

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

Genealogia do direito privado na antropologia da família líquida.

OLGA HELENA SILVA DE MEDEIROS

Porto Alegre

2008

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M488g Medeiros, Olga Helena Silva de
Genealogia do direito privado na antropologia da
família líquida. / Olga Helena Silva de Medeiros. –
Porto Alegre, 2008.
124 f.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de
Direito, PUCRS.
Orientação: Prof. Dr. Ricardo Aronne.

1. Direito Privado. 2. Direito de Família.
3. Relações Familiares. 4. Sistema Jurídico.
5. Complexidade. 6. Paradigmas. I. Título.

CDD 342.16

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

RESUMO

O objetivo deste estudo foi analisar as relações humanas que se constroem e reconstroem na cartografia familiar, à luz dos Princípios Constitucionais que orientam o Sistema Jurídico Brasileiro. O trabalho buscou conhecer a pluralidade e a complexidade das novas configurações familiares nas suas relações intra e intersubjetivas, constantemente redimensionadas, sem hierarquia entre seus membros, que preservam as suas dignidades e vivem plenamente a parentalidade, independentemente dos vínculos biológicos. O estudo foi desenvolvido a partir do pensamento jurídico contemporâneo, sob processo semelhante de desconstrução e de reconstrução, que evidenciou lentamente as dicotomias codificadoras do positivismo e do racionalismo liberal moderno, sob a ratio dos princípios constitucionais vigentes. Para tanto, o Direito Privado e o Direito de Família foram tratados pelo intérprete como fenômenos sociais observados além das antinomias e lacunas da codificação. O sistema jurídico foi abordado como uma rede aberta, tópica e axiologicamente hierarquizada, dentro de uma tessitura formada por regras, princípios e valores, que não podem ser analisados isoladamente. Desta forma, a dissertação trata o Direito com olhar diferencial, que vai além da dogmática enclausuradora e permite a relativização dos conceitos que não descortinam uma insegurança jurídica.

ABSTRACT

This study aims at analyzing the human relationships built and rebuilt inside the family cartography, based on the constitutional principles that guide the Brazilian juridical system, as well as knowing the plurality and complexity of these groups, concerning their dimensions constantly re-dimensioned and without hierarchy, that preserve the dignity of its members and considers parenthood independent from biological bonds. This study was developed from the contemporary juridical thought, through the analysis of its construction, which pointed out the codified dichotomies of the positivism and the modern liberal rationalism, taking into account the present constitutional principles. The Private Law and the law of the family were considered by the author as a social phenomena observed besides the paradoxes and the gaps of codification. While the juridical system was seen as an open, topic and axiologically hierarchized net, inside an arrangement made by rules, principles and values which should not be analysed apart. In this way, this research regards the law, specially, beyond dogmatic's confiner, considering the non absolute side of the concepts which does not cause juridical unsafety.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 ARQUITETURAS GENEALÓGICAS DA FAMÍLIA, DA SOCIEDADE E DO ESTADO	14
3 HOMEM, DIREITO E MUITOS COPÉRICOS	36
4 MECANICISMO E SOCIEDADE BURGUESA	61
5 PÓS-MODERIDADE, INCERTEZAS E DIGNIDADE HUMANA	72
6 PARENTALIDADE LÍQUIDA A PÓS-MODERNIDADE	85
7 CONCLUSÕES	106
8 REFERÊNCIAS	110
ANEXOS	122
ANEXO A - Quadro comparativo entre a legislação alemã, espanhola e francesa	123
ANEXO B - Projeto de Lei apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara	124

1 INTRODUÇÃO

O mistério estonteante, que é o fenômeno humano, aparece sobre o fundo do mistério estonteante que é a vida, que aparece sobre o fundo do mistério estonteante que é o cosmo, todos esses sobressaltos remetendo uns aos outros para se fortalecer.
Jean Tellez

O mistério, formado de palavras e de sentimentos, é a poeira cósmica que não pára e que permanece em constante movimento. Ora é luz, ora é escuridão ou é um misto de reflexos ou espelho de reflexões. É bicho e humano, ao mesmo tempo, entrecortado de sonho e magia. A pergunta que se faz é sobre o mistério, quando não se tem mais início, meio ou fim. O mistério pode ser agregado e agregador, virtual e real, imaginário e imaginativo, fruto de sons e de linguagens, de razões e de sensibilidades. O mistério é gigante, violento, dócil, afável, carismático e imã, impulsionando a fonte de vida, os maldizeres, as esperanças, as partidas, os encontros, os desencontros e as despedidas. É profundo, cheira e tem sabor, trazendo a alegria, a sensatez e a ignorância. Pede, suplica, impõe, acredita, cria, reluz, traduz, pensa, adora, vive e revive. O mistério está aqui e agora, sempre coberto de incertezas, de energia fluída que incendeia e se evapora. Apequena-se e desabrocha no espaço cósmico dos outros mistérios que, como ele, transmite amores e recebe dissabores. O mistério é o retrato da fome, da riqueza, da constância e do efêmero. A dúvida é sobre esse mistério que se deixa aprisionar por outros mistérios, que morre e ressuscita que assume responsabilidades e vive irresponsabilidades, descobre a ética e produz o engodo. Que mistério é este, que não é se não for por outros como ele?

A poetização do mistério da vida e do humano, vista no parágrafo acima e na epígrafe, possibilita construir novo olhar sobre a complexidade das atuais configurações familiares. Este toque poético facilitou a análise dando maior sensibilidade ao pesquisador e permitindo o aprofundamento da questão paradigmática emergida pelo agrupamento familiar, que transcende e transmuta os saberes e as interpretações jurídicas.

A investigação buscou contemplar as famílias da contemporaneidade no seu fluir dinâmico de inserção na sociedade moderna ocidental, trazida da antiguidade até os dias atuais. Dentro desse enfoque, o trabalho apresenta o resultado da análise sobre o contexto antropológico, social, político, psicológico, jurídico e

filosófico que influenciaram as atuais formações familiares. As mudanças sociais, econômicas, científicas e biológicas, ocorridas na família jurídica tradicional e patriarcal, forçam a desconstrução do paradigma racionalista cartesiano e positivado do ter, fazendo a sua transposição para o paradigma da ética discursiva, dos saberes construídos, do pensar alargado de Ferry (2007), da liberdade do ser, das características humanas complementares e sempre contraditórias defendidas por Arendt (1997).

O estudo aborda as percepções do direito privado, formal e positivado, normatizado em códigos e estatutos da base do Estado Liberal Clássico, para a percepção do Direito sob a razão constitucional contemporânea e sistematizada por princípios, eudemonista e solidário. Para isso, o Direito foi observado sob o enfoque de um sistema tópico-sistemático, axiologicamente hierarquizado de regras princípios e valores positivados. Numa tessitura em rede aberta, observou-se o ordenamento jurídico e a permeabilidade das novas verdades, destacando-se o papel fundamental do intérprete jurídico que é partícipe de um contexto aberto aos questionamentos de uma realidade fática.

Sob esse prisma, pode-se analisar a influência dos princípios constitucionais nas decisões jurídicas, com base nas novas conceituações e na motivação para elaboração das atuais legislações. Essa influência gerada pelas concepções trazidas com as famílias hierarquizadas, matrimonializadas, biológicas, patrimonializadas e interdidas por culpas, ao ser transposta para a realidade das configurações familiares fundadas no afeto, na parentalidade, na sexualidade livre da procriação, na isonomia, na busca de satisfação pessoal, no respeito à dignidade, na felicidade de cada um dos seus membros, cria percepções diferenciadas e complexas sobre a temática.

Desse modo, o primeiro capítulo trata das Arquiteturas genealógicas da sociedade, família e Estado. A genealogia estuda as origens dos agrupamentos sociais, das famílias e do Estado mediante uma percepção não linear da evolução e da formação dos agrupamentos humanos. Destaca-se no texto alguns fatores que contribuíram para a diversidade do desenvolvimento das sociedades, bem como a configuração das famílias patriarcais, instituídas pelo matrimônio hierarquizadas e mantidas como células produtoras da sociedade liberal burguesa do Estado laico, defendido pelos iluministas franceses nos Séculos XVII e XVIII. O capítulo aborda os pressupostos teóricos do mundo liberal, mecanicista e clássico, que centrava seu

interesse na propriedade, no indivíduo e no Estado. Paralelamente, o texto busca estabelecer o contraponto ao individualismo exacerbado, expondo as idéias de Marx e Fourier, com o seu socialismo considerado utópico, e as propostas da Doutrina Social da Igreja.

O segundo capítulo, O homem, o Direito e muitos Copérnicos, aborda o pensar humano sob o recorte dos tempos modernos. Para isso, o texto perpassa transversalmente a racionalidade matemática de Descartes, os questionamentos de Marx e Darwin, os tempos ditos pós-modernos, a desconstrução Foucaultiana, o pensar complexo de Morin, o pensamento sistêmico e ecológico de Capra, a Teoria do Discurso de Gadamer, ressaltando as influências desses pensadores na interpretação jurídica. No primeiro momento, o capítulo destaca o positivismo jurídico dos códigos e dos estatutos e, logo em seguida, evidencia a lenta transposição paradigmática do Direito sob a ótica dos Princípios Constitucionais e pela eficácia direta nas relações intersubjetivas da constitucionalização do Direito Civil.

Ressaltam-se no texto as posições sobre a primazia dos direitos fundamentais e no princípio da dignidade humana, defendidas por Sarlet, e as percepções hermenêuticas fundamentadas nos princípios, citadas por Freitas e por Alexy e Canaris.

O terceiro capítulo, Mecanismos e sociedade burguesa, descreve a questão da paternidade e os questionamentos sobre a paternidade biológica e a paternidade afetiva. Além o texto relata a influência dos interditos, a lei do incesto, o pensamento de Freud, estruturados sob um viés biológico que vincula a sexualidade com a procriação. Além disso, descreve as influências atuais das percepções de Lacan, Deleuze e Guattari, estruturadas sob o viés cultural sócio-afetivo, complementar a Freud, que desvincula a procriação da sexualidade.

O quarto capítulo, Pós-modernidade, incertezas e dignidade humana, aborda as atuais concepções do Direito de Família. Dentro dessa abordagem, o texto descreve um sistema jurídico flexível, aberto, tópico-sistemático, possibilitando o reconhecimento jurídico das relações familiares fundamentadas no afeto, no respeito às dignidades dos seus membros e na isonomia de direitos.

O quinto capítulo, A parentalidade líquida da pós-modernidade, apresenta as questões da parentalidade analisadas sob a influência das novas tecnologias de reprodução e desvinculadas do ato sexual. O texto discorre sobre os casos

emblemáticos, as novas legislações, os questionamentos bioéticos e a jurisprudência brasileira.

Por fim, o último capítulo encerra o trabalho de pesquisa, apresentando as principais conclusões da pesquisa realizada no campo do direito privado e da família. O texto ressalta as considerações mais importantes, extraídas das análises efetuadas nos capítulos anteriores, bem como aponta alguns questionamentos que poderão incentivar novas pesquisas no futuro. Nesse sentido traz à luz algumas reflexões sobre o tema das configurações familiares, que transpassam saberes e ultrapassam as fronteiras de outras áreas do conhecimento e da discussão meramente jurídica.

7 CONCLUSÕES

Caminhante, são tuas marcas
o caminho, e nada mais;
caminhante, não há caminho,
se faz o caminho ao andar.
Antonio Machado

A pesquisa desenvolvida neste trabalho foi norteadada por três pontos básicos, identificados pelas configurações familiares, pelos saberes e pelas práticas jurídicas. A abordagem metodológica empregada, baseada na análise do discurso dos diferentes autores, possibilitou a descoberta das modificações surgidas nas configurações familiares e as influências dos saberes construídos e desconstruídos até os tempos atuais, que transformaram, reformaram e complementaram as diferentes práticas jurídicas.

Para tanto, o estudo teve como objetivo a análise das famílias nos contextos relacionais, afetivos, sociais, psicológicos, econômicos ou legais. No decorrer da pesquisa, observou-se que as famílias são indefiníveis porque estão envolvidas pela intimidade de um processo dialógico de construção, desconstrução e reconstrução. Esse processo conecta amores, poderes, direitos, deveres, afetos, ódios, refúgios e violências entre os seus membros. Em verdade, constituem agrupamentos humanos complexos, plurais, flexíveis que não evoluem, mas que se modificam, constantemente, de tempos em tempos.

O liberalismo concebia as famílias como célula mater de uma sociedade burguesa, predominando de forma hierárquica a figura do chefe masculino. Essas concepções possibilitaram a ascensão, ao poder político, da burguesia masculina. As idéias liberais se espalharam pelo ocidente, criando a noção de direitos humanos fundamentados numa igualdade, liberdade e fraternidade que eram naturais e comuns a todos os seres humanos desde o seu nascimento. A efetivação desses pressupostos passava por uma idéia, formal e jurídica, de que todas as pessoas eram absolutamente idênticas, detendo as mesmas condições e oportunidades na vida. A mudança desses conceitos contribuiu para o surgimento de novos questionamentos que possibilitaram o desenvolvimento do pensamento contemporâneo.

As idéias intelectuais e revolucionárias do século XVIII são tachadas como conservadoras e são consideradas como superadas no pensar contemporâneo. O pensamento mecanicista da ciência ocidental moderna, fundamentado no mundo cartesiano, definiu fronteiras e estabeleceu dicotomias com a especialização de saberes, com a separação do sujeito e o objeto, com a desqualificação do senso comum e com a consideração das verdades concretas e absolutas nos resultados científicos. Tais convicções do passado cederam espaço ao pensar sistêmico de uma ética dialógica e discursiva, baseado no paradigma das interconexões que possibilitou novas subjetividades de realização pessoal e coletiva.

A fundamentação do Direito na proposta positivista de um sistema jurídico de normas, desvinculadas da natureza e do homem, evoluiu para uma concepção paradigmática, integradora e transdisciplinar dos direitos fundamentais. Essa visão contemporânea outorga aos operadores do Direito atributos importantes para o uso do pensamento inovador no tratamento dos anseios sociais, em observância aos princípios da Constituição Federal de um Estado Social e Democrático de Direito em construção.

Esse pensar inovador qualifica a compreensão da importância do conhecimento interpessoal, intrapessoal, complexo e transdisciplinar, complementando a dimensão do saber científico cartesiano, formal, analógico e dicotômico.

O pensamento aberto e alargado propicia releituras e renovações que, por sua vez, atraem novas idéias e valores, oportunizando os constantes aprimoramentos dos grupos sociais. Dessa maneira, percebe-se que esse paradigma permite resgatar as diferentes possibilidades que uma visão diferente do mundo pode oferecer às pessoas. Tal paradigma não é de fácil realização prática, pois implica em desenvolver o pensamento e o juízo crítico nos indivíduos, gerando transformações internas e uma maior ou menor interferência destas no contexto que os acolhe. Esses novos saberes desestabilizam os conceitos originais, trazendo novos valores, novas vivências e novas orientações jurídicas.

As modernas configurações familiares percebidas como um grupo de pessoas unidas, por vontade própria e por laços de afetividade, superam os vínculos biológicos do parentesco consanguíneo e a hierarquização do poder patriarcal legitimado pelo matrimônio heterossexual. Neste sentido, pode-se constatar que as famílias passam a ser analisadas sem a existência de um padrão dominante,

legitimando a coexistência das relações sócio-afetivas. Dentro dessa abordagem, a constituição familiar decorre da parentalidade construída pelo esforço emocional e vontade dos indivíduos, motivados pela realização pessoal e premidos pela adaptação das suas identidades. Percebe-se que as dificuldades encontradas no decorrer da convivência íntima das diversas vidas humanas estão plenamente relacionadas com o pensar, o saber, o sentir e o conhecer do mundo que as envolve.

A dimensão das elaborações mentais e a formação da personalidade no interior das configurações familiares podem ocorrer em dissonância com a vivência das emoções e dos afetos, com a imposição de crises, de conflitos e de transformações. Essas transformações requerem a compreensão de diferentes ramos do conhecimento para o tratamento dessas idiosincrasias.

Observa-se que os sistemas legais buscaram uma adequação aos novos tempos, discutindo os modernos avanços da tecnologia genética e recentes conceitos de ética, com a evidência das profundas transformações que permitiram a desvinculação da procriação, da filiação e do prazer. As transformações e incertezas do mundo contemporâneo têm ocasionado significativas mudanças nas relações jurisdicionais, traduzindo uma noção jurídica menos formal que seja fruto dos princípios da solidariedade, da isonomia e da busca da felicidade.

A nova concepção do Direito possibilita ao intérprete jurisdicional a análise do Código Civil, sob a ótica dos princípios constitucionais e não a contrário senso. Percebe-se que as novas configurações familiares, respeitadas sob ratio constitucional, geram contradições nos nossos Tribunais. A jurisprudência pátria e as legislações registram, de forma indelével, as dificuldades enfrentadas para o equacionamento da isonomia e o efetivo respeito às dignidades humanas.

Ainda que vagarosamente, a jurisprudência brasileira sinaliza modificações para o tratamento das novas configurações familiares, baseadas no respeito e na permissão da vivência plena de seus direitos. A legislação não pode regulamentar os afetos, nem determinar a felicidade das relações, mas pode e deve respeitar e oportunizar a equalização dos direitos. Uma sentença jurídica de paternidade ou maternidade biológica nada representa, por exemplo, senão existir o respeito aos vínculos afetivos e as vontades dos indivíduos envolvidos. É imperativo que as pessoas queiram viver os vínculos de uma relação sócio-afetiva, uma vez que as relações humanas e a estruturação psíquica do indivíduo não se fazem por

determinação legal. A legislação não pode obrigar a manutenção de vínculos afetivos, quando não mais existe afeto que os atrele. Evidentemente, o papel fundamental do Direito, em um Estado social e democrático, é intervir sempre que houver o desrespeito a dignidade humana.

Por sua vez, as relações advindas das possibilidades de reprodução assistida instigam um novo refletir sobre as conseqüências éticas e psicológicas da parentalidade. Tanto nos casos da legislação estrangeira quanto da nacional, o que se percebe das propostas apresentadas para regulamentar as questões da reprodução assistida é que abordam, exclusivamente, os critérios cientificistas genéticos em detrimento de uma análise transdisciplinar do reconhecimento da filiação baseada no afeto e nos laços de parentalidade. Portanto, torna-se necessário que a discussão ultrapasse os limites legais, não cedendo a grupos de interesse econômico e permitindo que as reflexões e orientações cheguem ao estabelecimento de uma legislação que tenha, por foco principal, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, o direito à vida e à saúde e a preservação da intimidade. Não se pode compactuar juridicamente com o uso indevido das novas tecnologias, que podem influenciar, diretamente, na humanidade das pessoas.

A pesquisa efetuada revela que o sentido mais forte de vida humana na sua pluralidade relacional e os avanços científicos e tecnológicos irão compelir ao desenvolvimento da noção da genealogia do social, do fraterno e do solidário nas famílias líquidas do mundo contemporâneo.

Pode-se constatar que inúmeros questionamentos surgem como resultado à reação das pessoas nas novas configurações familiares, principalmente quando os desafetos gerados ocupam o lugar que deveria ser do afeto. As disputas ou ódios estabelecidos, em intermináveis discussões jurídicas, pode vir a transformar os filhos afetivos em filhos indesejáveis, tal como aconteceu aos filhos nascidos do ventre-livre das mães escravas no Brasil Imperial. Essas desavenças poderão gerar novos refugos humanos? É possível viver o afeto em sua plenitude, convivendo com a dor e os conflitos surgidos na intimidade das pessoas? É razoável acreditar que o Direito poderá apreciar diferenças e permitir que seja cultivado o ninho familiar afetivo de forma isonômica, respeitando a individualidade e a dignidade dos seus membros?

O mistério da vida e do humano gera questionamentos e novas realidades, que são conseqüências naturais da evolução humana na reorganização e na desorganização de suas formas de vida ao longo dos tempos e em qualquer

instante. O entendimento do mistério da vida requer uma percepção genealógica de oposição aos saberes históricos, contra a coerção de um discurso teórico e formal que oriente o direito privado para uma prática observada nas novas configurações familiares. Portanto, o estudo da genealogia do direito privado deverá incorporar os saberes da diversidade humana, incorporados na antropologia da família líquida.