpretação por exclusão não parece oferecer um resultado razoavelmente preciso, pois os deveres/direitos de assistência, tal como o de respeito e consideração, que ultrapassam o fim da sociedade conjugal, não têm a mesma envergadura, de modo algum, desses deveres/direitos na vigência do leito nupcial.³³

Cessam, ainda, o regime de bens e a vocação hereditária, o planejamento familiar, o uso do sobrenome do outro (como regra), enfim, a regra é a extinção, simultaneamente, da sociedade e dessa ampla gama de direitos e deveres.

Em suma, a extinção da sociedade conjugal ou em união estável põe fim àquele conjunto de direitos e deveres, exceto a mútua assistência (no nível material), o poder familiar (atribuições relativas ao filhos) e, excepcionalmente, o direito a manter o sobrenome do outro.

Para que a ideia não fique incompleta, é necessário trazer mais uma exceção: em se tratando de separação de fato, aquela irregular ou inoficiosa, embora cessem os efeitos do regime de bens, permanece viva a vocação hereditária ainda por um lapso de tempo (Art. 1.830, do Código Civil). Eis, portanto, o objeto da sociedade conjugal, essa ampla gama de direitos e deveres que perduram enquanto durar a sociedade, obrigando os cônjuges (ou companheiros) entre si, em relação aos filhos e ao patrimônio.

4.1.2 Estado laico: rompimento da sociedade e do vínculo conjugal

O Estado laico, que no Brasil se instalou com a República (15 de novembro de 1889), ao fazer-se assim, de acordo com os ideais republicanos, sem culto oficial, separado das coisas da fé, possibilitou a temporalidade do casamento: esta a porta para o divórcio. Ou seja, é essa condição secular (sem religião) do poder republicano (COTRIM, 2001), consagrada no Art. 72, § 3º e § 4º da Constituição Federal de 1891, que tornou dissolúvel o casamento, rechaçando o princípio da indissolubilidade do vínculo.

³³ Fala-se, aqui, em *deveres/direitos* posto que, se um dever é recíproco, significando de ambos os cônjuges entre si, a ele corresponde um direito recíproco. Por exemplo: se “A” tem o dever de assistência, “B” tem o direito de assistência. “B” por sua vez, também tem o dever de assistência, que corresponderá ao direito de assistência de “A”. Logo, ao invés de dizer deveres de ambos os cônjuges, diz-se dever/direito ou direito/dever dos cônjuges. O mesmo vale para os companheiros na união estável.

O poder eclesiástico e a cultura religiosa do povo brasileiro falam mais alto, de forma que mesmo diante dessa nova realidade, as Constituições que se seguiram trouxeram a cláusula de indissolubilidade, como se vê desse trecho historiado em Porto (2011, p. 39-0):

Curiosamente a dissolubilidade passa a ser vedada expressamente nas Constituições que se seguiram (de 1934, Art. 144; de 1937, Art. 124; de 1946, Art. 163; de 1967, Art. 167; de 1969, Art. 175), contrariando as liberdades republicanas, fato que mostra a mão invisível da Igreja influenciando o poder político. Todavia, a forma de governo adotada, aliada ao Estado secular, não descartava, naturalmente, essa possibilidade potencial da dissolubilidade do casamento. A Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, veio concretizar essa possibilidade, ao alterar o § 1º do Art. 175 da Constituição de 1969, que trocou o viés da indissolubilidade pelo divórcio, exigindo, todavia, separação judicial prévia por mais de três anos. Essa Emenda levaria à promulgação da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que ficou conhecida como lei divorcista, consagrando uma nova realidade que atendia a boa parte da sociedade, que se modificara substancialmente na segunda metade do Século XX (COTRIM, 2001): desde então não somente a morte romperia o conúbio válido, mas também esse artifício humano denominado divórcio.

Um dos instrumentos dos divorcistas, como narra Gonçalves (2010), para vencer a resistência moral e religiosa, foi apresentá-lo como instituto que era precedido de outro, a separação judicial, que rompia unicamente a sociedade, sem desfazer imediatamente o vínculo matrimonial e possibilitando a reconciliação, ao menos enquanto o divórcio não se consumasse.

O Código Civil de 2002 perfilhou essas mesmas ideias, com pequenas nuances trazidas pela Constituição Federal vigente (de 05 de outubro de 1988), que, aliás, acaba de ser novamente emendada nesse assunto, desta feita pela Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que alterou o Art. 226, § 6º, nestes termos:

Art. 226, § 6º (antes da Emenda nº 66): 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.

Art. 226, § 6º (novo texto): O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Como acima explicado, a razão da separação, como medida preparatória para o divórcio, era só um artifício para vencer aquela parcela antidiivorcista da sociedade, de modo que agora, já aculturados com o divórcio, sabia-se não haver mais razão para esse pedágio burocrático, e sua queda, portanto, era fato anunciado. Esse mesmo Estado, sem credo,

reconheceu certos fenômenos sociais, os concubinatos puros, que eram uniões informais entre pessoas desimpedidas para o matrimônio, como dignos de serem elevados a entidades familiares (Art. 226, § 3º da Constituição), chamando-os, desde então, de união estável (LISBOA, 2009). Naturalmente, se é dissolúvel o casamento e é possível reconhecer as tais uniões informais como entidades familiares, tão logo se admite, também, a dissolução das mesmas.

4.1.3 Espécies de separação e Emenda Constitucional nº 66/2010

As espécies de separação ora tratadas dizem respeito ao casamento e são tratadas como fenômenos ínsitos na ideia de divórcio, de modo que não se trata do rompimento da união estável, em que a simples separação põe fim à entidade familiar.

A separação, que põe fim à sociedade conjugal, pode ser de fato ou de direito. Gonçalves (2010) noticia que separação é um termo que a chamada lei divorcista introduziu no direito brasileiro, que até então se utilizava da palavra desquite, modo genuinamente nacional de se fazer alusão ao fim da sociedade conjugal. Essa troca de um termo local por um emprestado do direito europeu levou Rodrigues (2004) a lamentar.

Dito em tópico passado, a chamada separação de fato é aquela que os cônjuges levam a efeito sem o conhecimento do Estado. Na crise da sociedade um ou ambos resolvem romper, fazendo-o com tal imediatidate, que não há interesse em fazê-lo de forma regular, perante o aparelho de Estado, deixando a formalização para ocasião que lhes pareça oportuna.

O grande demérito desse distrato está na falta de segurança jurídica. Como cessa apenas de fato a sociedade, essa informalidade gera uma dúvida perniciosa acerca dos direitos e obrigações que surgem no pós-rompimento.

À guisa de exemplo, imagine-se que um ou ambos passem a novos relacionamentos (ocorre frequentemente), o que faz aflorar aqueles ressentimentos bastante específicos da paixão desiludida. O mais dolorido vai logo exigir fidelidade, pois, afinal, ainda estão casados. Ocorre que o dever de fidelidade cessou com a separação. Outros problemas são inevitáveis, como a confusão patrimonial que resulta de nova sociedade que se estabelece, por um ou por ambos, sem que tenham feito a partilha do patrimônio da sociedade extinta, expondo ao risco os direitos patrimoniais dos próprios cônjuges, dos novos sócios e da prole. Poder-se-ia estranhar essa possibilidade de se estabelecer novo relacionamento se

ainda estão casados. Ocorre que é perfeitamente factível a formação de nova família no modelo de união estável (Art. 1.723, § 1º, Código Civil), pois embora os impedimentos matrimoniais (Art. 1.521, Código Civil) sejam aplicáveis à referida união, o casamento anterior (Art. 1.521, VI, Código Civil) não configura, desde que estejam separados, aos menos, de fato. Assim, uma vez separados, os cônjuges podem estabelecer nova sociedade, como se vê, além de poderem formar concubinato (Art. 1.727), que não configura entidade familiar, mas traria, de qualquer jeito, em tese, prejuízo aos envolvidos, em especial às proles.

A separação de direito, por sua vez, é aquela levada a efeito pelos cônjuges, de forma regular, ou seja, cumprindo as normas legalmente impostas para esse distrato, que equivale a dizer: trata-se de dissolução da sociedade que ocorre sob as vistas do Estado, pelo que oferece a necessária segurança jurídica, com averbação do ato de distrato em cartório, para conhecimento *erga omnes*³⁴.

Quanto à via, essa separação será administrativa ou judicial. A modalidade administrativa ou extrajudicial foi introduzida somente pela Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2008, que gerou o Art. 1.124A, do Código de Processo Civil. Desse dispositivo depreendem-se os seguintes requisitos, em se tratando de separação fora do Judiciário:

- a) Consenso;
- b) Filhos maiores e capazes ou ausência de prole;
- c) Consenso quanto à partilha patrimonial, ao uso do nome e aos alimentos;
- d) Representação por advogado;
- e) Observação de prazo legal (+ de 1 ano de casados); e
- f) Por escritura pública.

Em suma, a separação consensual pode ser feita em cartório, sem participação de juiz nem de Ministério Público, desde que haja amplo consenso (questões de nome, dos alimentos e do patrimônio), não haja prole menor, e a escritura pública seja lavrada em companhia de advogado, por aqueles que estiveram casados por um ano, no mínimo.

Aqui deve entrar oportuna observação: se a Emenda Constitucional nº 66/2010 criou o divórcio direto (sem a separação como pressuposto), para o qual não há prazo, permitindo a quaisquer pessoas casadas que dele se utilizem, com maior razão há que se entender que foi revogada a norma acima no que toca ao prazo. É isso. Se essa espécie de

³⁴ *Erga omnes* é qualidade do ato que é público, feito perante todos e exigível de todos.

separação ainda existe na sistemática brasileira (à frente voltar-se-á nisso), o tempo mínimo de casado, que a doutrina chamava período de provação (RODRIGUES, 2004), desapareceu.

Quanto à separação judicial, esta pode ser consensual ou litigiosa, classificação, portanto, quanto à vontade dos cônjuges, ensina Diniz (2007).

Para a modalidade amigável (Art. 1574, do Código Civil, combinado com Art. 1.120 e seguintes, do Código de Processo Civil e Art. 34 e seguintes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977) vigoram os mesmo requisitos da separação administrativa (em cartório), ampliando a necessidade do consenso quanto à guarda e aos alimentos dos filhos, já que nessa modalidade, vigiada pelo Juízo, é tratado da prole menor.

A presença de advogado, nesse caso, nem é requisito propriamente, pois decorre da instância judicial, que, por si mesma, exige o *jus postulandi*³⁵. O juiz confere o pedido e, feita a fiscalização pelo Ministério Público, homologa.

A separação judicial litigiosa, por sua vez, pode apresentar várias nuances, conforme regras encontradiças na lei (Art. 1.572, do Código Civil, e Art. 34 e seguintes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977), classificando-se pelo critério da causa da separação. A doutrina (GONÇALVES, 2010) distingue as várias possibilidades com esses nomes: separação-sanção, separação-falência e separação-remédio.

Diz-se que há separação-sanção quando um dos cônjuges tem a iniciativa de demandar pelo fim da sociedade com base na culpa (GONÇALVES, 2010). Essa denominação advém da sanção que a lei impõe ao cônjuge considerado culpado.

A culpabilidade consiste na prática de “qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento”, estabelece o texto do Art. 1.572, do Código Civil, enquanto o Art. 1.573, do Código Civil, traz um rol exemplificativo das hipóteses que configurariam grave violação dos deveres conjugais: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo, condenação por crime infamante e conduta desonrosa.

Sabe-se que essa lista não é exaustiva, pelo teor da regra contida no parágrafo único, que normatiza “[...] o juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”. Assim, além daquelas hipóteses enumeradas, outras que

³⁵ *Jus postulandi* é o direito de postular em juízo, que é uma prerrogativa do advogado, conforme previsão estatutária.

eventualmente tenham a natureza de ferir gravemente o decoro do outro esposo, embora aquela última possibilidade enumerada, conduta desonrosa, fosse já capaz de abarcar os demais desvios de conduta.

Por falar nesse parágrafo, não basta a conduta violadora em si, objetivamente posta, mas a teor do próprio Art. 1.572, do Código Civil, o cônjuge que mostre interesse pelo rompimento deve demonstrar, além da conduta violadora, a insuportabilidade da vida em comum. Portanto, além do quesito objetivo, esse subjetivo, que, naturalmente, varia de pessoa para pessoa, de acordo com sua identidade moral, aquela resultante de sua criação, seus costumes, sua cultura formal e, até, de sua espiritualidade.

Gonçalves (2010) lembra que é a única modalidade de separação que admite reconvenção, isto é, a possibilidade de, na posição de réu, arvorar-se em autor, transformando sua defesa em demanda, no sentido de, a um só tempo, rebater as alegações e demonstrar que a culpa é do outro. Ambos podem ser considerados culpados, caso em que a sanção será bilateral.

Por outro lado, convém registrar que de longe a doutrina nacional rechaça a discussão de culpa no rompimento da sociedade conjugal, a exemplo de Lôbo (2008) e Gonçalves (2010) e Venosa (2009), para os quais não tem pertinência essa discussão. O primeiro fala do descabimento de o Estado imiscuir-se na vida privada e íntima dos cônjuges e da própria entidade familiar, invocando a inviolabilidade constitucional.

Realmente, quando o Estado atua com um regramento que permite a um cônjuge demonstrar a fraqueza do outro, é inevitável que leve a família ao constrangimento, por meio de uma ingerência estatal sem coerência sistêmica com a proteção que proclama para essa instituição social primária, como a que consta, *verbo gratia*, do Art. 1.513: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, há uma insinuação de que está suprimida a discussão de culpa, uma vez que está aberta a porta para o divórcio direto, como regra, o que inviabilizaria, pela lógica, ao menos em certa medida, parte dessa discussão. Essa ideia certamente merecerá um afresco em linhas posteriores. Resta ainda analisar qual seria a sanção aplicável ao cônjuge julgado culpado. Há uma dupla sanção, que merece boa atenção: perda do direito ao sobrenome (Art. 1.578, do Código Civil) e do direito aos alimentos (Art. 1.694, § 2º e Art. 1.704, do Código Civil).

Chama-se a atenção para o alcance dessa sanção dupla, que à primeira vista transparece como sanção civil com efetivo peso moral a recair sobre a personalidade do cônjuge culpado. Ocorre que essa sanção é de tal forma obtemperada pela própria norma que a estabelece, que para logo desaparece a certeza da punição. No Art. 1.578, do Código Civil, após declarar o castigo da perda do direito ao sobrenome, o legislador impõe um requisito e abre várias exceções: o requisito é que o cônjuge inocente requeira expressamente a aplicação dessa sanção. As exceções: que não acarretem evidente prejuízo para sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida, dano grave reconhecido na decisão judicial.

Vê-se que, embora tenha um cônjuge culpado, somente sofrerá a sanção se tal não lhe acarretar prejuízo. Observa-se que praticamente não se efetiva a sanção, ou seja, na melhor das hipóteses, dificilmente haverá essa reprimenda. A outra parte da sanção, consta do Art. 1.704, do Código Civil, é a perda do direito a alimentos. Acontece que o parágrafo único do citado dispositivo abre condição surpreendente: “Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”.

Também aqui se percebe o desvirtuamento da reprimenda. Entende-se perfeitamente que, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo culpado, poderá, sim, em precisando, receber alimentos do ex-cônjuge inocente, ainda que os tais alimentos sejam os mínimos para a subsistência, chamados alimentos naturais ou necessários (CAHALI, 2005). Destarte, parece razoável alegar que, em que pese a manutenção da discussão de culpa (ao menos é o juízo cautelar que se faz no primeiro instante da Emenda Constitucional nº 66), o próprio sistema sopesa de tal maneira a sanção, com tantas ponderações, que resulta visível a tendência de se afastar a análise da culpabilidade na dissolução da sociedade conjugal.

Não seria exagerado, portanto, recomendar aos juízes que desprezassem a questão da culpabilidade, mesmo pelo que tem sinalizado o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que se estiver evidente a insuportabilidade da vida em comum, “[...] o mais

conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes”.³⁶

Nessa sequência, das modalidades de separação judicial litigiosa, a separação-falência está prevista no Art. 1.572, § 1º, do Código Civil, e Art. 34 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, assim chamada quando regulariza rompimento de fato que dura por mais de ano, com impossível reconciliação (GONÇALVES, 2010).

No § 2º do Art. 1.572, do Código Civil, tem-se a última espécie litigiosa, a separação-remédio, que também aproveita os regramentos procedimentais da lei divorcista (Art. 34 e seguintes).

Essa modalidade tem por requisitos doença mental grave, manifesta pós-casamento, que já dure mais de dois anos, seja de cura improvável e tenha tornado insuportável a vida conjugal, como se depreende do próprio texto legal.

A doutrina não costuma lembrar, mas naturalmente só se classifica como separação-remédio se é demandada pelo cônjuge saudável e com pedido motivado pela doença mental grave. Do contrário, ainda que um dos cônjuges padeça da doença que autorize essa modalidade, será outra a regra aplicável, se outra causa é invocada ou, até mesmo, nenhuma causa, preferindo o caminho consensual.

Nessa última versão, bem à moda das sanções ao cônjuge culpado (sanções parentes), também há reprimenda de natureza civil para o cônjuge que pleiteia o rompimento com o enfermo: revertem ao cônjuge enfermo “os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal”, preconiza o § 3º do Art. 1.572, do Código Civil.

Está claro que no presente caso a sanção não decorre de culpabilidade, mas do fato de o cônjuge desejar romper com um trato que deveria ser mantido, inclusive, nas situações adversas da vida. Ainda que, a bem da verdade, a medida contida nessa norma tem mais o condão de proteger o enfermo que sancionar propriamente o demandante.

Na lição de Rodrigues (2004, p. 231), tem-se que “[...] isso é o que ocorrerá sempre, independente da regra em comentário, que no caso é inócuo”, completando que “embora a redação do dispositivo se apresente ampla, na realidade ela é simples, pois só se

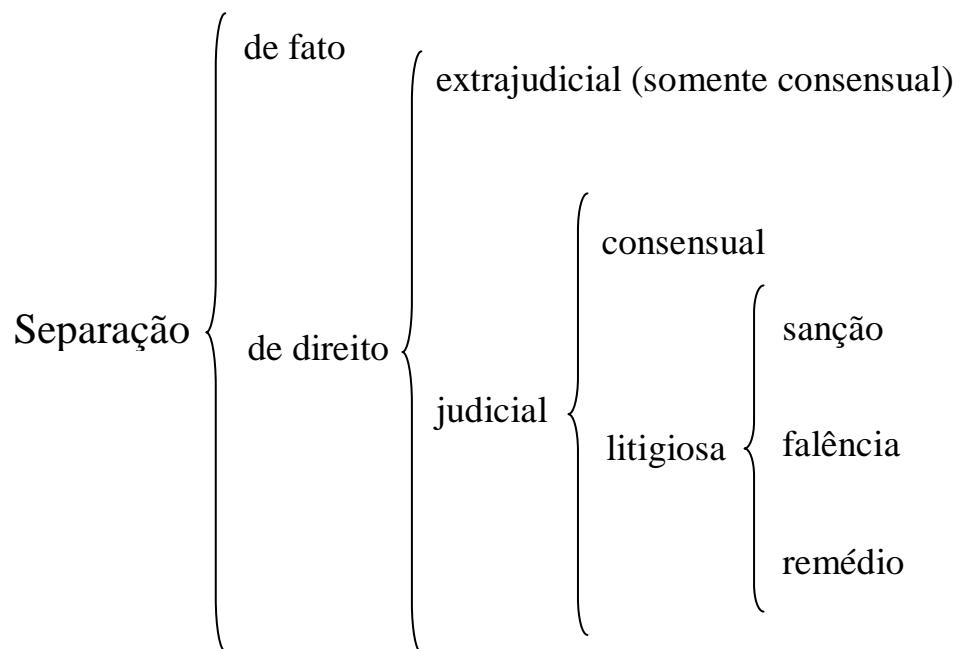
³⁶ REsp 467.184-SP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJU, 17-2-2003.

aplica ao regime de comunhão universal de bens". Como fecho dessa ideia, ilustra o *modus operandi* da norma:

Em ocorrendo pedido de separação judicial, com incidência dessa reserva da lei, e se o regime de bens for o da comunhão universal, o cônjuge que não formulou o pedido terá direito ao remanescente dos bens que levou para o casamento. Tais bens serão apartados do patrimônio comum, que só então será dividido, metade por metade, entre os separandos.

Se o demandante tinha fortuna considerável, por ocasião do enlace, e, ainda, o regime for o de comunhão universal, somente aí haveria prejuízo ao cônjuge saudável e, possivelmente, a norma atuaria como instrumento desencorajador do rompimento e, simultaneamente, instrumento de proteção do enfermo, que ficaria mais aparelhado economicamente para o trato de sua doença.

Dessarte, no que toca à dissolução da sociedade conjugal, pode-se, em suma, apresentar o seguinte quadro elucidativo:



A questão tem natureza dupla: se ainda há separação com discussão de culpa, e, ainda mais inquietante, se ainda existe a separação, num regime constitucional que passa a adotar o divórcio direto, com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010. Pela primeira parte da questão, a doutrina de Dias (2010), Hironaka (2010), Lôbo (2008) e Venosa (2011) vem se manifestando no sentido de que a referida Emenda teria o condão de extinguir a

discussão de culpa. A segunda parte do questionamento, se ainda existe o instituto da separação, também há divergências, mas parece assistir maior razão aos que vêm incompatibilidade entre a renovada norma constitucional e as previsões infraconstitucionais da separação (PORTO, 2011). Cita-se oportuna lição de Venosa (2011, p. 1.624), em “Código Civil Interpretado”, que se manifesta sobre os dois pontos:

Há que se entender que após a mudança do texto constitucional que apenas admite o divórcio, todas as menções da lei à separação judicial deixam de ser aplicadas. A intenção da EC nº 66/2010 foi manter apenas o divórcio para o desfazimento voluntário do casamento, suprimindo assim a separação judicial do sistema e todas as referências à culpa.

Ao se referir ao desaparecimento da separação judicial, Venosa assim o fez em razão de estar tecendo comentários ao Art. 1.572, que se refere à tal modalidade, entretanto, sua lição aplica-se à separação de direito, que engloba a judicial e a administrativa (feita em cartório). Poder-se-ia questionar o porquê de trazer à baila a análise da dissolução da sociedade conjugal, pela separação, se, em tese, para muitos, o instituto não mais existe. Ocorre que:

- a) Essa parte do trabalho acrescenta forças ao conselente, rumo ao centro do debate, que é a manutenção dos núcleos familiares *versus* efeitos do rompimento;
- b) Há divergências sobre o fim da separação; e
- c) Atualmente há inúmeras pessoas que se encontram nesse estado civil familiar.

4.1.4 Divórcios em espécie, à luz da Emenda Constitucional nº 66/2010

Já se sabe que o conúbio válido só se rompe pela morte e pelo divórcio e que vínculo conjugal, sinônimo de casamento, não se confunde com sociedade conjugal, ideia menos ampla, de forma que, mesmo diante da Emenda Constitucional que consagrou a regra do divórcio direto (Emenda nº 66/2010), é possível que se rompa com a sociedade, sem extinguir o casamento.

A morte que extermina o matrimônio não é só a real, mas também a presumida, consoante § 1º do Art. 1.571, do Código Civil. A morte presumida é um instituto que tem por

fim resolver situações de pessoas desaparecidas de seu domicílio³⁷. Do mesmo dispositivo consta o divórcio, que, doravante, tem por regra a forma direta, sem o pedágio da separação judicial ou administrativa, e denomina-se divórcio direto, que era uma reivindicação doutrinária corrente, como se vê a exemplo de Dias (2001, p. 66):

É imperioso que se reconheça ser de todo inútil, desgastante e oneroso, não só para o casal, mas para o Poder Judiciário, impor uma duplicitade de procedimentos para simplesmente manter no âmbito jurídico – durante o breve período de um ano – uma união que não mais existe.

Essa nova possibilidade, do rompimento monofásico, atende, a um só tempo, aos princípios da dignidade da pessoa (por diminuir o *streptu fori* ou constrangimento das partes, esposos e filhos), da economia e da celeridade processual (pois o rito tem menos custos e é mais célere), além de concorrer para o desafogamento do Poder Judiciário (PORTO, 2011). Enfim, o espírito prático recomenda, pelo simples fato de substituir duas ações judiciais por uma só: sai a separação seguida de divórcio, para restar somente este último que, afinal de contas, é o instituto que rompe o vínculo conjugal.

A exceção é chamada de divórcio indireto ou conversão, que se dá precedido de uma separação. Essa classificação, portanto, seria com base no critério de haver ou não sucedido ao fenômeno da separação. Com o advento da Emenda, viu-se, em especial no tópico anterior, que o mais provável é o desaparecimento do instituto da separação, entretanto, há separações que estão mantidas, à guisa de exceção, como se concluiu em texto de artigo científico (PORTO, 2011, p. 47):

[...] permanecem, por exceção, duas modalidades: a separação de fato e a separação de corpos. A primeira, à prova de extinção. Pernicosa à segurança jurídica (NOGUEIRA DA GAMA, 2008), não há como impedir que as pessoas negligenciem com o rompimento da sociedade conjugal, fazendo-o ao arrepio das regulações cuidadosamente postas pelo Estado.

A separação de corpos (Art. 1.562 do Código Civil) é um instrumento de natureza acautelatória, que separa provisoriamente os consortes, autorizando liminarmente a saída do demandante ou determinando a saída do outro (NOGUEIRA DA GAMA, 2008), nos casos em que o convívio se torna insustentável (sob risco de lesão a direito), por ocasião das demandas

³⁷ Quando não se sabe o paradeiro de quem deixou o domicílio e não deixou procurador que o represente, declara-se judicialmente a morte, com vistas a resolver a questão patrimonial (herança) e outras situações jurídicas pendentes (obrigações, créditos, casamento). Pode-se dizer que a morte presumida é uma ficção jurídica para solução de um problema social.

previstas no referido dispositivo (anulação, nulidade, separação judicial, divórcio e dissolução de união estável). Esse dispositivo permanecerá de pé, portanto, exceto que deve ser derrogado quanto à expressão separação judicial.

Diante da hipótese remanescente da separação de fato, nem há que se falar em divórcio indireto, pois o divórcio indireto ou conversão pressupõe uma separação de direito. Logo, deduz-se que desapareceu a possibilidade de se falar em divórcio indireto ou conversão, pois a hipótese em que os esposos sofreram separação de corpos é uma separação de direito que não atua como pressuposto para o divórcio. Vê-se, portanto, que o divórcio no Brasil, na atual sistemática, é direto, ou seja, o rompimento do vínculo conjugal é monofásico.

Divórcio de fato não existe, logo será sempre uma medida jurídica, regrada pela via judicial (que se processa em juízo) ou administrativa (que se processa em cartório). Até a Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, só era possível operar o divórcio em juízo, mas referida Lei criou essa oportuna via, permitindo aos cônjuges que, cumpridos certos requisitos, optem pela via extrajudicial. Atualmente, o caminho judicial é a via *crucis*, é a pista dos veículos lentos, mas a estrada está duplicada pela referida Lei, criando a via rápida.

Como orienta Gonçalves (2010), a via administrativa é faculdade das partes (pois, por princípio constitucional, não se pode obstar o acesso à jurisdição – Art. 5º, inc. XXXV), desde que atendidos os requisitos da Lei:

- a) Consenso;
- b) Consenso amplo e irrestrito (quanto ao uso do nome, aos alimentos e à partilha de bens);
- c) Ausência de prole incapaz;
- d) Assistência por advogado; e
- e) Lavratura de escritura pública.

Tais requisitos são cumulativos, ou seja, se faltar um deles, a via judicial torna-se obrigatória. Isso é assim em virtude de, sendo a situação menos pacífica e menos favorável, exigir maior presença do poder público, por meio do Poder Judiciário e do Ministério Público. Essa modalidade divorcista foi criada com fundamento nos mesmos princípios que a Emenda Constitucional nº 66/2010: dignidade da pessoa, economia e celeridade processual, além de visar ao desafogamento do aparelho da Justiça.

Outra classificação importante seria com base na vontade dos cônjuges, o que daria o divórcio consensual e o litigioso (VENOSA, 2009), em que o primeiro pode caminhar

por duas vias (administrativa ou judicial, conforme o caso) e o segundo somente pela Justiça. Para ser consensual faz-se necessário que os cônjuges estejam acordes em todos os aspectos: uso do nome, guarda, direito de visita, partilha patrimonial e alimentos. A diferença essencial entre o divórcio judicial consensual e o divórcio administrativo ou extrajudicial, está no fato de que o primeiro comporta a presença de prole incapaz.

4.2 DIVÓRCIO CONSENSUAL E REFLEXÃO INTERDISCIPLINAR

Parece convir, a essas alturas, uma breve reflexão, em especial com vistas ao que se viu no capítulo anterior, acerca da família funcional, da produção de valores imateriais e dos reflexos nos grupos sociais mais amplos. Escorou-se, principalmente em Groeninga (2008), Osorio (1996) e David (1977), a premissa dessa funcionalidade, lançando mão, inclusive, do caminho do Édipo, em toda sua complexidade, para demonstrar, a um só tempo, a importância da entidade familiar, o interesse em sua preservação e os prejuízos que podem advir do desfazimento desses núcleos sociais primários.

Falou-se aqui em divórcio consensual, que é também chamado de amigável ou por mútuo consenso. É essa a expressão jurídica, com valor técnico inquestionável, para se referir ao núcleo familiar que se rompe numa demanda judicial ou administrativa proposta por ambos os cônjuges, que podem, inclusive, ser patrocinados por advogado único. A questão está em verificar se esses cônjuges estão mesmo em consenso. Se estão numa condição de empreitada amigável. Não se quer questionar a liberdade que os esposos têm no procedimento, mas outro ponto: como poderiam os cônjuges estarem acordes se estão rompendo o núcleo familiar e em que estariam acordes. A resposta técnico-jurídica poderia ser: estão em consenso quanto ao fato do rompimento. Sim, mas o termo consenso, nesse caso, não deveria ser tomado em sua essência, para não passar a ideia de que os sócios estão bem consigo mesmos e satisfeitos com a decisão tomada. Se a expressão atende bem ao aspecto jurídico, acredita-se que seria de se repensar, a mesma matéria, sob outros pontos de vista, tais quais o da psicologia social, da psicanálise, da filosofia e da sociologia.

Mais da metade dos divórcios são dessa natureza jurídica (ALMANAQUE ABRIL, 2012), de modo que os autos judiciais e, agora, também, as escrituras públicas, falam de rompimentos acordes, harmônicos. Esses papéis não apresentam uma única nódoa que demonstre sentimento avesso ao que ali ficou resolvido, quando, em verdade, a questão do

consenso não passa de uma manifestação performática, pró-forma. Afinal, a consensualidade aí registrada implica na possibilidade de advogado único para ambos (fator econômico), ganho de tempo (menos exposição pessoal) e outras facilidades.

Juridicamente, está perfeito. No domínio da técnica jurídica o divórcio consensual é diverso, completamente, do divórcio litigioso. Entretanto, quer-se acreditar, nesta empreita, que o divórcio, visto de outros ângulos, numa tomada de imagem que mostre outras facetas, é único. Não haveria, para aqueles outros campos das ciências, distinção ontológica entre o divórcio denominado consensual e o litigioso. Para a psicanálise, à luz do que se colhe em Groeninga (2008), Osorio (1996) e David (1977), entende-se que o instituto é único e uno: o divórcio.

Para a técnica jurídica, já se disse, a bipartição é válida e resolve questões práticas aparentes, entretanto há no divórcio, denominado consensual, várias questões práticas não aparentes, são as camadas camufladas, escamoteadas, diretamente ligadas aos direitos da personalidade, que não aparecem, tampouco, na outra modalidade jurídica, o divórcio litigioso. O divórcio atinge e lesa todos os pontos relacionados com a construção afetiva que se dá no convívio, nas práticas cotidianas em família, mas os procedimentos não contem essas verdades, daí a desistência de se perquirir os efeitos do divórcio por meio da investigação desses papéis.

Lembra-se aqui dos comentários de Souza (1999, p. 18-29), que na busca da compreensão da sociedade paulistana, nos idos da primeira metade do século passado, constata que os processos não falam da realidade da crise familiar:

Os processos foram organizados para produzir argumentos jurídicos capazes de levar a vitórias legais, estabelecendo julgamentos em que os cônjuges figuram como inocentes ou culpados da dissolução do vínculo conjugal. [...] Como nota Maria Corrêa, a estratégia jurídica consiste em dissolver a concretude do crime, pulverizar fatos, ignorar versões contraditórias, insistir sobre comportamentos e ocultar versões incômodas, reduzindo a personalidade do réu à imagem fixa e idealizada, tanto positiva quanto negativamente, para então compor a fábula judicial – uma versão plana e simplificada do crime. A estratégia do processo de divórcio é análoga. Menos que fatos, o fio condutor do interrogatório de testemunhas, dos depoimentos, das provas aduzidas desenrola-se o sentido de desenhar imagens congeladas e sem matizes de figuras masculinas e femininas ideais.

Vê-se que a procura é de uma verdade formal, como normalmente transcorrem as soluções jurídicas. No caso do divórcio, seja ele judicial ou extrajudicial, mormente pela

sobrecarga de sentimentos e paixões envolvidos, em razão de estarem em jogo questões de foro íntimo, que não pertencem ao conhecimento da sociedade, estará plasmada nos papéis uma espécie de meia-verdade, uma verdade formal (não real), que é o máximo que se permite conhecer às pessoas que não pertencem ao núcleo familiar rompido.

Daí dizer-se que essas lesões a direitos da personalidade, nos aspectos abstratos do intelecto, não deixam vestígios em papéis forenses, em documentos ou quaisquer instrumentos formais, nem no divórcio dito litigioso, nem no consensual. Frisa-se neste tópico o divórcio consensual pelo engodo sócio-político-cultural que representa, pela realidade dissimulada, sepulcro calhado que é, mas entende-se que o rompimento desencadeia sempre uma gama de prejuízos de natureza afetiva, por conta do rompimento em si, com as mazelas que lhe são peculiares, a partir da crise sentimental que toma os envolvidos, alterando negativamente a dimensão emocional dos sujeitos. Esses ruídos traumáticos são projetados e potencializados ao longo do período pós-separação, à medida que as pessoas envolvidas ressentem de suas perdas.

4.3 A FORÇA DA CASA E A SÍNDROME DO LAR DESFEITO: VALORES IMATERIAIS, ROMPIMENTOS, PERDAS PESSOAIS E EXTRAPESSOAIS COMO ELEMENTARES DE UMA NECESSÁRIA REFLEXÃO

Em que pese haver pouca literatura expressa sobre os efeitos dos rompimentos conjugais, aí incluídos o desfazimento do casamento (divórcio) e da união estável, pode-se fazer uma leitura sistemática do quadro até aqui traçado, e mais, num juízo chamado *contrario sensu*, que procura o inverso de uma situação claramente estabelecida, o que permitirá perceber o resultado desses rompimentos.

Souza (1999) ao estudar o divórcio no contexto social paulista do final do século XIX e início do século XX, identifica essa crise de rompimento familiar como uma das resultantes das tensões causadas pelo desenraizamento próprio da migração. Ou seja, restou constatado na pesquisa da autora que o movimento migratório europeu que povoava São Paulo guardava relação com elevado número de casos de rompimento, não de divórcio propriamente, como opera hoje o instituto (pois o casamento era indissolúvel), mas aquelas separações indicavam que o desenraizamento causado pelo movimento migratório enfraquecia as unidades familiares.

Quer-se aproveitar essa ideia apenas para deduzir a possível comparação: a família desfeita produz em seus membros, de certo modo e em certa medida, os mesmos efeitos conflituosos sofridos pelos imigrantes. O divórcio ou o desfazimento da união estável causa algo semelhante ao desenraizamento migratório, que distancia alguém de suas origens, enfim, de sua cultura e de sua identidade. Em ambos os fenômenos há a perda da referência da casa construída em toda a riqueza de suas representações.

Groeninga (2008, p. 27) fala do núcleo familiar como lugar de aprendizado e maturação de uma ampla gama de valores imateriais, tais como “pensamento, capacidade de simbolização, crítica, julgamento e criatividade”, pelo que se pode deduzir que, inobstante a capacidade de adaptação natural do homem, o desmantelamento desse espaço social primário, enquanto berço desse aprendizado, reflete de forma prejudicial no espaço social mais amplo, no qual há de negociar a vida. Dolto, no prefácio a David (1977, p. 14), narra que:

O autismo instala-se depois de uma ausência demasiadamente longa de um ou outro dos pais. Pode sobrevir também devido a sofrimentos físicos sem o reconforto da presença conhecida, ou a traumatismos familiares ou sociais que alternam o meio e cuja repercussão a criança sofre sem que nada lhe seja explicitado por palavras.

Não se quer ignorar, como já dito, a capacidade de adaptação inerente à natureza humana, nem, tampouco, a competência dos núcleos monoparentais (somente um dos pais na guarda dos filhos menores) na formação desses valores, nem, ainda, deixar de lado outros fatores, tais como:

1. Há lares mantidos, no modelo biparental (pai, mãe e prole), mas inoperantes;
2. A morte também põe fim ao núcleo familiar;
3. Há lares estabelecidos, mas produzindo ruína, uma espécie de funcionalidade invertida;
4. Os lares desfeitos, seja pela morte ou pelo rompimento artificial, podem ser refeitos com a construção de novos laços afetivos, dos pais e dos filhos com seus pais postiços (padrastos e madrastas) que, inclusive, esses enteados podem ser adotados.

Nesse sentido assevera Osorio (1996, p. 23) que:

Os divórcios – que longe de serem uma exceção constituem-se numa ocorrência freqüente hoje em dia – face às inúmeras variáveis que introduzem na estrutura familiar, bem como as alterações significativas que

promovem no ciclo vital da família, nos obrigam a repensá-la em novos contextos.

Ilustrando o que afirmamos, a aludida fase de dispersão na eventualidade de um divórcio, ocorre pela saída de casa de um dos cônjuges e não dos filhos. Seria ainda pertinente afirmar-se que nessas circunstâncias a família original interrompe aqui seu ciclo vital e cada um dos cônjuges, só ou em nova relação conjugal, com ou sem filhos em sua companhia, irá constituir novos núcleos familiares.

Vê-se, com o autor, que o rompimento em si traz desconfortos emocionais e via de regra esses transtornos são potencializados nos anos que seguem, prejudicando, inclusive, os novos relacionamentos que, em tese, seriam os tampões da sangria. A depender da idade da prole envolvida nesses rompimentos, certamente seriam esses transtornos para mais ou para menos, o que é inegável, por tudo que teoricamente se viu e vários estudiosos constataram, como noticiam Staub, Gabarra, Moré e Crepaldi (2009). As pesquisas referidas teriam identificado, como fator relevante do divórcio, a necessidade premente da reorganização de cada indivíduo e do próprio grupo desfeito, e essa reorganização seria concretizada num cenário caótico, aflitivo, em que os estados emocionais se descompensam, e essa fase seria mais ou menos penosa conforme haja ou não a presença de prole e o momento (ciclo vital) que essa prole e o núcleo familiar como um todo está vivendo.

Afinal, noticia Osorio (1996) que em 1700 a.C., o Código de Hamurabi, Rei babilônico que tratou da unificação dos povos da Mesopotâmia, permitia o divórcio mediante um claro requisito: a ausência de prole. A pensar que não existia psicanálise nem tantos outros domínios que esclarecem a realidade humana, é admirável que a prole já fosse vista com tamanha pertinência. Dolto, naquele prefácio a David (1977, p. 14-9), acrescenta o seguinte comentário:

Aquela que parte, leva consigo as referências humanas de comunicação de linguagem (verbal e gestual). Deixa a criança no deserto da sua solidão. E esta é obrigada, a cada relação alimentadora e tutelar sucessiva, a construir uma rede nova, mas precária, de comunicações inter-humanas, que cada nova partida infirma, destruindo tudo o que existe de significante do outro em si.[...]

O momento mais conveniente para verbalizar a interdição do incesto é aquele em que a criança é já capaz de estabelecer com os outros relações interpessoais sem a presença dos seus familiares. Contudo, precisa ainda do amor e do apoio dos pais nas dificuldades de adaptação social que tem de resolver até aos 8-9 anos. Só depois dessa idade e da sua inserção completa na sua classe de idade é que uma criança pode suportar sem riscos graves a separação do meio familiar.

A autora acima referenciada não diz que não há riscos quando o rompimento familiar ocorre após os nove anos de idade, mas entende que não haverá riscos graves, certamente, aí, no sentido de transtornos patológicos, pois, mesmo já resolvida essa importante fase da formação da linguagem, deixará de desenvolver, com a riqueza que se espera, as condicionantes completas da personalidade. Nessa direção, David (1977, p. 83-4) relata que:

Dantes, a acentuação incidia na carência parental. Os casos extremos de abandonismo foram tomados como um modelo das situações mais patogénicas, geradoras, em especial, de psicoses e de debilidades. A dissociação do casal parental e a destruição do lar foram consideradas as grandes causas das neuroses e dos desequilíbrios infantis.

Pelo que se viu dos psicanalistas, a má resolução do Édipo seria fator relevante, hábil a projetar desencontros nas relações sociais, provocando deficiências desse sujeito enquanto negociador. Essas deficiências seriam sentidas no desenvolvimento da comunidade da qual participa e na qual desempenha seu papel social. Não é demais lembrar a recomendação de Ávila (2005), para quem a solidariedade é um recurso imaterial que atua como força motriz do genuíno desenvolvimento, energizando e dinamizando, de forma proativa, as relações no âmbito da comunidade. A falta de capacidade crítica ou deficiência de julgamento, a falta de confiança, assim como a insegurança pessoal seriam pontos perturbadores nas relações de poder que serão travadas cotidianamente, sem contar eventuais transtornos com gravidade patológica, como se viu. Ou seja, a quebra do grupo familiar é um prenúncio de reflexos negativos na cotidianidade social, na construção das relações pessoais e profissionais, pela perda de protagonismo do sujeito. Isso não é uma constatação inexorável em sua totalidade, mas é de tal intensidade e de tal frequência, como tem comprovado a experiência e a pesquisa em vários domínios, que cumpre aos estudiosos proporem diligências hábeis a prevenir e a amenizar esses efeitos daninhos.

Dessa forma, havendo prole em fase de formação da personalidade, ou, simplificando, prole menor de idade, os prejuízos são, em tese, maiores na proporção do que ainda resta de inacabado na formação do caráter, mas não se pode descuidar de que nessa quebra do grupo nuclear, os esposos contaram com prejuízos emocionais, assim como a prole maior de idade, ainda que fora da casa dos pais, vivendo com autonomia, será arranhada em suas *personas*.

Vale lembrar o que dizem aqueles italianos que participam de um instituto de terapia familiar, Andolfi, Angelo, Menghi e Nicolo-Corigliano (1984), que o divórcio estaria entre os fatores capazes de afetar significativamente as funções sistêmicas no âmbito do núcleo familiar, acrescentando que fatos como o nascimento ou morte de um filho, a menopausa, o desemprego e a mudança de domicílio seriam fenômenos hábeis a provocar um movimento intra-familiar de adaptação sistêmica às novas situações, provocando o crescimento psicológico de seus membros. É possível que o divórcio também crie aspectos positivos de mudança, ninguém duvida. Ocorre que os pontos negativados seriam preponderantes na formação do sujeito, como em sua manutenção emocional, roubando-lhe, em certa medida, o protagonismo pessoal, tão importante nas relações sociais a serem travadas dentro e fora de casa (WALLERSTEIN e BLAKESLEE, 1991).

Quando se refere ao divórcio, Osorio (1996) entra na possibilidade do reenlace, não trazendo isso como solução, mas como caminho espinhoso para deixar a crise do rompimento, ao que chama de famílias reconstruídas, lembrando que em nível de Brasil é um fenômeno pouco conhecido, pois o divórcio surge na história recente. O reenlace pode gerar, inicialmente, confusão de proles, problema já reconhecido pela dogmática jurídica, a exemplo da cátedra de Venosa (2009). Se a prole é menor e o labor interacional nessa fase de formação é mais árduo para todas as partes envolvidas (genitores e filiação), o encontro de proles irá potencializar essas dificuldades. Se a prole é maior e capaz, nem por isso as partes estarão em grandes vantagens. Como afirma Osorio (1996, p. 56):

[...] se não é uma situação inédita na história da instituição familiar, passa a sê-lo quando considerarmos as peculiaridades dessas novas estruturas familiares e a abrangência do fenômeno em sua inserção sócio-cultural. [...] As reconstruções familiares acarretam obviamente mudanças significativas no campo relacional familiar, provocando a emergência de situações sem precedentes para as quais não há experiências prévias na evolução da família que possam servir de referência para balizar o processo de assentamento sócio-cultural dessas novas formas de convívio familiar.

Um novo cenário se desenha diante do reenlace, e, como alerta o autor, esse fenômeno exige um reposicionamento, pois, de fato, não está em jogo uma família nuclear, nem duas, nem uma nuclear em relação à parentela ampla, mas é uma configuração que implica na combinação (ou confusão) de dois núcleos familiares e duas parentelas amplas, com todos os demais componentes circunstantes dessa realidade sócio-cultural. Aproveita-se a ilustração teórico-prática de Osorio (1996, p. 57), nos seguintes termos:

Os conflitos de lealdade que surgem entre os filhos de pais separados, a questão do exercício da autoridade sobre os filhos próprios e alheios e [...] os que provêm de casamentos anteriores do outro cônjuge, a convivência entre irmãos, meio-irmãos e (como chamá-los?) irmãos “circunstanciais”, a duplicidade de lares, os pais de fim de semana, os avós “postiços” e a presença fantasmática (quando não acintosamente manifesta) dos ex-cônjuges no dia a dia das novas famílias – eis aí alguns elementos a apontar a complexidade e dramaticidade que permeia o contexto das famílias reconstruídas.

Nesse exato sentido conta-se com a lição vinda de Wallerstein e Blakeslee (1991, p. 313), que se traduz com o seguinte:

A família divorciada que volta a se casar não é a sobra da família intacta nem sua versão modificada. É uma nova forma de família, e cada uma é distinta da outra, com um histórico diferente, começando em diferentes momentos da vida de cada um de seus membros e com crises, tensões e implicações próprias que vão influir no desenvolvimento psicológico de homens, mulheres e crianças.

[...] Se quisermos entender suas qualidades específicas e dominar suas complexidades, temos de olhar para esses novos relacionamentos e novas formas de família com outros olhos.

Vale dizer, não bastasse a situação conflituosa ensejada pelos núcleos desfeitos, os recasamentos e a confusão das novas proles geram um complexo mosaico com dura realidade para todos os envolvidos. Por muito menos se volviam os estudiosos em tempos idos. Mitscerlich (1969) queixava-se, já na década de 1960, que a tribulação, que acometia os homens da sociedade industrial, era fator suficiente para prejudicar a prole, à medida que o pai vinha se mantendo distante da prole em formação, o que seria a causa da degradação psicológica das novas gerações, alertando para a importância do pai presente, o pai que atende à funcionalidade do seu mister.

Ao mesmo tempo em que essa afirmação demonstra que o lar feito pode equivaler, de certa forma, ao lar desfeito, fica o alerta de que se o pai da casa feita pouco se apresenta, seria hipócrita entender que, com a casa desfeita, o direito de visitas, regulado pelo Estado, para o pai e a mãe não guardiões (que não ficaram com o filho sob sua companhia), seria hábil a suprir as necessidades relacionais da prole menor.

O autor fala da ausência do pai, porque era do homem o mercado de trabalho. Ocorre, refletia-se, que a mulher passou a dividir com ele esse espaço (COTRIM, 2001), e atualmente, na família pós-moderna (GIDDENS, 1991), não se fala de uma presença

deformada do pai, mas de uma presença deformada dos pais, de modo que é preciso atenção para a funcionalidade desse lar, que se for desfeito terá rasuras ainda mais gravosas, imaginando-se, por exemplo, que se o filho é menos visto que deveria, estando em suas companhias, deixará de ser visto se delas for retirado. Acrescente-se, ainda, que o fato de a prole ser vista também não é garantia de encontro saudável e frutuoso, como se vê da lição de Wallerstein e Blakeslee (1991, p. 316), quando advogam que:

Poucas pessoas percebem o quanto é difícil transplantar o relacionamento pai-filho do solo fértil da vida familiar para o terreno empobrecido da relação baseada em visitas. Essa relação é, em sua essência, ambígua e, portanto, estressante. Qual é o papel do pai visitante? Na ausência de uma definição clara de sua responsabilidade e autoridade, ele se sente, com freqüência, desnecessário e afastado dos problemas do dia-a-dia que estão incorporados no relacionamento entre pai e filho na família intacta.

Dentre uma profusão de problemas, como o momento em que o padrão de visita é firmado (momento de grande conturbação), o encontro diante de madrastas, padrastos, a questão da adaptação aos novos familiares (como a nova prole assumida pelos pais), o convívio com os novos irmãos (irmãos unilaterais ou meio-irmãos), a divisão da prole (entre os pais), a mudança para novos espaços sociais, com perda das relações já conquistadas, Wallerstein e Blakeslee (1991, p. 317) acrescentam:

A logística do relacionamento baseado nas visitas é extremamente complicada. Aonde levar as crianças? Que fazer em domingos alternados com uma criança de 10 anos e uma de três? As famílias intactas não planejam cada passeio de antemão, mas fazem muitas coisas em conjunto de forma espontânea. Por outro lado, o relacionamento com base em visitas muitas vezes se transforma em uma atividade recreativa. Os pais levam seus filhos a zoológicos, jogos, fliperamas e outros locais de diversão, em vez de incentivar uma interação mais complexa e pessoal.

Percebe-se dessa reflexão que mesmo a prole vista pelo genitor visitante, é possível afirmar que esses encontros são mais “técnicos” que afetivos propriamente. Há algo de mecânico, de previsível e pobre que, ainda que quantitativo (não costuma ocorrer com quantidade), valeria menos que uma simples troca de olhar, um afago ou uma troca de opinião entre pais e filhos no aconchego do lar original constituído. É isso: o direito de visita, ainda que exercitado excepcionalmente bem, está longe do que produz o convívio, podendo-se afirmar que visita e convivência são institutos visivelmente distintos em seus alcances, onde o

primeiro é uma espécie de tampão que se improvisa para tentar salvar o oxigênio típico das relações que se desenvolvem no núcleo familiar.

A longa pesquisa de Wallerstein e Blakeslee (1991) constata que ninguém se salva aos duros reflexos da casa desfeita, mas destaca a importância para a adolescência, por ser uma fase de alto risco, na qual a pessoa em formação depende de rigorosa escala de valores. Dentro da adolescência sofreriam mais as meninas, ainda que de forma inconsciente, de modo que o início da vida adulta e do relacionamento conjugal fariam aflorar suas deficiências emocionais, suas dores reprimidas e seus sentimentos de culpa. As autoras puderam observar, também, que os filhos do divórcio (como chamam os filhos dos pais separados), em relação os filhos das famílias constituídas, se mostraram em franca desvantagem nas relações sociais e nos estudos. Na verdade, pode-se dizer que a primeira é consequência da segunda: a má condição emocional para as relações sociais implicam na desventura nos variados campos da vida, não só nos estudos. O aprendizado é conquista pessoal e passa, portanto, pela boa estrutura emocional do sujeito.

Reportando caso clínico com uma criança por nome Talla (nome fictício), que aos quatorze anos era neurótica, cujo diagnóstico era decorrente do fato de o pai haver abandonado o lar conjugal, David (1977, p. 133) faz esse comentário: “Temos a impressão de que se trata de qualquer coisa de próximo do que acontece entre nós quando um homem divorciado não paga a pensão e não liga aos filhos”.

Há que se pensar sobre os reflexos dessa neurose sobre esse sujeito. Não fora o tratamento, por exemplo, pode-se imaginar que Talla estaria prejudicado, ainda mais, na organização de sua vida social, no enfrentamento e no exercício de sua vida em comunidade, em termos pessoais e nas relações profissionais, na formação de sua família, na criação e formação de sua prole etc.

Deduz-se que o convívio em comunidade estaria prejudicado pela pessoa que viesse a padecer desse tipo de carência, fomentado pela ausência de um ou de ambos os genitores, o que é muito provável em se tratando de rompimento do núcleo familiar, mormente no contexto extasiante da sociedade pós-moderna (GIDDENS, 1991). Será demonstrado adiante o que se viu no campo real: os valores imateriais favoráveis, como a moral, a auto-estima, a criatividade, a iniciativa, a confiança e a lealdade, ficam prejudicados em quantidade e em intensidade, o que faz a comunidade ressentida dessas carências.

Bowen *apud* Andolfi, Angelo, Menghi e Nicolo-Corigliano (1984), afirma que é possível prever a autonomia futura do indivíduo com referenciais colhidos muito cedo, mesmo em sua infância. A essa “autonomia futura” o Desenvolvimento Local chama protagonismo em meio à comunidade e nas relações sociais em geral travadas pelo indivíduo, desde o exercício mais singelo da cotidianidade (quando assumirá nova posição funcional no núcleo familiar, como esposo e como pai), até as relações primárias ou secundárias no meio social mais amplo.

Nessa linha de reflexão, interessa registrar a recente publicação estatística do IBGE, segundo a qual a monoparentalidade é encabeçada pelas mulheres (ALMANAQUE ABRIL, 2012), que arcam com a parte mais dura do rompimento. A monoparentalidade, já definida, trata daquela estrutura de família nuclear formada por apenas um dos pais na companhia dos filhos. Sendo várias as suas causas, como a viuvez, o divórcio, o rompimento da união estável ou a própria opção por ter filhos enquanto solteiro, o censo dá notícia de que nos casos de rompimentos, a mulher assume a guarda dos filhos em mais de 80% dos casos (ALMANAQUE ABRIL, 2012).

Diante da constatação estatística, pode-se dizer que a monoparentalidade é predominantemente feminina em nível de Brasil. Boa parte da problemática suscitada pelo desfazimento da casa será suportada pela mulher, desde a necessidade de reorientar as rotinas, administrar os sentimentos dos filhos, cuidar da educação formal e não formal (pontos essenciais), tratar das questões cotidianas com menos recursos financeiros, enfim, reorganizar o funcionamento da casa nessas condições adversas.

Constata-se, desse modo, o sacrifício bancado pela mulher nesse novo cenário, pois já atravessou séculos de filosofia patriarcalista, subestimada, subjugada, enfim, a reboque do poder paterno. Vê-se mais essa desvantagem atribuída à mulher, mas com a percepção de que os danos seriam idênticos (ou piores) se predominasse a monoparentalidade masculina. Quer-se dizer, a monoparentalidade gerada pelo rompimento será sempre danosa, prejudicial aos envolvidos na quebra da casa, mas não só, prejudicial também para as relações sociais, mormente as mais estreitas, em nível comunitário, pela umbilical ligação entre os valores imateriais, como fenômenos cultivados na entidade familiar, e o meio social mais amplo. Neste sentido volta-se a registrar trecho da argumentação do Ministro Ayres de Brito (ADPF nº 132-RJ), referindo-se à função social da família:

[...] Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes.

São muitos os fatores a influenciarem nesses resultados, é verdade, não se descuidando que essas inúmeras variáveis combinam-se entre si no fomento de inúmeros efeitos, ditos colaterais, nessa complexidade sistêmica que é a vida em sociedade. Entretanto, em Wallerstein e Blakeslee (1991) são destacados alguns fatores pelo seu grau de importância nos efeitos do rompimento, quais sejam: prole, idade da prole, tempo de união, idade do homem e da mulher (diferente para cada sexo) e personalidade (capacidade de reagir) dos envolvidos (pais e filhos) no rompimento.

As pesquisadoras acima nominadas puderam constatar, numa investigação extensa (que protraiu no tempo por mais de dez anos), que predominaram maciçamente os efeitos negativos sobre as personalidades dos envolvidos, mas esses efeitos foram mais gravosos para as famílias mais antigas e para as que tinham prole, e quando a prole era formada por pessoas menores as dificuldades criadas foram ainda maiores. Em nível inconsciente filhos vitimados pelo divórcio compararam o fenômeno do rompimento familiar à própria morte e, por vezes, pior que a morte, pois no divórcio haveria uma grande perda, temperada, entretanto, pela dura ilusão da volta do pai ou da mãe, pela ilusão de que um dia as coisas serão reconstituídas, devolvidas ao lugar do qual não deveriam ter sido removidas. Há, dessa forma, a dor da perda somada à desilusão.

Do acima exposto é possível deduzir que um casamento que se desfaz no primeiro ou segundo ano, sem prole, afetaria relativamente com menos intensidade os envolvidos. Não estariam incólumes, pois, em tese, não haveria blindagem para evitar todos os efeitos danosos sobre a personalidade, mas seriam menos atingidos e, dessa forma, menos reflexos sociais seriam contabilizados.

Considerando que a formação dos recursos humanos tem sido uma tônica na questão do Desenvolvimento Local, como se vê em artigo de Vázquez (1999, p. 21), referindo-se a “*contenidos inmateriales del desarrollo*”, naturalmente, só pode ser assim, por não haver caminho para o Desenvolvimento Local que não tenha início, meio e fim na figura humana.

5. INSTRUMENTOS NORMATIVOS *PRO FAMILIAE*: UMA LEITURA PRÁTICA EM PROL DO DESENVOLVIMENTO LOCAL EM CAMPO GRANDE-MS

Embora somente a atual Constituição tenha sido expressa no reconhecimento da família enquanto instituição basilar, essa filosofia já vem, de longe, implícita na sistemática jurídica brasileira.

Os passos seguintes prestam-se a listar variados institutos jurídicos, sem a pretensão de esgotá-los, que trazem na essência a clara preocupação do Estado em preservar o núcleo familiar constituído ou minorar os efeitos negativos de seu rompimento. Por conta desse claro viés protetivo, convencionou-se aqui chamar essas medidas de institutos legais *pro familiae*. Como atuam com critérios diferenciados, de acordo com o momento da incidência, convencionou-se, ainda, chamá-los de instrumentos preventivos, paliativos ou repressivos.

Ao atuar com essas ferramentas, o Estado brasileiro, não importa se em nível de completa consciência, reconhece o rompimento do núcleo familiar como fator de desempoderamento dos envolvidos nesse fenômeno. O referido desempoderamento resultaria do rompimento do núcleo com a consequente necessidade que cada indivíduo tem de reconstruir o lugar, de reposicionar-se na penosa reconstrução do território, à medida que se reorganiza nesse novo espectro que conjuga espaço-tempo.

5.1 INSTRUMENTOS PREVENTIVOS

Seriam instrumentos preventivos todas aquelas medidas que o Estado faz incidir antes da cisão do núcleo familiar, ou seja, medidas protetivas que buscam exatamente rechaçar a possibilidade do rompimento da entidade familiar, no sentido de que se a entidade familiar se formar alheia a certas precauções, o rompimento poderá ser, inclusive, a única

solução. Ademais, há medidas outras que não se relacionam diretamente com o eventual rompimento, mas atuam como proteção dos esposos e da prole, como há de ser visto.

5.1.1 Impedimentos matrimoniais e processo de habilitação

Tem essa típica natureza de proteção *a priori* os impedimentos matrimoniais, inspirados no Direito Canônico, que são hipóteses legais (Código Civil, Art. 1.521) de vedação ao enlace por falta de legitimidade (VENOSA, 2009). Adiante-se que embora traga no nome “impedimentos matrimoniais”, o instituto alcança também as uniões estáveis (Código Civil, Art. 1.723, § 1º), de modo que hoje, quando se admite a união informal como entidade familiar, o termo “matrimoniais” deve soar no sentido de constituição de família.

A lei sinaliza com a falta de legitimação de certas pessoas que, por se encontrarem em determinadas condições jurídicas, comprometeriam a hígida formação do núcleo familiar, seja no aspecto moral, ético ou da própria saúde física e mental. Uma mesma causa poderia sofrer a incidência dos três aspectos, como o casamento entre irmãos: feriria os aspectos moral e ético, assim como o eugênico, pela incompatibilidade sanguínea na procriação. Na união sogro/nora ou sogra/genro não incidiria a eugenia, mas, certamente, os demais aspectos.

Esses aspectos configuram o fundamento jurídico dos impedimentos. Por outro ângulo, a doutrina costuma, a exemplo de Fujita (2008), separar em três espécies: os decorrentes de parentesco, de vínculo matrimonial e de crime. A maioria das hipóteses trata da vedação por conta de relações parentais (Código Civil, Art. 1.521, I a V), seja o parentesco natural, por adoção ou por afinidade. O inc. VI do citado dispositivo traz o impedimento para pessoa já casada e o último para a pessoa viúva com a que foi condenada por homicídio doloso contra seu consorte.

Na hipótese de o casamento ocorrer ao arrepio das vedações acima indicadas, é nulo e assim será declarado por força do Art. 1.548, inc. II. Prevenindo essa ocorrência maligna, de rompimento compulsório, o Estado age aprioristicamente, em franca proteção à família que se constitui e à sociedade. Somente se essa ação preventiva falhar, o Poder Público atuará repressivamente, com o rompimento compulsório do núcleo familiar.

Para efetivar a medida protetiva anunciada, o Estado lança mão de importante procedimento público, denominado processo de habilitação (Código Civil, Art. 1.525 a

1.532), que é rito de natureza administrativa, formal, com vistas a conferir, com a participação da sociedade, no qual os nubentes demonstrarão ser legítima a união que pretendem, ou seja, que não há qualquer impedimento para a constituição de família. A seriedade desse rito preliminar à celebração do casamento configura, em per si, verdadeira medida protetiva de natureza preventiva: para verificação da legitimidade da pretendida união o Poder Público disponibiliza normas impositivas (sobre as quais não se pode transigir), aplica o aparelho de Estado e conclama pela participação da sociedade (Código Civil, Art. 1.522) nesse controle preventivo.

Em se tratando de união estável, há o mesmo rigor no controle, com a diferença quanto ao momento em que incide: somente por ocasião da busca do reconhecimento da união informal, por um ou ambos os companheiros, é que o Poder Público terá a oportunidade de fazer essa conferência, em juízo ou administrativamente (PORTO, 2011). Em verdade, o Art. 1.726 do Código Civil prevê essa análise na via judicial, conforme articulado no texto “O novo divórcio brasileiro”, Mato Grosso do Sul é ente federativo que já admite o reconhecimento e a conversão por escritura pública, condicionados a certos requisitos, dentre eles a assistência por advogado, nos moldes da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007 (Provimento nº 63, da Corregedoria do Tribunal de Justiça local).

Poder-se-ia questionar se na via administrativa aquele controle seria efetivo, ao que se tem resposta positiva: a serventia cartorial atua como poder público e o advogado assume duplo encargo, de forma que além de patrocinar o interesse particular, assume o *munus publicum* de zelar pelo fiel cumprimento da lei. Trata-se, em verdade, de situação inusitada, em que nas mãos de um mesmo agente, o Estado confia encargos de naturezas opostas, numa valorização extraordinária do papel social do advogado, que embora patrocine o interesse privado, acumulará, enquanto operador do Direito, a função pública de custodiar o bom cumprimento da lei.

Veja-se que o legislador ocupa-se em séria ação preventiva, para evitar a ação repressiva sobre a família que se formasse ao arrepio de impedimentos, com feições incestuosas ou manchadas por outras imoralidades. A medida repressiva, neste caso, seria a anulação do conúbio, no caso do matrimônio, e o não reconhecimento da união estável para o caso da união informal. O Estado age *a priori* para prevenir o rompimento enquanto sanção, como que reconhecendo aqueles efeitos perniciosos do desmantelamento do núcleo familiar, a saber, o desempoderamento dos envolvidos e a consequente perda nas relações comunitárias,

conforme constatado na pesquisa de campo, que indicou a maciça opinião de que o rompimento foi empobrecedor (mais de 90% dos entrevistados, profissionais e não profissionais).

5.1.2 Presunção legal de paternidade

Alguém poderia ignorar o instituto da presunção legal de paternidade, conhecido como *pater is este quem nuptiae demonstrant*³⁸, ou simplesmente pela corruptela *pater is est*. Poderia ignorar frente ao fato de que se multiplicaram as tecnologias biomédicas, de modo que a velha **presunção** do direito romano não teria razão de ser, já que atualmente o exame de DNA assegura, de forma categórica, a certeza da paternidade.

O legislador, movido pelo faro da assistência à prole, promoveu o *pater is est* como forma de adiantar essa certeza ao nascente, ou seja, quem nasce em lar constituído não precisa mover o aparelho de Estado para demonstrar sua paternidade, pois já nasce com essa certeza, como se pode ver na lição de Gama (2008, p. 377):

De regra, somente os filhos extramatrimoniais precisam ser reconhecidos, eis que os matrimoniais se beneficiam da presunção legal de serem filhos do homem e da mulher casados, [...]. Daí a consideração de que a filiação pressupõe, no casamento, a maternidade por parte da esposa, e a paternidade por parte do marido.

Parte da literatura jurídica, a exemplo de Lôbo (2008), alarga essa presunção em favor dos filhos da união estável. Ocupando uma posição intermediária, acredita-se possível invocar essa presunção (ela não decorreria por força do próprio direito – *ipso iure*) aos filhos nascidos na união informal, desde que esse convívio tenha termo inicial firme, provado por ocasião da busca do reconhecimento dessa presunção legal. Dessa forma, uma união que tivesse início testemunhado e documentado numa celebração religiosa, este evento seria fator indicativo de união estável (PORTO, 2012), o que possibilitaria aos filhos dessa união invocar a referida proteção *pro familiae*.

As hipóteses legais de presunção constam do Art. 1.597 do Código Civil, sendo que as mais antigas são as descritas nos incisos I e II, a primeira dizendo que se presume

³⁸ Não se faz uma tradução literal, mas a expressão latina (clássica e técnica), significa a presunção de que “é pai o homem que está casado com a mulher que concebeu”.

concebido no casamento o filho que nasce após 180 dias a contar do início do convívio conjugal, e a segunda que a mesma presunção alcança quem nasce dentro dos 300 dias após o desfazimento da sociedade conjugal. As demais (incs, III, IV e V) tratam das novas possibilidades de procriação medicamente assistidas, com reprodução artificial homológica (material do próprio pai) ou heteróloga (material cedido por doador anônimo).

Importa, sobretudo, perceber que as hipóteses legais de presunção de paternidade atuam como verdadeiro muro de arrimo, proteção substancial para aquele que ao nascer recebe a certeza da paternidade, diferente do filhos extramatrimonial que nasce carente dessa proteção, precisando investigá-la, identificá-la e, em regra, forçá-la a existir juridicamente (VENOSA, 2009). Nas palavras de Lisboa (2009, p. 241), é o “reconhecimento forçado”, que se faz por meio da ação investigatória de paternidade.

Essa presunção é relativa, *juris tantum*, claro (VENOSA, 2009), de modo que tanto é direito personalíssimo do filho ter a garantia da paternidade, como é direito personalíssimo do pai negar, a qualquer tempo, essa paternidade, provando sua insubsistência no bojo de um instrumento processual que se denomina ação negatória de paternidade (LISBOA, 2009). Observa-se, porém, que o ônus de investigar, provar e vencer aquela presunção *favor prole* é deslocada totalmente para o pai e nisto consiste a extirpe protetiva do instituto jurídico sob análise: o filho nasce com a cobertura da paternidade que, se eventualmente não merece acolhida, caberá ao pai desmerecê-la. Somente em isso ocorrendo, com sucesso por parte do genitor, é que o filho passará ao estado de carência de pai, necessitando mover a jurisdição para identificar sua raiz biológica. Será um felizardo se em lugar do pai biológico desnaturado se formar a paternidade socioafetiva, fenômeno que, como visto, supriria a carência de genitor.

Em mais de 80% dos casos, como demonstraram as entrevistas, os filhos que estiveram sob os cuidados da mãe lamentaram a ausência do pai como um fato perturbador dos aspectos emocionais, como um prejuízo afetivo significativo. Dentre os que estiveram sem a presença do genitor na infância e na adolescência, mais de 90% asseveraram que o divórcio afetou com médio ou com muito impacto negativo o estado emocional, assim como, na mesma proporção, responderam que dificultou nas relações fora de casa, a exemplo do ambiente escolar.

O Estado, desejando prevenir essa perda significativa na formação do sujeito, pela ausência do genitor, gravou na própria lei a presunção da paternidade em favor da prole, em face do homem casado com a mulher que concebeu.

5.1.3 Bem de família

Bem de família é mais um instituto *pro familiae*, de natureza, portanto, protetiva, assistencial, que Azevedo (2003, p. 11) conceitua como sendo “um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde ela se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”.

Há duas espécies de bem de família, a legal, prevista na Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, e o convencional ou voluntário, com previsão no Código Civil, Art. 1.711 a 1.722. O primeiro não é eleito pelos interessados, mas decorre de força da própria lei, daí dizer-se que opera *ipso iure*. Sobreindo a execução, se é o único bem imóvel, de natureza residencial, de morada da família, estará imune ao credor, que encontrará nesse bem, incluindo seu mobiliário, a garantia da impenhorabilidade, por força da referida Lei. O grande fundamento jurídico está no princípio da dignidade da pessoa humana. Comenta Azevedo (2003) que neste caso vê-se o próprio Estado em defesa da entidade familiar.

A modalidade voluntária ou convencional é importante para as pessoas que contam com mais patrimônio e que são previdentes, pois cuida de instituto que consiste em gravar, por escritura pública, determinado prédio residencial, seus mobiliários e até uma reserva monetária em poupança, por exemplo (Art. 1.712, Código Civil), para manutenção do imóvel, desde que o montante (prédio, mobiliário e reserva monetária) não ultrapasse a terça parte do patrimônio. Essa cláusula que grava publicamente o imóvel eleito declara que se trata de bem de família e que, portanto, é bem impenhorável, salvo as exceções descritas na própria lei.

Essa garantia, seja a legal ou a convencional, não são *ad infinitum*, mas se extinguem com a morte de ambos os cônjuges ou ambos os companheiros e a maioridade dos filhos, consoante Art. 1.722, Código Civil. Se houver filho especial (incapaz) na prole, o mesmo dispositivo legal garante a continuação da garantia. Entende-se que se o núcleo familiar é desfeito pela morte de um, naturalmente ao outro assistirá essa garantia, ainda que

sem filhos, observada a razão do instituto, que é aclamar a dignidade. Olhando desse prisma o Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁹ estabeceu o alcance do referido artigo, entendendo, com boa razão, que a pessoa separada ou divorciada tem direito à garantia. Basta imaginar a estrutura monoparental de família, em que até mesmo pessoa solteira poderá ser vista em companhia de prole, fato que configura entidade familiar constitucionalmente protegida. Entretanto, a máxima corte federal foi além, conferindo bem de família à pessoa que se encontra solitária, inclusive a que nunca constituiu entidade familiar.

O bem de família, que é garantia e proteção, está aqui tratado entre os instrumentos preventivos de conservação da família, partindo da premissa de que o fracasso financeiro é um fator desagregador da família, constatação empírica que se acredita dispensar aprofundamentos. Se a crise financeira é um fator que põe em risco a continuação do núcleo familiar, a perda do abrigo, da moradia, seria, em muitos casos, o último golpe, daí a importância do instituto como fator preventivo de ruptura. Sem se alongar, busca-se uma só referência na literatura jurídica, a lição de Gama (2008, p. 544):

Por condicionar a pretensão executória de cunho patrimonial dos credores à garantia de condições mínimas de viabilidade material da entidade familiar, no sentido de sua preservação, o instituto em questão se mostra como um potencial instrumento da inversão de valores no ordenamento privado, com a prevalência daqueles existenciais, [...].

Aí a confirmação de um fenômeno vivenciado por todos cotidianamente: o declínio econômico à miséria como um fator ameaçador à integridade do núcleo familiar.

5.1.4 Usucapião *pro familiae*

Para fins do presente estudo, a usucapião especial vista doravante tem natureza, fundamento e finalidade idênticos ao bem de família, pois essa usucapião tem natureza protetiva, está fundada no princípio da dignidade da pessoa e tem por finalidade prevenir condições econômicas mínimas de sobrevivência, ou seja, também atua dentro daquela premissa de que a higidez financeira da família reflete na sua conservação.

³⁹ STJ, ED-REsp 182.223-SP, Corte Especial, rel. Min. Humberto Gomes Barros, DJU, 7-4-2003, RT, 818/158.

O Direito protege a posse, modernamente com fundamento no princípio da função social da propriedade, consagrada no texto da Constituição Federal, no Art. 5º, inc. XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social”. De modo que, por ocorrer muitas vezes de ser pessoa diversa do titular do direito de propriedade, quem dá destinação eficaz ao bem, o Direito passou a ver a necessidade de proteger quem tem a posse (RODRIGUES, 2004). Há usucapião de outros direitos reais (DINIZ, 2007), entretanto para este pleito interessa somente a que toca à propriedade.

A usucapião é consequência da valorização da posse, pois consiste na aquisição do direito de propriedade, em razão de posse qualificada (posse *ad usucaptionem*) que se prolonga no tempo, como ensina Rodrigues (2004, p. 108), “[...] modo originário de aquisição do domínio, através da posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo, fixado na lei”.

Essa posse prolongada no tempo, frutuosa, poderá ser levada, a qualquer tempo, perante o juiz, que ponderando o quadro fático que lhe é apresentado, declara o direito de propriedade pelo fenômeno da usucapião. Basicamente, é isso: a aquisição pelo uso, como etimologicamente a própria palavra faz entender [do latim *usucapio* = *usus* (uso) + *capere* (tomar), ou seja, usucapir é tomar pelo uso].

Dentre as várias espécies, colaciona-se aqui, por oportuno, a usucapião constitucional, assim apelidada por trazer expressa previsão na Lei Maior. Também chamada de usucapião especial, *por misero, pro habitatione*, pela natureza essencial de assistência, só diz respeito a bens imóveis. Há a usucapião especial urbana e a rural: veja-se, em primeiro plano, a urbana, definida no Art. 183 da Constituição da República:

Art. 183 CF. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Essa modalidade especial urbana tem previsão infraconstitucional no Art. 1.240 do Código Civil. Observa-se aí o nítido caráter protetivo *pro familiae*, a partir do detalhe fundamental (“utilizando-a para sua moradia ou de sua família”) de que o bem será adquirido

por se tratar de porto seguro da família. No caso da usucapião especial rural, não é diferente, como se pode ver:

Art. 191 CF. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

É o Art. 1.239 do Código Civil que contém a mesma previsão, constatando-se aí o mesmo objetivo: garantir a propriedade em razão de o módulo de terra ser a fonte de sustento e, ainda, conter a moradia da entidade familiar.

5.1.5 Teoria das nulidades no Direito de Família: temperamentos *pro familiae*

É flagrante a distinção do Direito de Família, em relação aos demais sub-ramos do Direito Civil, quando o parâmetro é a teoria das nulidades; essa distinção existe e está aí consagrada em homenagem à família, enquanto instituição merecedora de proteção, promoção e conservação.

Os professores Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 383) lecionam, com Carvalho Santos, que “nulidade é um vício que retira todo ou parte de seu valor a um ato jurídico, ou o torna ineficaz apenas para certas pessoas”, ou seja, a lição faz referência às nulidades absolutas e relativas, com uma observação importante: a lição é restrita às nulidades do Direito Civil em geral, a regra.

Para o objeto do presente estudo, interessa apenas um referencial, o ato nulo (o ato absolutamente inválido), este cujas características podem, com base em Miranda (1970), ser assim sintetizadas:

- a) Nulidade insanável (não convalesce por prática de outro ato);
- b) Invalidade alegável por toda a sociedade ou pelo Ministério Público;
- c) Declarável de ofício, pelo juiz, e declarável incidentalmente em qualquer processo;
- d) Quem alega, está dispensado de fazê-lo por ação;
- e) Imprescritível (não convalesce por decurso de tempo); e

- f) Não produz efeitos (a decisão judicial que ilidir o ato terá força retroativa ao momento de seu nascêdouro).

Pode-se observar do texto encimado que tudo concorre e colabora para a extinção do ato viciado, como, por exemplo, a possibilidade de o juiz agir de ofício (quando a regra é a inércia da jurisdição) ou declarar incidentalmente; a possibilidade de o juiz ser acionado sem que seja por meio de ação; a não produção de efeitos e a cassação *ex tunc* (retroativa) de eventuais efeitos produzidos. São instrumentos que agem como verdadeiros elementos de expurgo, higienizando e saneando o sistema à medida que os afasta do ordenamento jurídico. Enfim, a ideia substancial é manter hígido o ordenamento, como se apercebe do lecionado em Grinover, Cintra e Dinamarco (1999, p. 339), para os quais o reconhecimento de uma nulidade “é uma forma de proteção e defesa do ordenamento jurídico vigente”.

Em vista dos argumentos expostos é possível afirmar que, por uma questão de interesse social, que se estriba, por sua vez, num princípio de segurança jurídica, existe o interesse público de que seja extirpado do sistema o ato nulo. Todavia, inobstante essa verdade posta, haja vista que pacificamente reconhecida pela doutrina, chama a atenção o excepcional fato de que, essa verdade posta não vale, somente não vale, para o Direito de Família, especialmente em sede do direito matrimonial (VENOSA, 2009; GONÇALVES, 2010; DINIZ, 2007). Neste domínio da ciência jurídica, com foco nitidamente *pro familiae*, o ato absolutamente nulo recebe tratamento diverso, como será demonstrado, e pode produzir efeitos, que é a máxima virtude esperada dos atos jurídicos.

Tão logo, também o ato anulável, que padece de vício menos grave, poderá produzir mais efeitos que normalmente produziria na esfera geral do Direito Civil. Deve-se, portanto, atentar para as especificidades do ramo familiarista, pois, como recomenda Diniz (2007, p. 255), “não seria prudente adotar no âmbito matrimonial, na íntegra, os princípios e critérios do regime das nulidades dos negócios jurídicos”, querendo dizer, dos negócios jurídicos em geral.

Basicamente, são essas as distinções dos atos viciados em Direito de Família:

- a) Nulidade absoluta declara-se de ofício, pela regra geral, enquanto na seara familiarista somente por provocação ao juízo, via ação ordinária, nos termos do Art. 1.549, Código Civil: “A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público”. Matiello (2005,

p. 1004) leciona que “a prestação jurisdicional depende de regular provocação”. E acrescenta que “Reside neste detalhe uma das mais relevantes diferenças entre a nulidade dos atos jurídicos em geral e a relacionada ao casamento”;

- b) Se a situação concreta indica a incidência de nulidade, como caminho mais viável para a preservação do sistema jurídico, incidirá a nulidade. Não será assim em matéria de matrimônio, que somente incide hipótese de nulidade se houver previsão legal específica. É a aplicação do *pas de nullité sans texte*, ou princípio da tipicidade das nulidades, colhido no Direito francês (VENOSA, 2009). Vale dizer, um casamento só poderá ser sancionado com nulidade, se na lei houver previsão específica, típica da situação apresentada. Pode-se ilustrar assim: se um menor de 16 anos participar de qualquer negócio jurídico, sem estar representado, o ato será considerado absolutamente nulo, consoante Art. 166, inc. I, Código Civil. Entretanto, saindo da parte geral do Código Civil, encontrar-se-á que o casamento do menor de 16 anos é anulável (Art. 1.550, inc. I). Outro exemplo da aplicação desse princípio: o ato praticado sob coação será anulado por aplicação da incidência do Art. 151 (da parte geral), mas não em se tratando de matrimônio, para o qual a coação tem previsão específica (Art. 1.558);
- c) Declarada a nulidade absoluta de ato jurídico em geral, a sentença que o faz retroage ao momento de seu nascêdouro (efeitos *ex tunc*), de forma que nenhum efeito lhe aproveita (DINIZ, 2007). Em se tratando de matrimônio, há a figura do casamento putativo, com previsão legal no Art. 1.561: “embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória”. Acrescentando-se no § 1º: “Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão”. À guisa de ilustração pode-se imaginar o casamento entre irmãos, vedado expressamente por norma de ordem pública (Art. 1.521, inc. IV) e com sanção expressa em lei (Art. 1.548 – nulidade absoluta), por norma de mesma natureza, porém, em homenagem à boa-fé dos nubentes, ou ao menos de um deles, o casamento produzirá efeitos. A norma do Art. 1.561, que

apresenta esta magnífica exceção, diz que os efeitos fluirão até a sentença, entretanto há que se entender a possibilidade de efeitos ultra-sentença: 1) pode-se pensar nos alimentos que teriam amparo no Art. 1.694 do Código Civil, em razão de ter havido esse vínculo, caso em que também o cônjuge de má-fé sofreria efeitos desse matrimônio, à medida que surgiria, para ele, a obrigação alimentar; 2) poder-se-ia acrescentar a questão da continuação do uso do sobrenome, que seria outro efeito grandioso do pós-sentença; 3) se o cônjuge de boa-fé era menor ao tempo do casamento, com ele emancipou-se (Art. 5º, parágrafo único, inc. II); uma vez anulado não desfará aquele estado de capacidade (VENOSA, 2009); e 4) por fim, como adverte Matiello (2005), a presunção de paternidade (Art. 1.597) permanecerá em face do pai descasado por nulidade;

- d) O testamento nulo nenhum efeito produz, como outros atos viciados, porém, se no testamento nulo houver cláusula de reconhecimento de filho, esta produzirá seus plenos efeitos, se a causa da nulidade recai sobre o negócio jurídico em si, mas não sobre a referida manifestação de reconhecimento do filho. Chega-se a esse desiderato com base no Art. 1.609 do Código Civil, que consagra a irrevogabilidade da declaração que reconhece, isso atrelado ao inc. I do mesmo dispositivo, que admite o reconhecimento por meio de qualquer escrito particular, e ao inc. III, segundo o qual a manifestação testamentícia incidental⁴⁰ serve para reconhecer o filho. Assim, se o testamento revogado terá a sobrevivência da cláusula que reconhece filiação, a mesma cláusula de reconhecimento, dentro de um testamento nulo (feito por incapaz de testar ou fora da forma legal, por exemplos) será eficaz, se o vício não recai sobre a manifestação em si, pois, numa interpretação sistemática, se mero escrito particular é hábil ao reconhecimento e a manifestação pode se dar incidentalmente num testamento, ainda que nulo o ato, aquela cláusula será eficaz. Em verdade, quis o legislador aproveitar, ao máximo, a oportunidade de garantir a paternidade aos filhos extramatrimoniais.

⁴⁰ Diz-se que uma manifestação de vontade é incidental num determinado negócio jurídico, quando este não tinha por finalidade aquele manifestação. Se o reconhecimento é incidental num testamento, significa que o ato não foi produzido com a finalidade específica de reconhecer a filiação (mas incidentalmente o fez).

5.1.6 Casamento por procuração inválida e coabitação como elemento saneador

O casamento por procuração é admitido, desde que o mandato confira poderes especiais e seja por instrumento público, recomenda o Art. 1.542, Código Civil. Se o mandato é revogado e ainda assim ocorrem as núpcias, estas são anuláveis, prevê o inc. V do Art. 1.550. Todavia, no mesmo dispositivo há a ressalva de que sobrevindo coabitação esta sanearia o ato de sua vicissitude.

Vê-se dessa norma protetiva o extremo cuidado do Estado para com a entidade familiar que se forma do casamento, sendo perceptíveis os esforços envidados no sentido de colocar a união a salvo da ruptura, seja pelas pessoas envolvidas diretamente no ato, seja pelos reflexos sociais que sabidamente o rompimento enseja. Nesse mesmo viés caminha o legislador no tratamento das anulabilidades, quando se vê a previsão de verdadeiros artifícios voltados para o saneamento do matrimônio, como a previsão do Art. 1.551, Código Civil, que garante o saneamento do casamento do menor de 16 anos, se sobreveio gravidez. Se não sobreveio gravidez, mas ao completar a idade núbil (16 anos) o menor confirmar o ato, estará saneado da mesma forma (Art. 1.553, Código Civil). Há, ainda, outros exemplos dessa especial proteção à família:

- a) Consta do Art. 1.554 que se o casamento foi celebrado por autoridade incompetente, mas esta se passava publicamente por autoridade legítima, o casamento nenhum prejuízo terá em sua validade; e
- b) No Art. 1.555, § 2º consta que se o casamento é anulável por haver se consumado sem a autorização dos representantes legais, estará saneado se os tais representantes houverem assistido à celebração ou por qualquer outra forma demonstrado sua anuência.

5.1.7 Planejamento familiar e princípio da não interferência

O planejamento familiar, que é uma das marcas do Estado Democrático de Direito e da família das igualdades (ou seja, instituto compatível com a liberdade), encontra-se previsto na Constituição, no § 7º do Art. 226:

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.

A definição de planejamento familiar pode ser colhida na Lei nº 9.253, de 12 de janeiro de 1996, que regulamentou aquela disposição constitucional, em seu Art. 2º: “[...] o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Em última instância, pode-se dizer que o planejamento familiar⁴¹ é uma questão de saúde da família, sim, especificamente da família, embora, como já dito, os reflexos sejam coletivos. Daí que, no parágrafo único do Art. 3º da comentada Lei, está prescrito que o Sistema Único de Saúde deve se mobilizar para que se efetive o planejamento familiar, mas observe, por outro lado, que o Art. 4º da mesma Lei prevê que o referido planejamento “[...] orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”.

O Poder Público age guiado pelos princípios da dignidade da pessoa e da especial proteção do Estado, onde este último consiste na presença pública com caráter unicamente protetivo, vedada qualquer medida abusiva das liberdades cidadãs. São cláusulas legais que espelham a vedação de abuso nessa interação Administração Pública/administrado, o parágrafo único do Art. 2º da referida Lei, que proíbe qualquer tipo de controle demográfico, assim como a parte final do § 7º do Art. 226 (“vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”), que é reafirmada no Art. 1.513 do Código Civil: “[...] é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Esta última proteção, ampla, incluiria o planejamento familiar, pois, como comenta Matiello (2005, p. 977), “Somente com base na lei é que os entes públicos podem

⁴¹ Em miúdos, pode-se dizer que o planejamento familiar consiste em planejar a família, até mesmo no modo de estabelecê-la, se formal (casamento) ou informalmente (união estável), se conjugando uma relação ou simplesmente se relacionando, embora a citada Lei faça referência somente à formação da prole. Dir-se-ia, portanto, que planejar a família é escolher o modelo de convivência afetiva e formar a prole livremente. Quanto à prole, discutiriam se teriam filhos ou não. Caso não os queira, que método contraceptivo aplicar. Caso os queira, qual o número de filhos, a forma de concebê-los, se natural ou artificialmente, ou, ainda, se por adoção, o intervalo entre os nascentes e o método contraceptivo para os intervalos férteis. Propugna-se, aqui, por essa visão amplificada do preceito democrático que garante o direito ao planejamento familiar.

exigir dos indivíduos este ou aquele comportamento, seja qual for o âmbito da ingerência de que se esteja tratando”.

Essas cláusulas legais protetivas têm o condão de agir preventivamente *pro familiae*, com base numa premissa de que a interferência estatal ou particular inadequada poderia prejudicar a entidade familiar enquanto tal, como sugere Matiello (2005, p. 977):

A unidade familiar decorrente da instituição da família merece especial proteção legislativa. Procura-se com isso impedir qualquer ingerência externa capaz de debilitar tão importante relação, mormente no que concerne à comunhão de vida, traço mais significativo do vínculo constituído no seio familiar. [...] fica claro que tanto as pessoas físicas como os entes ideais de natureza pública ou privada estão obrigadas a respeitar a comunhão de vida originada da família, abstendo-se de quaisquer atos tendentes a molestar a sua estrutura.

A casa é ambiente sagrado para o legislador, que reconhece, como instrumento de prevenção e promoção das pessoas, a garantia da privacidade e da intimidade. Como visto na pesquisa, é um ambiente de manifestações essencialmente abstratas, razão pela qual a maioria (mais de 90% dos pesquisados) destaca a força dos elementos imateriais, como os aspectos emocionais e a afetividade.

Desse modo, tanto o direito ao planejamento familiar como a garantia jurídica da não interferência atuam como medidas protecionistas da conservação da unidade familiar. Eventuais manifestações externas só podem ocorrer sob o pálio do princípio da especial proteção.

5.1.8 Juridicização do afeto

No item “**3.2.1 Funcionalidade social e mecanismos intra-familiares**” foi tratado da importância da juridicização do afeto, fenômeno que levou ao franco reconhecimento, por parte do Estado e da sociedade, de situações outrora relegadas ao plano fático, secundário, alheio ao Direito. Viu-se no referido item, que a atual sistemática passou a reconhecer a paternidade socioafetiva, inclusive em detrimento de pais meramente biológicos e registrais.

Esse fenômeno, constatado pela literatura jurídica, a exemplo de Lôbo (2008), trocou o paradigma da legitimidade pelo da afetividade, mudando a análise dos vínculos familiares do plano meramente formal para o plano da realidade, pois este (restou constatado),

era o único caminho válido em se tratando de uma filosofia chamada função social da família. Exemplos desse novo senso de observação são os Art. 1.597, inc. V, 1.614 e 1.583, § 2º, inc. I. No Art. 1.597, inc. V, confere-se a presunção de paternidade ao filho concebido por inseminação heteróloga (com material biológico doado anonimamente); no Art. 1.614 tem a garantia ao filho de que não está obrigado a suportar uma paternidade que não esteja atrelada à realidade de sua vida; e no inc. I do §2º do Art. 1.583 garante-se ao filho a guarda de quem tenha condições de oferecer afeto. Neste último texto, expressamente, e outros implicitamente, a ordem do dia é a valorização dos laços parentais reais.

A pesquisa de campo deixou clara a importância dos valores imateriais para as pessoas envolvidas no fenômeno do rompimento da família, sendo possível associar categoricamente dois quesitos: o empobrecimento da afetividade nas relações com o genitor e a dificuldade nas relações sociais fora de casa. Quase 100% dos entrevistados (pessoas que viveram o divórcio, também chamadas de filhos do divórcio) respondem às duas primeiras questões⁴² (sobre relacionamento com o não guardião e relações sociais) com esse resultado atrelado: o baixo relacionamento com o pai e as dificuldades nas relações sociais, ou seja, quando esse relacionamento com o genitor, após o rompimento do núcleo familiar, revelou-se mais pobre afetivamente, ao mesmo tempo surgiram as dificuldades, no grau pouco ou muito, nas relações no ambiente escolar e outros espaços sociais. A questão completamente aberta, em que o entrevistado tinha a oportunidade de se expressar sem nenhuma provocação, e apenas se desejasse, na maior parte das vezes em que opinou, também o fez com um resultado atrelado a essas duas questões. Transcreve-se o lamento de uma delas, do sexo masculino, de 19 anos de idade: “[...] é a quebra da aliança da família. Algo triste que separa as pessoas da família e também consegue separar a gente de outras pessoas. A pessoa que sofre essa tristeza fica diferente das outras pessoas”.

Outro, um moço de 20 anos de idade, expõe seus sentimentos nestes termos:

Posso dizer que a pior parte foi o abandono por parte de meu pai, a indiferença, como se não fosse seu filho. Também o fato de ver toda a família desestruturada, acabada, toda sem nenhuma estima por si. [...]. Parece que todos estão vendo e assistindo o (sic) sofrimento da minha família, mas ninguém pode fazer nada para ajudar.

⁴² Questões na íntegra: 1. Qual o nível de relacionamento com o genitor não guardião? 2. O rompimento da família causou alguma influência em suas relações sociais?

Nos respostamentos dos operadores de família⁴³ percebe-se a mesma batida, com a repetição visível das mesmas tônicas, como há de ser visto pela frente: o empobrecimento das relações parentais, a partir da quebra ou deterioração do vínculo paterno-filial, e as consequentes dificuldades nas relações extra-casa.

Urge reconhecer, desse modo, a importância inafastável da nova visão, do Poder Público e da sociedade civil, acerca da questão afetiva como matéria jurídica, que passa a valorizar certas situações, emancipando-as. Foi o que ocorreu com o reconhecimento da união informal como entidade familiar (união estável, Art. 1.723, Código Civil), da igualdade dos filhos, independentemente da origem da filiação (Art. 1.596, Código Civil), da promoção dos vínculos paterno-filiais e materno-filiais assentados na socioafetividade (WELTER, 2003) e, por último, do reconhecimento, em nível jurisprudencial, das parcerias homoafetivas enquanto entidades familiares (ADPF nº 132-RJ, STF).

O Estado brasileiro descobriu que ao eleger um paradigma (família matrimonializada e filhos dessa relação) em detrimento de outros modelos (arranjos familiares informais e filhos ou filhos fora de qualquer compromisso) criava um fosso de discriminação que atrapalhava a marcha civilizada e sincronizada da sociedade, o que era, em última análise, como um tiro no próprio pé. A visão do afeto ponderado como valor jurídico fundante das relações familiares é a forma mais adiantada e segura de oferecer proteção às pessoas individualmente e à família enquanto núcleo basilar da vida organizada em sociedade.

5.2 INSTRUMENTOS PALIATIVOS

Instrumentos paliativos seriam aquelas medidas garantidas pelo Estado, como forma de minorar o sofrimento impingido às partes envolvidas no processo de rompimento do núcleo familiar. “Processo” no sentido de fenômeno social, mesmo. É como se o Poder Público, percebendo que as medidas preventivas falharam, oferecesse outras com vistas a amparar as pessoas envolvidas, mormente sob o pátio do princípio da dignidade da pessoa humana.

Numa metáfora com o trânsito, é como se o Estado propusesse uma direção defensiva da sociedade conjugal, com o objetivo de conservá-la, entretanto, se o acidente do

⁴³ Operadores de família é expressão para se referir aos profissionais entrevistados, cuja função é, em essência, ligada à família, tais como psicólogos, ministros religiosos, juízes e promotores das varas judiciais especializadas em família, professores de crianças e adolescentes e assistentes sociais.

rompimento for inevitável, há artifícios outros para amenizar a batida. As medidas paliativas seriam cinto de segurança e *air bag*.

5.2.1 Família substituta: guarda, tutela e adoção

A família natural é a regra. Em sua falta, atua a família substituta, que assim se chama por fazer as vezes daquela. Esse fenômeno excepcional tem três portas de entrada: a guarda, a tutela e a adoção. Por meio desses institutos, que foram listados em ordem crescente de importância (com base nos efeitos jurídicos), a pessoa, geralmente menor de idade, que não pode permanecer no seio de sua família nuclear biológica ou não a tem mais. Não pode permanecer nela se o abuso reiterado do poder familiar levou à perda desse poder, ao qual Venosa (2009) prefere chamar de autoridade parental.

Ao falar da guarda, que consiste em ter a companhia do menor, não se quer fazer referência à guarda que opera com o rompimento do matrimônio ou da união estável, em que o menor é confiado a um dos genitores ou a ambos. Fala-se, agora, da guarda por não genitores, portanto não tem foco no rompimento artificial (divórcio ou desfazimento de união estável), mas no menor em si mesmo, que ficou ao desamparo de sua família natural por outras razões. Pode-se imaginar a hipótese de morte de ambos os genitores ou morte de um, mas com incapacidade do outro.

Nesse caso, entregar o menor a pessoas que não sejam os seus pais é medida salutar, preferível à internação do infante em abrigo do Estado (princípio do direito ao convívio familiar e comunitário), principalmente se o guardião for pessoa da parentela, pois a lei, como há de ser visto, prioriza a guarda aos domésticos em detrimento de estranhos. Sobre a primeira parte da afirmação, veja-se a previsão do § 1º do Art. 34 do ECA: “A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, [...].”

Doutro ângulo, se necessário o menor ser colocado em família substituta, prefer-se, dentro desse caminho de excepcionalidade, a adoção à tutela e à guarda, posto que estas últimas são medidas precárias, sem a definitividade e a estabilidade tão importantes ao desenvolvimento do menor. Numa metáfora ilustrativa, os três institutos são coberturas voltadas para a proteção e amparo do menor, mas a guarda é a cobertura mínima, a tutela é a

mais ampla (imita o poder familiar), e a adoção, a grande cobertura, é a própria casa (confere poder familiar, portanto, confere a esperada segurança jurídica).

Nos ditames do ECA, pode-se ver do Art. 33, a guarda consiste em trazer o menor em companhia, assistido material, moral e educacionalmente. A tutela é tratada com mais amplitude no Código Civil, no qual se vê, a partir do Art. 1.728, que os tutores substituem os pais (AZEVEDO, 2003), de modo que além de medida menos precária em relação à guarda, ganha em extensão, pois os tutores atuam com todos os direitos e obrigações pertinentes ao poder familiar (Art. 1.740), exceto que esse encargo se dá sob estreita fiscalização do Poder Público (Art. 1.741, 1.742, 1.745, 1.755 a 1.762) e os tutores não têm poder de correção (Art. 1.740, II). A adoção, tratada nos Art. 39 e seguintes do ECA, confere a plenitude do poder familiar (RODRIGUES, 2004).

5.2.2 Guarda unilateral e direito de visita

Agora fala-se em guarda referindo-se àquela situação em que o menor está em companhia de um dos pais, por conta do rompimento do casamento ou da união estável. Havendo o divórcio ou o desfazimento da união informal o menor será colocado em companhia de um dos pais, aquele que melhor atender aos interesses do menor. Aliás, este o critério norteador do estabelecimento da guarda. Poderá ocorrer de a guarda ser atribuída a ambos os pais em igualdade: é a guarda compartilhada, como será visto adiante.

Quando se estabelece a guarda em favor de um dos pais, diz-se que ela é unilateral, conforme definição legal estampada na primeira parte do § 1º do Art. 1.583 do Código Civil. Consoante notícia de Gonçalves (2010), essa tem sido a modalidade mais corrente, que, como lembra o autor (p. 293), “[...] apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores”.

Aplicada essa espécie de guarda, ao cônjuge ou companheiro não guardião corresponderá o direito à visitação do menor, que, aliás, é direito-dever. Afinal, o rompimento do núcleo familiar, independente de como se estabeleça a guarda, não altera a titularidade do poder familiar (AZEVEDO, 2003), como registra o Art. 1.579 do Código Civil: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”, acrescentando no parágrafo único que “Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”. Naturalmente o legislador

refere-se só a casamento e divórcio por força do hábito, mas aí estão ínsitos a união estável e seu desfazimento.

Por conta da constatação de que o poder familiar permanece sob a dupla titularidade, nem haveria necessidade, mas quis o legislador reforçar essa preocupação no § 3º do Art. 1.583: “A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos”. Em suma, há ex-esposa e ex-esposo, mas não ex-filho, e enquanto a prole estiver na condição de infância e adolescência caberá a ambos os pais, não importa em que estado civil familiar, exercer a autoridade parental.

Viu-se na pesquisa de campo a expressiva manifestação (mais de 80%) dos filhos do divórcio no sentido de que, enquanto estiveram sob a custódia materna, a presença do pai não foi além dos aspectos materiais dos alimentos, ou seja, a participação paterna restringiu-se ao apoio econômico. Esse dado, por sua vez, alinhou-se perfeitamente à opinião dos profissionais (psicólogos, psiquiatras, ministros religiosos, pedagogos etc), que assinalam, em mais de 90% das entrevistas, que uma carência marcante do divórcio é a deficiência nas relações parentais, especialmente entre pai e filhos.

No visível afã de aperfeiçoar o instituto da guarda, veio a Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011, com salutar avanço, ao garantir aos avós o direito de visitas aos netos do lar desfeito. A noviça Lei acrescentou parágrafo único ao Art. 1.589, Código Civil. Salutar, pois embora doutrina e jurisprudência já trouxessem essa orientação, é importante que a lei registre expressamente um direito que vem socorrer os menores envolvidos na ruptura. Claro que atende aos sentimentos avoengos, mas até quando os atende, neste caso, a tônica está na promoção da dignidade dos menores, como coloca em destaque a nova norma: o direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”.

5.2.3 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada, mesmo por ser, de certa forma, novidade na sistemática nacional, vem definida em lei, consoante segunda parte do § 1º do Art. 1.583: “Compreende-se [...] 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”. Como há muito já lecionava Strenger (1998, p. 71), “[...] a guarda em comum

é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esse desiderato”.

Na guarda compartilhada não se estipula um guardião, mas ambos os pais permanecem guardiões dos menores, de forma que mesmo não havendo o convívio dos pais, os filhos estarão em companhia de um ou de outro, indistintamente e de modo inopinado. A intenção é manter a prole unida (que na guarda unilateral por vezes é dividida) e desfrutando da máxima companhia, do máximo contato, com os genitores (GRISARD FILHO, 2006). Essa modalidade de guarda pode parecer pouco praticável, no sentido de que o tumulto de rotina que se encena na sociedade pós-moderna, que impede o bom contato dentro do núcleo familiar constituído, menos provável seria praticá-lo após a ruptura dos pais.

Parece, também, que o mais esperado dessa guarda não é tanto o convívio físico, mas emocional e espiritual, no sentido de que os filhos sintam a harmônica interferência de ambos os genitores em suas vidas. Seria o contato físico possível, mas, sobretudo, o conforto de se sentir influenciado harmonicamente por ambos os amores de suas vidas.

O instituto foi acrescido ao Art. 1.583 por força da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, e pelo que se vê a intenção do legislador foi esclarecer o novo instituto, mas não o fez com o rigor ideal, a exemplo do que ocorre no fecho do parágrafo, ao se referir “ao poder familiar dos filhos comuns”. Naturalmente só poderia ser sobre os filhos comuns, pois sobre enteados ou simplesmente filhos do outro não faz sentido falar em poder familiar.

Ademais, é possível inteligir a mensagem contida na norma, mas também não soa com boa técnica dizer que a guarda compartilhada é “responsabilização conjunta”, pois o poder familiar, que permanece após o rompimento, consiste nessa responsabilização solidária pela criação e formação dos filhos menores (Art. 1.579, Código Civil), como já tratado. Certo é que o legislador quis garantir mais esse instrumento paliativo dos males ensejados pelo fim da união, principalmente aos filhos menores. Nesse sentido é oportuno comentário de Venosa (2009, p. 185), nestes termos:

Compartilhar deveres e obrigações por parte de pais separados em relação aos filhos significa manter os elos de afeto com maior presença na vida dos menores. Não há, porém, forma de impor o compartilhamento sem a cooperação dos pais. A guarda compartilhada é possível quando os genitores residem na mesma cidade, possuindo relação de respeito, cordialidade e maturidade. Há que preponderar sempre o interesse do filho.

Não resta dúvida que a guarda compartilhada representa um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento e formação de crianças e adolescentes.

A guarda compartilhada já era praticada no Brasil, com baixa aplicação, baseada em doutrina e jurisprudência, fontes secundárias do Direito nacional, mas com o advento da Lei nº 11.698/2008 há claro incentivo do Estado, como pode ser conferido nos dispositivos que seguem transcritos do Art. 1.584, inc. II:

§ 1º (inc. II) 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 (inc. II) Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

A doutrina, a exemplo de Akel (2008) e de Grisard Filho (2006), tem considerado um instrumento válido na defesa do interesse dos menores, tanto que, como já informado, vinha defendendo essa posição antes da Lei nº 11.698/2008, que positivou o instituto.

Nas entrevistas aos profissionais que operam com a família, à segunda questão (sobre eventuais prejuízos nos valores imateriais)⁴⁴, mais de 90% destacaram o prejuízo ao equilíbrio emocional, seguindo-se da identidade (com mais de 80%), da auto-estima (mais de 70%, e, por fim, em níveis menores de preferência, vieram os valores autonomia, segurança pessoal, confiança e criatividade.

Na terceira questão a esses operadores de família (quais as principais carências apresentadas no campo dos relacionamentos), mais de 90% asseveraram que ocorre deficiência nas relações parentais, especialmente entre pai e filhos, com destaque para a sobrecarga que atinge a mãe (guardiã) e o distanciamento do genitor, que na maior parte das vezes ou é mero provedor material, de má qualidade enquanto provedor, ou nem mesmo atinge esse nível. Certo psicólogo fez uso da questão completamente aberta (se deseja acrescentar algo), listando esses fatores:

- relação prejudicada com os filhos, principalmente para o cônjuge que deu motivo à separação;
- sobrecarga material e emocional do guardião;
- distanciamento do genitor descontínuo, principalmente se recompõe vida conjugal;
- sentimento de fracasso do casal (sic).

⁴⁴ Qual a afetação no campo dos valores imateriais, tais como identidade, criatividade, saúde emocional, autonomia etc?

A guarda compartilhada é uma proposta do Poder Público que vem perfeitamente ao encontro da solução ou da possibilidade de amenizar os efeitos negativos do rompimento sobre os filhos, principalmente. Uma pedagoga narrou no campo aberto a comentários (última questão): “altamente prejudicial aos filhos menores”, após haver opinado de que o divórcio é mais prejudicial quando há a presença de prole menor de idade (1^a questão, sobre o rompimento com ou sem prole e eventuais prejuízos) e que o divórcio torna deficientes as relações parentais, especialmente entre pai e filhos (2^a questão, sobre as principais carências apresentadas no campo dos relacionamentos). Constatações, como se vê, de que a guarda compartilhada seria um instrumento paliativo hábil a prevenir, em certa medida (por isso mesmo chamado paliativo), a degradação dessas relações tão caras à formação empoderada do sujeito.

5.2.4 Mudança da guarda a qualquer tempo

A sentença que decide pela guarda não transita materialmente em julgado, ou seja, há mero trânsito formal, pois há qualquer tempo, guiado pelo princípio da prevalência do interesse do menor, o juiz poderá reformular o seu *decisum*. Como exemplifica Venosa (2009, p. 185), “Após algum tempo, serenados os ânimos entre os interessados, a guarda compartilhada pode surgir como uma solução natural”.

Realmente é o que se colhe no texto do Art. 1.584, § 4º, do Código Civil: “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”. Inclusive, ainda que já definida a guarda em favor do pai ou da mãe ou de ambos, o juiz poderá deferi-la a pessoa que “revele compatibilidade com a natureza da medida”, retirando, dos genitores, para entregar a outrem, de preferência da parentela, narra o § 5º do citado artigo.

Dentro dessa maneabilidade, que é guiada pela prevalência do interesse do menor, fique reforçada a possibilidade de se estabelecer a guarda compartilhada, como lembrou Venosa (2009), em ocasião posterior à fixação de guarda unilateral, mudança que seria salutar, diante do visto.

5.2.5 Conservação do sobrenome do cônjuge

Outro instrumento paliativo está em garantir a manutenção do sobrenome do outro, após o rompimento.

Na sistemática do Código anterior era marca natural da patriarcalidade que o homem desse nome à mulher (MONTEIRO, 2004), tal qual é natural que na família das igualdades vigore um novo critério, como se vê do § 1º do Art. 1.565 do Código Civil: “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”.

A regra é que, com o final do casamento ou da união estável os cônjuges ou companheiros sejam livres para decidir sobre a continuação do uso do sobrenome, entretanto a lei põe a salvo algumas exceções, justamente com vistas a minorar os efeitos daninhos do desmantelamento do núcleo familiar. Essas hipóteses excepcionais estão listadas no referido Código, no Art. 1.578, *in verbis*:

O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

- I – evidente prejuízo para a sua identificação;
- II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;
- III – dano grave reconhecido na decisão judicial.

Evidente prejuízo à identificação haveria se a pessoa fez fama, exemplifica Gonçalves (2010), usando o sobrenome que recebera do outro, situação vivenciada por pessoas do meio artístico. Também no meio político há pessoas que são identificadas por um sobrenome que, se alterado, poderia causar problema em sua identificação nesse meio. Ambos os exemplos servem para ilustrar a terceira causa, que seria o dano judicialmente provado, pois além de prejudicar a identificação da pessoa em seu meio, haveria, em tese, influência patrimonial. Também um escritor ou um comerciante poderiam ficar prejudicados (dano material) por estarem proibidos de continuar usando o sobrenome que se tornara uma marca conhecida e reconhecida.

A segunda hipótese, em que a pessoa exige a manutenção do sobrenome para evitar clara diferença entre o seu nome e o de seus filhos, ocorreria, por exemplo, quando alguém, ficando por guardião da prole ou de parte dela, com a retirada do sobrenome causasse tanta diferença de seu nome em relação ao nome dos filhos, que tal trouxesse

constrangimento, como alguém que se chama Maria da Silva Kalinovsky e passa a se chamar apenas Maria da Silva, enquanto seus filhos mantem este último sobrenome. Isso poderá chamar a atenção na escola ou no posto de saúde, assim como em outros ambientes públicos nos quais mãe e filhos se apresentem e se identifiquem.

A investigação prática mostrou que há visível acréscimo de dificuldades nos relacionamentos sociais, como na escola, após o rompimento. Isso mostra a importância da medida em comento, como forma de não potencializar as ditas dificuldades relacionais, pois a diferença no nome poderia ensejar comentários preconceituosos, agravando outras carências constatadas, como a queda da auto-estima e da autonomia pessoal, e mesmo a questão do equilíbrio emocional da criança ou do adolescente, que foi o quesito eleito como mais afetado.

Em que pese tenha desaparecido a discussão de culpa (LÔBO, 2008; GONÇALVES, 2010; VENOSA, 2011) ou esteja em vias de desaparecer (PORTO, 2011) na crise do rompimento conjugal, deve-se entender que será mantida a regra de se poder escolher, facultativamente, se haverá a manutenção do sobrenome, entretanto, se não estão acordes, aquele que se sentir prejudicado com a mudança imposta poderá lançar mão dessas hipóteses legais acima listadas para defender a manutenção do nome de cônjuge ou de companheiro.

5.2.6 Divórcio consensual

Consensual é o divórcio em que partes estão acordes quanto ao rompimento e a questões básicas em que ele implica: uso do sobrenome, guarda dos filhos, alimentos e partilha do patrimônio.

Dentro das classificações do divórcio, quanto à manifestação de vontade dos cônjuges tem-se o divórcio litigioso e o consensual, este chamado, ainda, de amigável ou por mútuo consentimento (GAMA, 2008).

Se o divórcio é uma usina de ressentimentos, de mágoas (WALLERSTEIN e BLAKESLEE, 1991), é presumível que o divórcio chamado consensual ameniza os efeitos emocionais perversos do rompimento, uma vez que o divórcio litigioso apresenta, por sua natureza, maiores chances de o debate continuar repercutindo sobre as pessoas envolvidas, por longos anos após a sentença divorcista. Os ressentimentos são mais crônicos, pelo que se observa na prática cotidiana, de modo que não raro um dos ex-esposos surpreende o outro

com a renovação do litígio, inclusive lançando mão de todas as demandas judiciais possíveis, como revisão dos alimentos, anulação de partilha e pedido de sobrepartilha (pode ocorrer), redefinição da guarda e queixa sobre o direito de visitas aos filhos.

Certamente foi com essa percepção de que o divórcio consensual é mais vantajoso para as partes e para a sociedade, inclusive pelos aspectos emocionais que envolve, que o legislador sinalizou com a nova possibilidade, o divórcio extrajudicial ou administrativo, que é a formalização da ruptura em cartório (como explicado anteriormente), com visível praticidade.

Sobre a Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que trouxe, dentre outros, o divórcio por escritura pública, transcreve-se trecho oportuno de artigo publicado na Revista Multitemas (PORTO, 2011, p. 46): “[...] teve nítido cunho de desburocratização, atendendo a um só tempo as questões da economia processual, do desafogamento do Poder Judiciário e, para o caso dos rompimentos, da minoração dos desgastes emocionais, com preservação da vida privada”.

No plano ideal, ter-se-ia a manutenção do núcleo familiar que produz função social. Quando esse plano não é atingido, nem tem meios de atingi-lo, antes a entidade familiar passou a produzir ou está na iminência de produzir o trágico, socorre-se de remédio excepcional: o divórcio. Dentro desta hipótese, prefere-se o prejuízo menor que, em tese, seria o rompimento chamado consensual.

Vale registrar a opinião manifesta por um psicólogo entrevistado, que no campo aberto (última questão) acrescentou que a “relação fica prejudicada com os filhos, principalmente para o cônjuge que deu motivo à separação”. Foi, também, o que mostrou a pesquisa das norte-americanas Wallerstein e Blakeslee (1991), confirmando a desgraça do cônjuge marcado como causador do rompimento. Tomado das dores traumáticas (aparecem em mais de 85% das entrevistas, incluindo a opinião dos profissionais da família), é natural que se procure uma canalização para culpa e condenação, e esse canal costuma ser exatamente o esposo tido por causador da separação da família.

Desse prisma, salta em importância que o divórcio inevitável seja consumado nos moldes do consenso. Não o consenso meramente formal, com o qual o Direito se satisfaz (já discutido esse aspecto), mas o consenso que alcance de fato os interesses mútuos e, principalmente, os interesses da prole, o que atuará como instrumento de harmonização nas relações parentais, com especialidade entre os filhos e os pais. Se o divórcio assume esse

perfil, importa lembrar a opinião dos especialistas de que o referido instituto cria ambiente favorável (que o digam os juízes das varas de família) ao estabelecimento da guarda compartilhada. E mais: no item “**5.4.1 Medição familiar**”, ao final do trabalho, no qual são sugeridas medidas práticas para conservação das relações parentais (para após a falência do núcleo familiar), ver-se-á que a guarda compartilhada efetiva é importante instrumental nessa questão. Em suma, pode-se afirmar que o divórcio consensual facilita a guarda compartilhada, que, por sua vez, facilita a conservação das relações familiares após o rompimento.

5.2.7 Divórcio direto

Dentre os instrumentos paliativos certamente tem lugar garantido o divórcio direto, recentemente consagrado como regra em nosso sistema, que passa de bifásico (que exige a separação como pré-requisito para o divórcio) a monofásico (PORTO, 2011). Antes da Emenda Constitucional nº 66/2010, a doutrina vinha clamando por essa mudança, a exemplo de Dias (2001, p. 66):

É imperioso que se reconheça ser de todo inútil, desgastante e oneroso, não só para o casal, mas para o Poder Judiciário, impor uma duplicitade de procedimento para simplesmente manter no âmbito jurídico – durante o breve período de um ano – uma união que não mais existe.

Especialmente sobre os aspectos pessoais, teve-se oportunidade de fazer uma reflexão nestes termos (PORTO, 2011):

[...] naturalmente, quanto mais entraves burocráticos e quanto mais tempo houver na prorrogação do rompimento do núcleo familiar rompido, maior será a fadiga de todos os envolvidos no processo: consortes, filhos e demais familiares. Minorar essa fadiga de alma é questão de observar, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inc. III, da Constituição Federal).

É perceptível a preocupação do Estado, que, com medidas dessa natureza, promovem a especial proteção da família, conforme mandamento constitucional insculpido no Art. 226, fenômeno a que se ousou chamar, no correr deste discurso, de princípio da especial proteção do Estado.

5.2.8 Concentração na guarda, tutela e adoção de irmãos

Com os acréscimos da Lei Nacional da Adoção, o § 4º do Art. 28 do ECA prevê a concentração na guarda, tutela e adoção de irmãos, sempre que possível, confiando-os, portanto, à mesma família substituta: “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”.

“Evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais” é afirmação que leva a duas constatações: 1) a colocação em família substituta, que tem natureza essencialmente protetiva, deve observar o princípio do direito à convivência familiar e comunitária; e 2) a concentração da prole em uma mesma família poderá falhar na guarda e na tutela, que são medidas precárias, temporárias, mas rigor maior deve haver nesse mister quando se tratar de adoção, pois esta é definitiva e irreversível, consoante Art. 49, segundo o qual nem mesmo a morte dos adotantes restabelece o vínculo o vínculo com a família natural. O Art. 1.733 do Código Civil está orientado, naturalmente, por essa mesma filosofia: “Aos irmãos órfãos dar-se-á um só tutor”.

Visível nessas disposições legais o investimento do Poder Público em medida paliativa aos perversos efeitos do rompimento da entidade familiar. Assim também o juiz, ao decidir a guarda na ruptura do casamento ou da união estável, terá o cuidado de manter o convívio da prole, sempre que possível. Se nenhum dos pais apresentar as condições legais para a guarda, os filhos serão colocados em família substituta, sob as luzes desse critério que pretende poupar os menores, ao menos em parte, das angústias que o rompimento produz.

5.2.9 Manutenção da dupla titularidade do poder familiar

Com o fim do casamento ou da união estável, discute-se a nova atribuição da guarda (que é uma faceta do poder familiar), se unilateral ou compartilhada (Art. 1.583 e seguintes do Código Civil), mas sempre com a advertência de que o poder familiar permanece sob titularidade de ambos, tal qual fora durante a sociedade conjugal ou em união estável, conforme Art. 1.579 do Código Civil: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

Se os institutos da guarda e do poder familiar não se confundem, somente a razão protetiva, neste caso de natureza paliativa, teria movido o legislador a essa observação aparentemente desnecessária. Por outro lado, o Estado poderia determinar que com o rompimento do casal, os vínculos paterno-filiais e materno-filiais seriam mantidos, entretanto somente ao guardião tocaria o compromisso do poder familiar, cabendo ao não-guardião, quando fosse o caso, somente o dever de alimentos. Em que pese muitas práticas de vida sejam exatamente assim, é sabido que o legislador optou por manter o poder familiar nos ombros de ambos os pais, querendo garantir o conforto mínimo àqueles que perderam o direito de conviver no seio da entidade familiar biparental.

5.3 INSTRUMENTOS REPRESSIVOS

Convenciou-se chamar de instrumentos repressivos aquelas medidas que o Estado impõe, em certas situações, aos que romperam com a unidade familiar ou agiram contrariamente aos seus desígnios, com natureza de sanção civil.

5.3.1 Suspensão e perda do poder familiar

O poder familiar é um múnus atribuído aos pais, cujo conteúdo é essencialmente a proteção da prole menor. Como já afirmado, é lugar comum que os filhos menores devem ser vistos sob os ângulos da hipossuficiência e da fragilidade, do ponto de vista psicológico, em razão de suas personalidades inacabadas, em contínuo processo de formação, nas relações conscientes e inconscientes travadas, principalmente, no âmbito da família (GROENINGA, 2008).

Aos pais, portanto, cabe encabeçar e empreender os cuidados, pois vícios que deturpam a vida da pessoa já adulta, como a jogatina, a bebedice e a depravação sexual, em se tratando de crianças e adolescentes os efeitos são potencializados, podendo levá-los a graves desvios de caráter (LEONTIEV, 2004).

Por conta disso, o Estado traz claras sanções aos pais que eventualmente falhem nesse mister, dentre as quais a suspensão e perda do poder familiar, ambas previstas nos Art. 1.637 e 1.638 do Código Civil. A regra contida no Art. 18 do ECA é imposta a todos, mas certamente em primeira mão, por força da natureza, aos genitores: “É dever de todos velar

pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Tanto a perda como a suspensão são aplicáveis, em tese, sem prejuízo da sanção penal cabível, pois poderá configurar crimes, tais como homicídio (contra a vida do filho), lesão corporal (contra a integridade corporal), delitos contra a honra e abandono material. Prende-se aqui, por oportuno, aos aspectos punitivos civis.

Pelo que se vê do Art. 1.637 do Código Civil, são medidas excepcionais, tanto a suspensão (temporária) quanto a perda (definitiva), pois estão entre os dizeres desse dispositivo legal que as autoridades competentes poderão “[...] adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”, sempre que os pais faltarem, de forma grave com os deveres, no que toca à pessoa dos filhos e aos seus bens, assim como no caso de sofrerem pena restritiva de liberdade superior a 2 (dois) anos (parágrafo único). A Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, traz mais uma hipótese sujeita à suspensão do poder familiar, que é a alienação parental, conforme previsto no Art. 6º, inc. VII. Alienação parental é a campanha depreciativa que uma pessoa, em companhia do menor, faz contra o seu genitor, para destruir os vínculos afetivos maternos ou paternos-filiais. O próximo tópico presta-se a ilustrar a referida síndrome da alienação, que é falta grave contra as relações parentais.

Quanto à perda do poder familiar, ocorrerá somente diante de situações extremamente gravosas, listadas no Art. 1.638 (castigo imoderado e abandono, por exemplos), inclusive quando a suspensão não for hábil a reabilitar os pais, quer-se dizer, a reincidência no abuso do poder familiar poderá levar à sua perda. Ambas as medidas devem tramitar judicialmente, em observância ao princípio do devido processo legal, lembra Gama (2008). Vale dizer, diante da acusação de abuso, os pais terão direito ao contraditório e à ampla defesa.

É indiscutível que a aplicação desses institutos demanda muito cuidado, pois tratar disso é verdadeira *vexata quaestio*, afinal, trata-se de operar com direitos da personalidade, que são o direito à manutenção dos vínculos paterno e materno-filiais, tanto por parte da prole quanto dos genitores. São postos em confronto direitos de mesmo peso, o dos filhos a terem a companhia dos pais e vice-versa. Daí a oportuna observação de Venosa (2009) de que o juízo de família seja especializado, inclusive instrumentalmente provido dos pareceres interdisciplinares, como os que dizem respeito à psicologia, à psiquiatria, à pedagogia e ao

serviço social. Veja-se que a sanção é voltada para os pais, mas há grande probabilidade de refletir nos “pequenos”. Nesse jaez, a lição de Rodrigues (2004, p. 368-9):

A nosso ver, tais sanções têm menos um intuito punitivo aos pais do que o de preservar o interesse dos filhos, afastando-os da nociva influência daqueles. [...] Dada a seriedade das consequências, mais rigoroso deve ser o juiz no exame do pedido de destituição do que no de suspensão. Mas, tanto num como no outro caso, deve agir com imensa ponderação, porque o interesse do menor é que está em jogo, e um desacerto no julgar pode ser irremediável.

Anuncia-se, portanto, a suspensão e a perda do poder familiar como medidas repressivas, com vistas à proteção da prole sob o exercício do poder familiar. A *ratio legis* é muito mais de proteger os filhos menores que punir propriamente os adultos que falharam.

5.3.2 Alienação parental

A alienação parental passa a ter expressa previsão legal com o advento da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Implicitamente já era possível identificar a alienação do ponto de vista jurídico, desde que o hermeneuta fizesse uma visada sistemática, principalmente a partir dos princípios da dignidade da pessoa, do melhor interesse do menor e da proteção especial à família. Trata-se de mais um avanço legislativo, por influência, desta feita, da Psicologia, que mostra ao jurista a importância de torná-la fato jurídico, pelo prejuízo que acarreta aos ex-esposos e, em maior grau, à prole menor.

A alienação é síndrome pela reiteração de atos que a configura. Consoante Art. 2º da nova Lei:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Basicamente, a síndrome da alienação consiste na empreitada cotidiana e contínua (por aquele que detém a guarda), de sistemático expediente ardiloso de degradação de um ou de ambos os genitores. Como normalmente um deles detém a guarda, seria este guardião agindo maliciosamente em desprestígio do outro, com nítido objetivo de romper os laços emocionais paterno ou materno-filiais. Em geral, o quadro se caracteriza sempre que um dos

pais faz do filho um instrumento de chantagem, uma peça no jogo do xadrez dos ressentimentos.

O parágrafo único do citado artigo 2º traz uma lista exemplificativa, tais como dificultar o exercício do poder familiar, dificultar o contato do menor com o genitor, omitir informações relevantes sobre o menor e apresentar falsa denúncia contra o genitor. Entretanto, quer-se acreditar que o inc. I do referido parágrafo é o exemplo mais completo de alienação e englobaria todas essas possibilidades, pois eis o seu texto: “realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade”. Gonçalves (2010, p. 305) faz comentário ilustrativo dessa realidade:

A situação é bastante comum no cotidiano dos casais que se separam: um deles, magoado com o fim do casamento e com a conduta do ex-cônjuge, procura afastá-lo da vida do filho menor, denegrindo a sua imagem perante este e prejudicando o direito de visitas. Cria-se, nesses casos, em relação ao menor, a situação conhecida como “órfão de pai vivo”.

A referida Lei vem ao encontro, com maior expressão, do princípio do direito à convivência familiar e comunitária, além de corroborar o princípio da juridicidade do afeto. O menor não pode ser usado como arma pelas partes ressentidas com o fim da união, pois tal degradaria, ainda mais, as condições emocionais das partes envolvidas, em maior grau, naturalmente, para a prole em fase de formação de suas personalidades. É nítido que essa campanha difamatória, contra aquele alvo que é justamente um dos maiores e principais referenciais de vida do menor, poderá ensejar não poucos prejuízos à formação da identidade e da personalidade do filho. O guardião, nesses casos, não faz jus ao título que enverga, pois deixa de ser proteção e arrimo do filho, para ser o demolidor de sua construção inacabada.

O reconhecimento da alienação parental atua, a um só tempo, como medida preventiva, paliativa e repressiva. Como medida preventiva ou paliativa por haver a possibilidade de aconselhamento, de orientação ou de simples advertência, como se vê no Art. 6º da Lei. Todavia, não foi listada entre as tais medidas, porque a alienação parental ocorre quando a casa já está desfeita, quando o menor não mais desfruta da companhia de ambos os genitores, ou seja, a intervenção do Estado, com essa medida, ocorre a *posteriori*, com possibilidade de sanção, daí seu encaixe entre os instrumentos de reprimenda. São hipóteses de sanções anunciadas no Art. 6º da Lei, além da advertência (inc. I):

II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

- III – estipular multa ao alienador;
 - IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
 - V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
 - VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
 - VII – declarar a suspensão da autoridade parental.
- Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Embora existam as medidas sem caráter sancionador, predominam as hipóteses de sanção civil propriamente, sendo a suspensão da autoridade parental (inc. VII), a mais grave, sabendo-se que a reincidência, como já estudado no item anterior, poderá levar à perda do poder familiar (Art. 1.638 do Código Civil).

Quase a totalidade dos profissionais que opera com a família assinalou na primeira questão (sobre eventuais prejuízos no rompimento, com ou sem prole) que a maior preocupação dos pais, no momento que cogitam o divórcio, é a prole. Esse quesito esteve à frente de pontos não menos sensíveis como a solidão, a liberdade e a religiosidade. Pode-se afirmar, com isso, que é saber empírico que a vida dos filhos não continuará inalterada, mas que, pelo contrário, estará sujeita a efeitos indesejáveis e incoerentes com a boa formação da prole. Dentre esses efeitos indesejados, é comum, em algum grau, a alienação parental.

5.3.3 Perda do direito ao sobrenome

Ficou registrado no correr deste texto que a interpretação do Art. 1.578 do Código Civil trata como regra a faculdade que tem os ex-cônjuges e ex-companheiros na decisão de permanecer com o sobrenome adquirido, respectivamente, por ocasião do conúbio ou do estabelecimento de união estável.

A exceção seria uma só: quando um deles der causa ao rompimento, porém, neste caso, a demonstração de que a perda do sobrenome traria prejuízo poderia garantir a manutenção do sobrenome de esposo ou de companheiro.

O Art. 1.578 faz referência à separação, enquanto acerca do divórcio o legislador foi omisso. Quer-se acreditar que, se considerado que ainda pode haver discussão de culpa no divórcio direto, que é a nova realidade desenhada pela Emenda Constitucional nº 66/2010, haveria a possibilidade de considerar recepcionado o dispositivo legal e manter, portanto, essa

hipótese de haver a perda do direito ao sobrenome. No caso de grave violação dos deveres conjugais, que ensejaria o divórcio litigioso, talvez seja encontrada situação concreta que mereça, ainda, esse julgamento. A questão não está pacificada na doutrina, mesmo porque há a instabilidade própria do frescor da mudança trazida pela Emenda Constitucional, que é a consagração do divórcio monofásico (PORTO, 2011).

Para Gonçalves (2010), independente de subsistir a discussão de culpa no divórcio (para ele não subsiste), a solução pode vir por outro caminho, que é o caminho dos direitos da personalidade. Com o casamento ou estabelecimento de união estável a pessoa incorporou ao seu o sobrenome do outro, passando-lhe a direito da personalidade, indestacável de sua *persona* e, desse modo, irrenunciável. Poder-se-ia acrescentar que o direito ao sobrenome tornou-se um direito adquirido da personalidade, o que afastaria a possibilidade de sanção.

5.3.4 Perda dos alimentos

Os alimentos legítimos ou legais, que são os alimentos do Direito de Família, podem classificar-se, quanto à natureza, em civis ou côngruos e naturais ou necessários. Os primeiros, civis ou côngruos, constituem a regra e estão previstos no *caput* do Art. 1694: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

A exceção são os alimentos naturais ou necessários, consoante § 2º do mesmo dispositivo: “Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”.

Diferentemente do Código de 1916, que trazia no *caput* do Art. 396 os alimentos necessários à subsistência, hoje a regra são os alimentos para manutenção da condição social, ou seja, uma porção bastante para que a pessoa mantenha o seu nível de vida, o seu *status* social.

A exceção serão os alimentos vitais, os mínimos à sobrevivência, que serão fixados nessa dimensão como forma de sanção civil ao alimentando, por haver dado culpa à situação de penúria em que se encontra. Gonçalves (2010) entende que teriam desaparecidos tais alimentos, uma vez que esse autor pertence à escola que considera extinta a discussão de culpa no rompimento da entidade familiar. Importante essa consideração, pois o Art. 1.704 do Código Civil acrescenta que se o cônjuge culpado (deve-se estender ao companheiro)

necessitar de alimentos e não tiver em sua parentela quem os preste, obrigará o cônjuge inocente a alimentos necessários ou naturais, ou seja, nas palavras da lei, “o valor indispensável à sobrevivência”.

Para a escola (GONÇALVES, 2010; LÔBO, 2008; VENOSA, 2011) que vê na Emenda Constitucional nº 66/2010 o fim do instituto da culpa no divórcio, realmente o citado dispositivo estaria implicitamente revogado. Antes de seguir com a marcha, fique consignado, todavia, que não é só a culpa pelo rompimento a que faz referência o § 2º do Art. 1.694: “Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”. Ora, esse texto, contido no parágrafo 2º, pertence à cabeça de um dispositivo que não se refere somente a alimentos devidos por ex-esposos, mas faz alusão a vínculos, também, de parentesco. Desse modo, alguém poderia entrar em situação de penúria por ser relapso na administração de sua fortuna, como um filho maior ou outro parente que, por ser desregrado, boêmio etc, viesse a carecer de alimentos: seus alimentos seriam apenas os naturais, para a mera sobrevivência.

Para o momento, entretanto, essa aparente falha na discussão doutrinária pouco interessa, sendo certo que, para os que entendem que ainda pode haver rompimento com discussão de culpa, a lei sanciona o cônjuge ou companheiro culpado pelo rompimento, mitigando-lhe o direito a alimentos.

5.3.5 Sanção por culpa na anulação

Outra medida repressiva do Poder Público, sobre a qual não paira dúvida, pois nenhuma inovação houve que a extinguisse ou alterasse é esta que consiste em retirar direitos do cônjuge culpado em prol do inocente, consoante Art. 1.564, *in verbis*:

Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá:

- I – na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente;
- II – na obrigação de cumprir as promessas que lhe fez no contrato antenupcial.

Não se aplica à união estável, pois, pela própria natureza do instituto, não comporta anulabilidade. A união estável existe ou inexiste, pois se trata de ato-fato jurídico que, enriquecido pela passagem do tempo, poderá vir a configurar a união de direito, com a incidência posterior da norma.

A hipótese faz referência ao casamento putativo, já visto, que é aquela modalidade de matrimônio nula ou anulável, mas à qual a lei confere efeitos em homenagem ao esposo que o contraiu de boa-fé. Como assinala Matiello (2005, p. 1.017):

Reconhecida pela sentença a circunstância de que a nulificação do casamento se deu por culpa de um dos cônjuges, sobre este incidirão as penalidades estatuídas nos incisos do artigo em estudo. Têm elas a finalidade de reprimir a má-fé e de proteger o inocente, já subjugado moralmente pela conduta repudiável da parte contrária. A proteção se dá através da garantia de vantagens patrimoniais, capazes de viabilizar o reequilíbrio e a sobrevivência do cônjuge inocente.

O Estado, visivelmente contrariado com o prejuízo causado pela postura do cônjuge ardiloso (malicioso), o penaliza com essas medidas, sem prejuízo de outras, ainda no campo cível, a exemplo de uma eventual reparação por dano moral, e até no campo penal (aspecto criminal), em reparação da honra. O prejuízo não alcança, naturalmente, só ao esposo inocente, mas eventualmente a prole e, como sempre, a sociedade.

5.4 POSSIBILIDADES PRÁTICAS DE FOMENTO À CONSERVAÇÃO DOS NÚCLEOS FAMILIARES OU DE MITIGAÇÃO DE SEUS EFEITOS INDESEJÁVEIS

Diante das constatações permitidas ao longo da pesquisa, considera-se importante deixar, à guisa de meras possibilidades (no sentido de não serem modelos prontos), algumas medidas, hábeis a conservar intacto o núcleo familiar ou prevenir os males de seu rompimento, quando não for possível evitá-lo.

5.4.1 Mediação familiar

A Mediação Familiar, que surge nos Estados Unidos da América, na década de 1970, é um instituto que visa minorar os males que normalmente resultam do divórcio, tais como a destruição de laços familiares e o consequente abandono afetivo. Não visa a impedir o rompimento, mas a acompanhá-lo com o firme propósito de criar situações favoráveis no pós-rompimento. Isso porque o divórcio sempre envolve uma questão complexa, que vai além do fim propriamente da união e da divisão de bens materiais, como visto. Há desdobramentos, não raro, por força das paixões, das vaidades, dos temores pessoais, do descontrole emocional

e dos ressentimentos, e nessa fenomenal *tsunami* todos perdem, mas os filhos são os mais arrasados, como mostram as pesquisas referenciadas no correr deste trabalho, a exemplo da pesquisa de Wallerstein e Blakeslee (1991), assim como a própria pesquisa aqui engendrada.

Em Portugal há o Instituto Português de Mediação Familiar (IPMF), que atua junto aos pais, na promoção da responsabilidade conjunta e harmônica, com vistas a permitir a continuação dos laços de família.

A guarda compartilhada não é, necessariamente, o único instrumento favorável à mediação, entretanto, como assevera Ribeiro (2012), esse exercício conjunto do poder familiar é um grande recurso na manutenção das relações parentais, de modo que, a seu ver, deveria ser considerado um direito de todos os menores, o direito a ter guardiões compartilhados.

O Mediador Familiar tem primordialmente a função de promover uma situação favorável no pós-rompimento, liderando, de modo imparcial, os separados, para que se conduzam no firme sentido da prevalência do interesse dos filhos menores. Sempre que, por qualquer sentimento, esse foco estiver ameaçado, é o mediador quem, por sua autoridade moral, reconduzirá o separando à racionalidade. O mediador é um profissional especializado, imparcial, que atua sob sigilo e tem a confiança espontânea dos familiares envolvidos no processo (ELKIN, 2012). O divórcio ou rompimento da união estável é processo, como se sabe. Paralelamente atua o processo autônomo da mediação, por meio de serviço posto pelo próprio Poder Público (como na Califórnia – Estados Unidos, Portugal, Austrália, Canadá, Inglaterra e nos países escandinavos) ou por entidade particular, numa espécie de aparato essencial para a solução mais inteligente do ponto de vista da conservação das relações parentais, mormente entre os pais (em per si) e entre pais e filhos. Aparato essencial, repita-se, em que pese a aparência de artigo de luxo. Nesse resultado favorável inclui-se uma importante relação do parentesco alargado, que é a relação avoenga, ou seja, entre avós e netos.

É importante ressaltar que nas entrevistas dos operadores da família, na questão nº 3 (sobre as principais carências apresentadas no campo dos relacionamentos), mais de 90% asseveram que ocorre deficiência nas relações parentais, especialmente entre pai e filhos. A mediação no arrefecimento do conflito é forma inteligente de amenizar a deficiência dessas relações, o que refletiria noutras variáveis não menos importantes, como a não aceitação da nova realidade familiar e a deficiência nas relações extra-familiares. Vale lembrar que na segunda pergunta feita aos filhos do divórcio (O rompimento da família causou alguma

influência em suas relações sociais?), a maioria é categórica em afirmar que sim, falando em distanciamento de pessoas importantes para o seu convívio e de reflexo negativo nos relacionamentos travados na escola e outros espaços de encontro cotidiano dos jovens.

A otimização das relações paterno e materno-filiais corresponderiam à melhor aceitação da nova realidade familiar e ao aumento da qualidade no cotidiano externo à família.

Não há uma receita, um modelito de mediação. Há essa base filosófica, da preservação dos filhos em primeiro lugar, da preservação, também, dos divorciados, mas cada caso concreto ditará os expedientes favoráveis à consecução desse desiderato.

A mediação não tem força suficiente para impedir o luto pelo rompimento dos pais, nem como impedi-los de sonhar com a possibilidade do retorno da união, assegura Ribeiro (2012), entretanto acrescenta que o instituto pode e deve minorar os efeitos traumáticos, amenizando-os. Dentre as estratégias está a informação segura e prioritária da crise familiar à prole, que não pode chegar aos filhos por meio da família alargada (parentes fora do núcleo familiar) ou outras pessoas da comunidade.

Em nível de Brasil, o instituto está engatinhando: há o impulso do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que vem procurando propagar essa filosofia de amparo à crise familiar, por meio de produção de doutrina jurídica e com a oferta de cursos para formação técnica. Oficialmente, o instituto é praticado pioneiramente no Estado de Santa Catarina, onde o Tribunal de Justiça implantou o Serviço de Mediação Familiar (SMF), após constatar que o Poder Judiciário não tem recursos, em sede do processo normal, para gerir os conflitos emocionais que, por serem dessa natureza, extrapolam a seara judicial. No sítio eletrônico (2012) daquele Tribunal encontram-se os seguintes parâmetros:

Objetivos da Mediação Familiar:

Oferecer um serviço para atender aos conflitos em geral, de uma forma mais acessível, ágil e menos burocrática.

Facilitar a comunicação entre os pais em vias de separação, levando em consideração o interesse dos seus filhos.

Diminuir os conflitos advindos da separação.

Papel do Mediador

Possibilitar uma comunicação direta e uma atitude de cooperação entre todos os envolvidos, evitando a competição.

Estabelecer credibilidade, como uma terceira pessoa imparcial, explicando o procedimento da Mediação.

Acompanhar os pais na busca de um atendimento satisfatório a ambos, visando interesses comuns.

Encorajar a manutenção de contato entre pais e filhos após a separação.
Identificar as opções e não aconselhar.

Vale ressaltar, dentro do papel do Mediador o penúltimo item da lista, “Encorajar a manutenção de contato entre pais e filhos após a separação”, pelo que se viu na presente pesquisa, na qual os filhos, em peso, lamentam a vertiginosa queda nas relações parentais, principalmente em relação ao pai, que muitas vezes restringe-se a simples provedor material, e, ainda, por vezes, nem esse nível superficial e corriqueiro é alcançado. Não foi diferente a opinião dos profissionais entrevistados, que viram na deficiência das relações parentais, principalmente entre pais e filhos, uma das carências significativas.

A equipe de atendimento é formada por assistentes sociais, psicólogos, advogados, pedagogos e estagiários das respectivas áreas, que atua previamente ou durante o andamento do processo, de modo que o juiz pode optar por uma ou outra ou ambas. Obtido o acordo, basta ao juiz homologar, para que se torne obrigatório às partes e produza a necessária segurança jurídica.

Vê-se, portanto, diante do *modus operandi* da mediação em Santa Catarina, que toda mediação exitosa levará a um rompimento consensual. O desfazimento chamado consensual foi criticado ao longo do trabalho, como se viu, por conta de se tratar de um falso consenso, de um consenso meramente formal e pragmático, com vistas a economizar honorários e sacramentar a formalidade jurídica. Não é o caso aqui. À medida que o serviço do mediador minora as rusgas e produz um acordo que realmente há de produzir a paz mínima entre os envolvidos, com especial atenção à prole, é um instituto que deve ser visto como um bom remédio na promoção e proteção da dignidade da pessoa, pelo que se sugere a implementação, com amplo investimento público, do referido instituto. Com a pressa possível, em Mato Grosso do Sul, a começar por Campo Grande. Que o próprio Poder Público fomente, também, a iniciativa privada nesse mister.

O Projeto de Lei nº 674/2007, denominado Estatuto das Famílias (já referido) propõe a criação, em âmbito federal, da aplicação do instituto, ao recomendar, no Art. 93, parágrafo único, que, dentro do possível, lance mão da Mediação Familiar antes de decidir pela guarda compartilhada, assim como recomenda essa prática (Art. 124) em todas as ações de competência das varas de família, com possibilidade de suspensão do processo (Art. 125) para oportunizar a mediação.

5.4.2 Instrumentos públicos de fomento: o uso da lei na prevenção

No afã de prevenir a diminuição dos casos de rompimentos em Campo Grande-MS, sugere-se a criação de normas que imponham vantagens ao estado de casado. Não há a ilusão de que a lei, por si mesma, tenha o condão de fazê-lo, entretanto, é medida que atua na criação da mentalidade de que o rompimento do matrimônio e da união estável traz resultados mais lesivos que favoráveis. Que haja a clara mensagem de que o maior prejuízo na falência da união conjugal é suportado pelas crianças e a criação dessa mentalidade, desse caldo cultural, certamente refletirá no momento de os adultos se decidirem, fator que poderia alterar, por exemplo, ao menos o momento de desfazer o núcleo familiar. Como se viu, a presença da prole e o ciclo vital que o grupo familiar está vivendo fazem substancial diferença nos resultados do divórcio. Fique consignado que em oposição à maioria, consideraram indiferente ou pouco significativa a influência do divórcio aqueles que praticamente não viveram o rompimento dos pais, por serem recém-nascidos à época, ou por se encontrarem na condição de adultos.

Assim, para sair da retórica generalizada, arriscam-se, neste momento, listar possibilidades (no sentido de que não é possível prever modelos exitosos) de medidas que poderiam contribuir para implementar a referida mentalidade:

- a) Que nos concursos públicos estaduais⁴⁵ e nos municipais em Campo Grande, o estado civil familiar seja o principal critério de desempate, com pontuação favorável aos que mantém sociedade conjugal ou em união estável. Que o segundo critério seja o tempo de matrimônio ou de união estável. A presença constante dessa cláusula em edital seria um modo de concorrer para a formação de opinião;
- b) Que os servidores públicos municipais e estaduais conquistem *bonus* quinquenais ou decenais por manter o núcleo familiar não rompido, ou, como na linguagem de alguns, por mantê-lo intacto. Seria como um presente que se renova, a cada 5 ou 10 anos, em homenagem àqueles servidores que se mantém casados ou em união estável, destacando a importância das bodas, como

⁴⁵ Inclui-se, a propósito, a esfera estadual, considerando que servidores dessa esfera, em grande número, atuam no Município de Campo Grande.

normalmente se faz no âmbito privado, em que se comemora algumas conquistas de tempo conjugal, entre as mais conhecidas as chamadas bodas de prata (aos 25 anos) e de ouro (aos 50). Se o Poder Público passa a participar desse discurso que já existe no cotidiano da família brasileira, será visível a valorização desse aspecto cultural, que tenderá, possivelmente, a se multiplicar e a se fortalecer;

- c) Que a legislação em nível estadual dê a faculdade à iniciativa privada de também pagar esses *bonus* quinquenais ou decenais, o que, para incentivar a prática, basta a esse mesmo Poder Público garantir ao setor privado que será recompensado com percentual de isenção nos tributos devidos a Mato Grosso do Sul;
- d) Que no currículo escolar da municipalidade, como da rede estadual, haja uma matéria que trate da importância do núcleo familiar enquanto base e matriz social. Uma matéria desse jaez não pode ser desconsiderada no que toca à possibilidade de seus efeitos. Empregue-se aqui uma analogia que parece válida: o Estado brasileiro, ainda que laico, ministra a religião nas escolas (valorizando as coisas da fé), por entender, certamente, que a questão espiritual seria intrínseca à educação e à cidadania. Se o Estado brasileiro, na especial proteção que deve à família, tem esse cuidado, não seria incoerente ensinar a função da família, de forma especificada, ou seja, com foco definido no aculturamento do núcleo familiar enquanto instrumento de funcionalidade social. Para ministrar esse domínio, que é interdisciplinar, haverá sempre um desafio, todavia, acredita-se que o próprio professor de filosofia ou de sociologia estaria apto, como também o psicólogo, o especialista em Direito de Família e os ministros religiosos.

A partir do despertamento acerca da vantagem que essas medidas podem ensejar, a criatividade será importante ferramental na implementação de normas dessa natureza, já que as hipóteses acima são meramente exemplificativas.

Conforme anunciado, essas políticas não seriam importantes em si mesmas, mas, de natureza afirmativa, teriam o condão de fomentar essa mentalidade pró-matrimônio e pró-união estável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Confirmou-se a expectativa de que havia estreita relação entre a família (enquanto núcleo familiar sistêmico e funcional) e a qualidade das relações travadas no seio da comunidade, podendo-se afirmar que, de modo diretamente proporcional, numa lógica simples, segundo a qual o sujeito oriundo do lar intacto estaria, respeitadas as circunstâncias que permeiam cada caso concreto, mais apto para a vida comunitária. Em situação oposta estaria a pessoa que não se beneficiou da estrutura familiar enquanto instituto de produção, conservação e fomento dos valores imateriais.

Independente da classe social (situação econômica), do nível de escolaridade e de outros fatores diferenciadores, o rompimento do núcleo familiar atinge a dimensão humana, alterando negativamente a formação desses valores. Desse modo, pode-se afirmar que a funcionalidade da família é a chave para a implementação de capital social e para o desenvolvimento hígido das comunidades.

Sobre a funcionalidade da família, bem ao sabor da proposta do novo Código Civil, que prima pela função social dos institutos, essa entidade social primária cumpre com sua funcionalidade quando atende internamente às necessidades dos pais e dos filhos, com equilíbrio emocional e realização pessoal, pois esse fenômeno interno reflete nas relações mais alargadas, especialmente na comunidade imediatamente posterior à família. Essa funcionalidade, que passa pela eficaz realização dos ciclos vitais, pela formação das identidades, pelo aculturamento, tem causas e efeitos nesse plano microterritorial, num primeiro momento, e em momentos posteriores e concomitantes ao estágio anterior produzirá efeitos em sede das relações sociais travadas nos meios mais alargados, sendo que o alvo da preocupação aqui colocada foi o ambiente comunitário de vida, comunidade em sentido próprio denotativo, típico do discurso do desenvolvimento local. Viu-se que a vida se faz em rede e que o assenhoreamento do espaço depende de valores imateriais, de capital social, enfim, a territorialização empreendida pelo sujeito vai depender, em muito, dos traços de sua personalidade, de sua capacidade criativa, de sua força política, pois a cotidianidade da vida e

constrói nesse jogo das relações, em que o protagonismo pessoal, ou a falta dele, definirá essa territorialização.

Depreende-se que o sujeito que sofre o fenômeno do rompimento familiar, a depender de sua posição nesse núcleo (se pai, mãe ou filho), a depender da idade, em sendo filho, com ou sem irmãos, a depender, ainda, da forma como os pais negociarão essa decisão entre si e em relação aos filhos, esse desmantelamento da entidade familiar afetaria a formação do sujeito em nível de sua personalidade. Ponto crucial dessa afetação está no relacionamento entre pai e filhos no pós-rompimento, em que a ausência do genitor provoca visível diminuição do nível afetivo, com influência negativa sobre a produção de valores imateriais, como a identidade dos filhos menores, o equilíbrio emocional e a auto-estima, fatores que têm por consequência o empobrecimento significativo das relações sociais externas à casa. As dificuldades no ambiente escolar, daí advindas, podem explicar a evasão escolar, que ficou entre os principais problemas assinalados pelos profissionais ligados à família.

A liberdade que demarca a família atual, lugar de igualdades, contém no âmbito dessa liberdade, a dissolução das uniões conjugais, entretanto, numa interpretação sistemática do texto constitucional conclui-se, com indubiosa clareza, que essa dissolubilidade é a estreita exceção numa regra que é a conservação dos núcleos familiares. A mentalização dessa realidade deve estar impregnada na consciência da sociedade, pelo que ao Poder Público cabe tomar medidas hábeis a desenvolver essa conscientização. Ficou constatado, mormente no capítulo 5, que o Estado já possui medidas jurídicas várias, ora buscando prevenir os efeitos do rompimento, ora com medidas paliativas (para mitigar os desgastes dos envolvidos) e até medidas de cunho repressivo, entretanto são medidas de pouca visibilidade, que uma vez ampliadas, com a participação da própria estrutura estatal e da sociedade civil como um todo, poderão produzir resultados mais expressivos em prol da conservação dos núcleos familiares. É saber empírico que os próprios profissionais do Direito, que têm por especialidade a família, estão descuidados do alcance desses instrumentos.

Propõe-se outra gama de medidas, de ordem normativa, assim como a implementação da Mediação Familiar, que não age na prevenção do rompimento, mas acompanha o processo, prevenindo ou mitigando os efeitos perniciosos, principalmente entre os genitores, mas, também, acerca da relação dos pais com esses filhos do lar desfeito, ainda mais quando se trata de prole menor de idade. O instituto busca essencialmente evitar o

esfacelamento, a deterioração, e, até mesmo, a morte, dos laços familiares. Ainda que se desfaça o núcleo familiar, surge essa esperança de uma ação de terceiro, técnica e imparcial, a minorar as reações emocionais dos envolvidos, chamando-os à racionalidade, para que sejam conservadas as relações parentais. As relações parentais que se busca preservar não são somente entre pais e filhos, mas também aquelas com a família ampla, como a relação com os avós, bisavós, tios e primos.

Não se quer negar a importância institucional do divórcio ou do rompimento da união estável, nem se iludir com a possibilidade de as pessoas participantes de uma relação conjugal criticamente conflituosa desistir pelo não rompimento em homenagem à função social que a família deve produzir, funcionalidade esta que é uma expectativa da sociedade. Mesmo porque a lei não poderia exigir atos de heroísmo às pessoas e, por vezes, esses atos poderiam, também, não provocar o melhor resultado (por isso mesmo não se nega a valia do rompimento). Quer-se, contudo, desenvolver esse aculturamento da manutenção do núcleo familiar, de modo que essa visão de conservação das famílias poderá repercutir nessas relações domésticas, intra-lar, criando um clima de prevenção da crise de rompimento. É isso. Pode-se ilustrar com o seguinte exemplo: pessoas genuinamente religiosas, as tais praticantes da fé e do culto, atuam preventivamente nas relações cotidianas, no seio da família, exatamente por terem a consciência de que não devem romper. Esse compromisso pelo não rompimento gera a prevenção, a atitude cuidadosa no trato e nas ações, voltados para o diálogo, que tem sido a chave do sucesso dessas sociedades intactas.

Por outro ângulo, o que se percebe da família pós-moderna brasileira é a visão exagerada de que o rompimento é a solução, de que ele existe para solver qualquer crise, mesmo a mais comezinha e gerenciável. É como se a união já nascesse com essa expectativa de que romper pode ser algo interessante. Na empreita que aqui se encerra, quer-se combater esse descompromisso, essa cultura anárquica e comodista, ou a simples postura omissa. Quer-se valorizar e fomentar o caldo cultural da preservação das sociedades familiares e, como as condutas humanas são finalísticas, não há outra forma senão por meio da conscientização da função social do núcleo familiar.

Em momento algum duvidou-se da capacidade de adaptação do ser humano, ou ignorou-se que existem entidades familiares que são ineficientes e até ruinosas, tampouco se esqueceu que a morte também rompe a família, entretanto, buscou-se demonstrar que o desenvolvimento psicológico (a formação da personalidade), se dá essencialmente no âmbito

do núcleo familiar, e que os rompimentos pelo divórcio ou pelo desfazimento da união estável provocam, não raro, uma situação complexa de interrupção e alteração dos ciclos vitais, com visível transtorno na capacidade de representação do sujeito. Não se perquiriu acerca de efeitos materiais propriamente: se a escolaridade sofre diminuição, se a renda é menor para os filhos do divórcio ou se a renda da mulher tende a ser sacrificada no pós-rompimento. O móvel principal dessa pesquisa foi a identificação dos efeitos sobre a produção, conservação e fomento dos valores imateriais, a partir da premissa de que esses valores são os primeiros e os mais importantes na construção das relações comunitárias e do desenvolvimento qualificado.

REFERÊNCIAS

- AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas S.A., 2008.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ANDOLFI, Mauzio *et alii*. *Por trás da máscara familiar*: um novo enfoque em terapia da família. Trad. por Maria Cristina R. Goulart. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984.
- ÁVILA, Vicente Fideles. *Pressupostos para formação educacional em desenvolvimento local*. **Interações Revista Internacional de Desenvolvimento Local**, Campo Grande, v. 1, n. 1, p. 63-76, set. 2000.
- _____. *Cultura de Sub/desenvolvimento e Desenvolvimento Local*. Sobral: Edições UVA, 2005.
- _____. *Realimentando discussão sobre Teoria de Desenvolvimento Local (DL)*. **Interações Revista Internacional de Desenvolvimento Local**. Campo Grande, v. 8, n. 13, p. 133-140, set. 2006.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.
- BARQUERO, Antonio Vázquez. *El desarollo local*: uma estrategia para el nuevo milenio. **Revista de Estudios Cooperativos**, Madri, n. 68, p. 15-23, 1999.
- BARROS, Sérgio Resende de. *A ideologia do afeto*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, São Paulo, n. 14, p. 8, jul./set. 2002.
- BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Geográfica, 2008.
- BOISIER, Sérgio. *El desarollo territorial a partir de la construccion de capital sinergético*. Santiago: ILPES, 1998.
- BOURLEGAT, Cleonice. *Ordem local como força interna de desenvolvimento*. **Revista Internacional de Desenvolvimento Local**. Campo Grande, v. 1, n. 1, p. 13-20, set. 2000.
- BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial* [da República Federativa do Brasil], Brasília-DF, 11 jan 2002.

_____. Lei nº 8.069, de 29 de março de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Diário Oficial* [República Federativa do Brasil], Brasília-DF, 30 mar 1990.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. *Diário Oficial* [República Federativa do Brasil], Brasília-DF, 3 out 2003.

_____. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Nova Lei da Adoção. *Diário Oficial* [República Federativa do Brasil], Brasília-DF, 4 agos 2009.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio. *Diário Oficial* [República Federativa do Brasil], Brasília-DF, 27 dez 1977, com retificação em 11 abr de 1978.

_____. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Bem de Família. *Diário Oficial* [República Federativa do Brasil], Brasília-DF, 30 mar 1990.

_____. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Divórcio, inventário e partilha extrajudiciais. *Diário Oficial* [República Federativa do Brasil], Brasília-DF, 5 jan 2007.

_____. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Alienação Parental. *Diário Oficial* [República Federativa do Brasil], Brasília-DF, 27 ago 2010.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Guarda Compartilhada. *Diário Oficial* [República Federativa do Brasil], Brasília-DF, 16 jun 2008.

_____. Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011. Direito de visitas aos avós. *Diário Oficial* [República Federativa do Brasil], Brasília-DF, 29 mar 2011.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial* [República Federativa do Brasil], Brasília-DF, 9 set 1942, com retificação em 8 out 1942 e 17 jun 1943.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ*. Governador do Rio de Janeiro e Tribunais de Justiça estaduais. Relator: Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto. 14 out. 2011. DJe-198, v. 02607-01, 2011.

_____. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembléia da ONU, de 10 de dezembro de 1948.

BUARQUE, S. C. *Construindo o desenvolvimento local sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

COTRIM, Gilberto. *História e consciência do Brasil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

- CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Trad. Viviane Ribeiro. Bauru: EDUSC, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CASTILHO, Maria Augusta. *Roteiro para elaboração de monografia em Ciências Jurídicas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COLEMAN, William L. *Manual dos tempos e costumes bíblicos*. Belo Horizonte: Betânia, 1991.
- COOPER, David. *Mort de la famille*. Le Seuil, 1977.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- DAVID, Pierre. *Psicanálise e família*. Trad. Rodrigues Martins. Santos: Livraria Martins Fontes, 1977.
- DIAS, Maria Berenice. *Família homoafetiva*, in **Direito de Família**, Barbosa, Águida Arruda e Vieira, Cláudia Stein (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 7, p. 171-189.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: direito de família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 5.
- _____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: teoria geral do direito civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.
- DURSTEIN, John. *Construyendo capital social comunitário*. **Revista de La Cepal**, n. 69, p. 103-118, dez. 1999.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1983.
- ELKIM, Meyer. Disponível em <HTTP://www.ipmediacaofamiliar.org/MEDIACAO>. Acesso em: 27 mar. 2012, 10h30min.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*: direito de família. Trad. para o espanhol por Blas Pérez González e José Alguer, Cuarto tomo, 15. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1959, v. II.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

FERREIRA NETO, Augusto; GARCIA, Sebastião. *Desenvolvimento Comunitário: princípios para a ação*. Rio de Janeiro: Bloch, 1987.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 23 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

_____. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Orizon Carneiro. Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. XII.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Casamento: pressupostos de existência e condições de validade. Impedimentos matrimoniais. Causas de anulação e causas suspensivas. Putatividade do casamento*, in **Direito de Família**, Barbosa, Águida Arruda e Vieira, Cláudia Stein (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 7, p. 51-72.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*, 8. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

GIDDENS, Antony. *Modernidade e identidade*. Trad. por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

_____. *As consequências da modernidade*. Trad. por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6.

_____. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Generalidades do Direito de Família. Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição*, in **Direito de Família**, de Águida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 7, p. 19-33.

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil: la familia*. Trad. para o espanhol por Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Ayres: Bosch, 1952, v. II, t. I.

- KALINA, Eduardo; KOVADLOFF, Santiago. *Drogadicção: indivíduo, família e sociedade*. 3. ed. Trad. por Santiago Kovadloff. Rio de Janeiro: F. Alves, 1980.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KLICKSBERG, Bernardo. *Capital social y cultura: claves olvidadas del desarollo*. Buenos Aires: BID INTAL, 2000.
- LEONTIEV, Alexis. *O desenvolvimento do psiquismo*. 2. ed. Trad. por Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2004.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *Naturaleza y Cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1985.
- _____. *Estruturas elementares do parentesco*. Rio de Janeiro: Vozes, 1982.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: direito de família e sucessões*. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MARQUES, Heitor Romero. *Metodología do ensino superior*. Campo Grande: UCDB, 2002.
- _____. *Desarrollo Local a escala humana. Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, Santiago, v. 8, n. 22, p. 137-158, 2009.
- MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código civil comentado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- MEIRA, Sílvio. *A Lei das XII Tábuas*: fonte do direito público e privado. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. Tomo 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. IV.
- MITSCERLICH, A. *Society without the father: contribution to social psychology*. New York: Harper, 1992.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 37. ed. Rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.
- MORAIS, Luis Fernando Lobão. *Liberdade e Direito*. Campinas: Copola, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. I.

NEVES, Gervásio Rodrigo. *Territorialidade, desterritorialidade, novas territorialidades (algumas notas)*, in **Território, Globalização e Fragmentação**, de Milton Santos, Maria Adélia D. de Souza e Maria Laura Silveira (org.) 4. ed. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 270-282.

NICOLACI-DA-COSTA, Ana Maria. *A Passagem Interna da Modernidade para a Pós-Modernidade. Psicologia, Ciência e Profissão*, Brasília, v. 24, n. 1, p. 82-93, mar. 2004.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

OLIVEIRA, Sergio Ostetto. *Desenvolvimento local e organização sócio-espacial. Revista Internacional de Desenvolvimento Local*. Madrid, v. 4, n. 6, p. 47-53, mar. 2003.

OSORIO, Luiz Carlos. *Família Hoje*. Artes Médicas, Porto Alegre, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo Código Civil*. Prefácio. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra, 1976.

PORTO, Delmiro. *União estável sob os ângulos da informalidade e da prova. Revista Bonijuris*. Curitiba, n. 581, p. 21-30, abr. 2012.

_____. *O novo divórcio brasileiro. Revista Multitemas*. Campo Grande, n. 39, p. 37-51, jul. 2011.

_____. *Análise microssistêmica do direito de família pelo critério da manifestação de vontade*. Campo Grande, 2006. Monografia (Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Civil e Processo Civil) - Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande.

RAFFESTIN, Claude. *Por uma Geografia do poder*. Trad. Maria Cecília França. São Paulo: Ática, 1993.

REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. I.

RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto. Disponível em: <http://www.ipmediacaofamiliar.org/MEDIACAO>. Acesso em: 27 mar. 2012, 9h30min.

RIZZARDO, Redovino. O segredo de Madre Teresa de Caulcutá. *O Estado*, Mato Grosso do Sul, 14 jan. 2011. Opinião, p. A2.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 28. ed. Rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, v. I.
- SANTOS, Milton. *A natureza do espaço: técnica e tempo, razão e emoção*. São Paulo: Hucitec, 1996.
- SEGURADO, Milton Duarte. *Introdução ao Estudo do Direito*. 1. ed. Campinas: Julex Livros Ltda, 1979.
- SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 14. ed. Atual. por Tânia Pereira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.
- SOUZA, Maria Cecília Cortez Christiano de. *Crise familiar e contexto social*: São Paulo 1890 a 1930. Bragança Paulista: EDUSF, 1999.
- STAUB, Débora *et alii*. *As transições familiares do divórcio ao recasamento no contexto brasileiro: Psicologia do desenvolvimento*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-79722009000200007>. Acesso em: 27 mar. 2012, 15h30m.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998.
- TANDJIAN, James Onnig; MENDES, Ivan Lazzario. *Geografia geral e do Brasil*. São Paulo: FTD S.A., 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. Coord. por Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Portal. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacac> Acesso em: 27 mar. 2012, 11h.
- TUAN, Yi-Fu. *Topofilia: um estudo da percepção, atitudes e valores do meio ambiente*. Trad. Lívia de Oliveira. São Paulo: Difel, 1980.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, v. 6.
- _____. *Direito Civil: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, v. 1.
- _____. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

WALLERSTEIN, Judith; BLAKESLEE, Sandra. *Sonhos e realidade no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WELTER. Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

APÊNDICE 1

Formulário de pesquisa para pessoas que viveram o divórcio como filhos

- 1) Qual o nível de relacionamento com o genitor não guardião?**

- 2) O rompimento da família causou alguma influência em suas relações sociais?**

- 3) Vê o divórcio, com filhos ou sem filhos, como um fenômeno que traz prejuízo às pessoas envolvidas?**

- 4) Questão completamente aberta: se gostaria de acrescentar algo.**

APÊNDICE 2

Formulário de pesquisa para profissionais operadores de família

- 1) Vê o divórcio, com filhos ou sem filhos, como um fenômeno que traz prejuízo às pessoas envolvidas?**

- 2) Qual a afetação no campo dos valores imateriais, tais como identidade, criatividade, saúde emocional, autonomia etc?**

- 3) Quais as principais carências apresentadas no campo dos relacionamentos?**

- 4) Questão aberta: se gostaria de acrescentar algo.**