

AFETIVIDADE COMO BASE DO RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS ENTIDADES FAMILIARES

Neiva Flávia de Oliveira

Mestre em Direito Pela PUC/SP

professora de Direito de Família e sucessões da Universidade Federal de Uberlândia e professora de Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade Politécnica de Uberlândia, advogada especializada em direito de Família e sucessões.

O objetivo geral do presente trabalho é demonstrar que, como a formação familiar em seu contorno jurídico sempre se definiu por uma função política, isto é, de reforço da estrutura de poder; função esta, que atualmente a relação afetiva entre pessoas não mais desempenha por uma série de fatos, é possível se rever a concepção jurídica das formulações de entidades familiares para se inserir a pluralidade de hipóteses reais que a sociedade apresenta. Assim como demonstrar a impossibilidade de uma regulamentação fixa dessas entidades.

É fato a existência de formas plurais de relacionamentos familiares atualmente na sociedade, o que exige uma compreensão jurídica para se balizar a leitura dos tribunais acerca dos efeitos ou não desses relacionamentos; mas também é fato que apenas com conhecimentos restritos à ciência jurídica tal compreensão será incompleta, logo é fundamental um viés transdisciplinar para se incorporar conceitos de outras ciências como a sociologia e a psicologia.

Principalmente, é preciso se rever a concepção paradigmática, seja isonômica, seja patriarcal de família como modelos de entidades familiares, percebendo-se que a base de compreensão dessa pluralidade é a permissão, o reconhecimento jurídico de que o arranjo familiar toca aos pares, ao grupo familiar e não ao Estado, através de um esquema legal.

A relativização e abertura de conceitos familiares, tidos como fechados, tais como o casamento e a união estável com diversidade de sexos, a paternidade ou maternidade vinculada na relação biológica, a filiação como direito a pai e mãe, dentre outros é uma questão sócio-jurídica, que pede uma atualização do pensar jurídico para buscar princípios e metodologia a fim de se solucionar a questões que possam surgir neste temas.

Qualquer modelo de construção jurídica de entidade familiar é falha, ou seja, impor-se uma paradigma será sempre uma fonte legal ou jurídica de exclusão, aquele que não se enquadra no modelo é marginal, esta à margem do sistema; e na seara do direito de Família, quanto aos arranjos entre os pares conjugais e as opções de organização familiar, não é possível este estabelecimento de paradigmas sem o nefasto efeito exclusivo.

Nota-se que a afetividade é a base das construções das entidades familiares, a partir de um olhar social, houve uma clara intimização das relações familiares, ou seja, uma perda da perspectiva social desse agrupamento e um ganho de privacidade, o próprio Código Civil brasileiro, quando em seu artigo 1.513, diz que é defeso a qualquer pessoa, seja de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, isto equivale a dizer que a função da construção familiar não é mais social, mas privada, a saber: a realização afetiva de seus componentes.

Isto leva a uma necessidade de que o Direito compreenda e assimile, em termos de estrutura positiva qualquer forma de entidade familiar afetivamente construída, dando-lhe efeitos e proteção.

A partir do estudo desenvolvido na dissertação de mestrado sob o título A Fabricação da Idéia Jurídica de Poder entre Pares Conjugais no Direito Brasileiro, no qual se buscou realizar uma demonstração da resistência discursiva dos autores de Direito de família à isonomia de poder entre os pares conjugais. Resistência essa lastreada em uma concepção fixa de família, forjada na experiência social do século passado e início deste, na qual o homem/marido exercia com exclusividade a direção da família, se pode perceber que as entidades familiares sempre se construíram como estruturas jurídicas de poder.

Procurou-se demonstrar, também que essa estruturação jurídica da família esboçada no Código Civil Brasileiro, especialmente em seu art. 233, no qual se tem a conformação do poder entre os pares conjugais tem justificativa histórica e psicológica. E, como se pode ou se tentou deixar perceber, os movimentos históricos e psicológicos se alteraram muito nos períodos que correspondem ao arcabouço das legislações, tanto para o Estatuto da Mulher Casada, quanto

da atual Constituição.

A resistência teórica que se viu no estudo de mestrado revela uma crise paradigmática.

É possível que a solução dessa crise paradigmática, isto é, do paradigma do patriarcado, cuja influência permeia todo o sistema jurídico se dê na incorporação de novos conceitos teóricos, na aceitação de que a validação da compreensão jurídica de família necessita da avaliação de sua compreensão histórica e psicológica. Percebendo-se que tanto no aspecto histórico, quanto psicológico houve uma alteração do modelo publicista de família, na qual o Estado possuía um alto poder organizador e regulador; para um modelo intimista, no qual esse poder tem que ser reduzido de forma significativa.

De forma a permitir que o conceito de família seja essencial, mas aberto, realizado na experiência concreta, construída pela vivência dos gêneros masculino e feminino.

A estruturação jurídica das entidades familiares em termos de formatação do poder responde a uma objetivação da previsão jurídica dessas relações.

Essa objetivação se traduz na necessidade de racionalização da positivação, fruto do próprio respaldo teórico desses regramentos jurídicos.

O controle da sexualidade, em especial da feminina, e daquelas classificadas como diferentes do padrão moral vigente, é uma forma que filosoficamente, se encontrou para afastar o risco do envolvimento emocional na proteção normativa, ou de qualquer saber que estrutura a sociedade; fator esse de risco ao conhecimento verdadeiro, e que justifica a defesa da intervenção do Estado na organização dos afetos objetivados nas relações familiares.

Seja sob a forma de casamento ou de união estável, qualquer forma de estruturação jurídica definidora das uniões afetivas será discriminadora, porque estabelece um padrão. Verifica-se que ao objetivar a configuração das entidades familiares, o Estado instituiu o controle da sexualidade e da afetividade, devido à sexualidade/afetividade permitida, possível, e não real, construída.

Atualmente, esse controle das vivências afetivas é um exercício indevido do poder do Estado, que apenas deve reconhecer as construções reais das pessoas concretas envolvidas nas relações afetivas.

No dizer de Robin Schott (1996) o Estado passa a controlar a sexualidade e a reprodução através de regulamentações das uniões afetivas, mas o faz sob a marca da objetividade, ou seja, através da construção de relações de poder na estrutura familiar.

Citando Platão, Robin Schott (1996) diz que a sexualidade mais temida seria a feminina porque os desejos sexuais femininos poderiam prejudicar a função social das mulheres de reproduzir poder legítimo.

A sexualidade, a vivência de um projeto afetivo, é um risco social, na visão histórica tanto na Grécia e Roma antiga, quanto na Europa Medieval, e sob a influência Kantiana.

Robin Schott (1996) demonstra com precisão como as entidades familiares se constroem na modalidade casamento tendo por base a representação de estruturas de poder, e não o espaço de realização pessoal e afetiva dos envolvidos, o que atende a um interesse de objetivação normativa da relação afetiva e um controle público (Estado) da sexualidade e da reprodução, produzindo claramente uma massa das relações marginalizadas e excluídas de proteção jurídica.

Conforme pondera Fachin (1999) não é possível uma estruturação jurídica capaz de prever todas as formas das construções afetivas presentes na realidade social. Revela, o autor a necessidade de percepção da base afetiva da construção das relações familiares.

O que Robin Schott (1996) aponta na estrutura histórica, sob um substrato filósofo, Fachin (1999) o faz na estrutura jurídica; a regra sobre qualquer forma paradigmática de relacionamento afetivo é excludente dos demais, que não se acomodam no paradigma.

Reale (1996) já apresentava uma preocupação na sua teoria culturalista do direito com a percepção de que a construção de paradigmas é social e não jurídica, sendo o sistema jurídico ato de reconhecimento e não de fixação de modelos sociais.

Reale fala que o modelo teórico se faz a partir do normativo, considerando os valores sociais presentes no processo interpretativo, e isto resolveria a metodologia que se desenvolveu em Direito de Família para explicar a autoridade marital presente no Código Civil, mas não para formular outra que permita uma leitura dessa sociedade a partir de um modelo normativo-isonômico e impeditiva do caos na sociedade familiar. E isto acontece porque os fundamentos da interpretação do revogado art. 233 do Código Civil se direcionaram para o entendimento da

interdependência entre a autoridade marital e a relativa capacidade da mulher casada, em uma análise correlacionada do modelo normativo.

O rompimento da inter-relação no campo normativo, e o não desenvolvimento de outra forma metodológica de correlação válida, com base na norma jurídica, a teoria a respeito se torna resistente, em função da ausência de método válido de análise.

Na teoria de Miguel Reale, diferentemente da teoria formalista, na qual a análise da estrutura formal da norma era o objetivo do Direito, é a orientação da própria conduta humana. Logo, o fato humano apresenta relevância, a norma se torna um meio para se atingir um objetivo, mas da mesma forma, que no pensamento anterior, é ela, um padrão de conduta, apto a conferir segurança e equilíbrio social.

A questão metodológica, isto é, dos fundamentos, apresenta relevância especial, na abordagem da estruturação do poder entre pares conjugais pelas teorias do Direito de Família dentro da Ciência do Direito, e é necessário que se definam os fundamentos com os quais se irá tratar do tema, de forma tal que não haja colisão com a finalidade da norma.

Certamente, o conhecimento científico possui características diversas do conhecimento produzido pelo senso comum, inclusive pelo fato de ser finalístico, mas não é a definição de uma metodologia específica que difere os vários tipos de saber que se tem, e sim a correta adequação dessa metodologia ao objeto de estudo e ao fim a que se destina o saber. Foi exatamente esta que se viu no início do século para o relacionamento conjugal, explicando a autoridade marital.

Veja-se que apenas se ampliam os pressupostos para a definição da base metodológica. Reinach, citado por Karl Larenz, diz:

"O Direito positivo não poderia preceituar que actos [sic] destes fossem «eficazes (no sentido da vigência jurídico positiva) se entre as possibilidades do comportamento humano não se contasse já a de praticar actos [sic] que, pelo seu próprio sentido, estão dirigidos a produzir um determinado efeito na esfera jurídica, Ao lado de uma teoria estrutural dos actos [sic] jurídicos (...)".

Ora, essa proposta de pressuposição do comportamento humano contextualizado no caso, juridicamente, para validar a própria normatividade do Direito Positivo como eficaz para gerar condutas condiz, como ponderou o autor, com uma visão de método de análise normativa ligada à concepção da contextualização da conduta jurídica no meio social. Numa interação, o autor aponta para a tese de que a noção de sentido jurídico é pré-existente aos próprios efeitos e se, insere na órbita real do comportamento humano. Assim se pode compreender o desenvolvimento do sentido jurídico da sobrevivência da família, sem a necessidade de um centro que a dirija.

A família é o conceito jurídico essencial e não a sua estruturação de poder. Esclarecendo melhor, é a sociedade familiar um conceito básico para o sistema jurídico em face das relações que deflagra. Mas, a estrutura de poder que se constitui entre seus membros em especial, entre pares conjugais, e até mesmo a produção dessa estrutura de família, decorre de fatores sociais já estudados, e isto não interfere na validação do sistema jurídico.

Assim, à Ciência do Direito compete definir a estruturação dos atos jurídicos, como contratos, casamento, etc, de forma tal que esse conceitos pertençam ao sistema jurídico, mas a eficácia desses atos pende da determinação concreta do ser humano que o pratica, de uma ação finalística desse, no campo jurídico.

O sistema, isoladamente considerado, mesmo que seus conceitos e relações sejam perfeitamente pertinentes, não é suficiente para conferir eficácia a um ato jurídico, que envolve conceitos e relações. É necessário a inserção do sistema jurídico em outro, o social, de forma estruturante, para validar o discurso jurídico, e é neste ponto que se pode apresentar o grande problema da teoria a respeito da estrutura da sociedade conjugal no Direito de Família.

Maria Alice Zarotin Lotufo (2002) demonstra, em sua obra, que se pretende um manual acadêmico de estudos de Direito de família, a preocupação com a postura do estudioso de Direito de família, ao apontar termos com impedimentos e formalidades de casamento, questões essas. Que devem ser sempre avaliadas em termos do interesse dos envolvidos, e não de um possível interesse público. Deixa clara a modificação de postura teórica em Direito de família com a percepção de que, as relações afetivas vêm se intimizando, deixando de ser uma questão de interesse do Estado, uma construção objetiva de poderes, para ser uma forma de realização afetiva das pessoas envolvidas.

O Direito na medida em que objetiva as relações intersubjetivas baseadas no afeto impede a

construção de uma relação baseada no respeito, já que o sentir não é um elemento comunicacional, como coloca. Habermas (1990), dessa relação, da validação dessa relação jurídica, o que permite construções irreais e estereotipadas que não possibilitam a realização das afetividades, dando margem à exploração e desrespeito pelo sentir do outro, nas relações afetivas.

É uma questão a ser abordada e respondida se o Estado deve legislar sobre a organização interna das famílias, estruturando a forma ideal de poder para ela, posto que o afeto se organiza de forma plural.

Ao se conceber que o Estado deve normalizar e padronizar o modelo de família, conseqüentemente se permite o expurgo de práticas que não se enquadram neste modelo, gerando formas familiares afetivamente construídas e socialmente existentes sem qualquer possibilidade de ressonância jurídica.

A família se torna cada vez mais um espaço intimista para seus membros, o que exige o afastamento do Estado de operar, legislando, sobre a formatação da família, a ciência jurídica não tem se apercebido dessa necessidade, construindo uma metodologia transdisciplinar apta tal abordagem do fenômeno social.

A família é uma realização contextualizada historicamente, que se baliza por fatores psicológicos, dada à afetividade envolvida, portanto é pontual que se discuta como metodologicamente inserir esse elemento na ciência jurídica.

Certamente, é um viés possível que se incorporando na ciência jurídica, que como qualquer ciência se constrói, influenciada por valores sociais, a noção de que na organização familiar, tem-se papéis que se constroem e se desconstroem, se poderia respeitar esses valores e expô-los verdadeiramente nos textos produzidos por essa ciência.

O substrato, o elemento catalisador da família, atualmente é a solidariedade entre seus membros, a afetividade, e não a estruturação de poder, isto deve levar a se alterar os princípios do próprio direito de família, para abarcar tais alterações, e permitir soluções judiciais mais próximas da realidade socio-familiar.

Na experiência concreta as famílias se organizam das mais variadas formas, algumas nas quais há um centro de direção, outras não, portanto qualquer padrão estabelecido pela ciência jurídica tornaria a família que dele destoar, marginalizada, do ponto de vista do sistema jurídico, e, portanto passível de desrespeito, ou seja, sem possibilidade de invocar a tutela jurídica.

Os princípios do patriarcado, do centro diretor da família, da existência de uma forma de organização familiar paradigmática estiveram em sintonia com a sociedade, quando o casamento era uma instituição social, e até política, mas agora, nesta fase privada que ele vivência, esses princípios não devem nortear a experiência jurídica, ao contrário, a democracia em termos de construção familiar impõe que se considere legítima qualquer forma de família baseada no afeto e no respeito.

A noção de que há um padrão para a concretização da experiência familiar, leva a idéia de que, ao se desfazer um casamento, ao se estabelecer uma união estável ou uma união homossexual, se estaria destruindo a família, portanto a ciência jurídica deve restringir esses fatos, deve controlá-los ou até mesmo impedi-los, todavia seria mais adequado dizer que as famílias se alteraram juridicamente, já que é isto que se dá no aspecto social.

Ao se abordar a sociedade familiar, em ciência jurídica, já se leu, nos teóricos, que como em qualquer sociedade, esta deveria ter um centro de direção e uma dada organização para sobreviver, e agora o inverso que não pode ter um centro de direção. Mas, a sociedade familiar tem um aspecto peculiar em relação a qualquer outra, se funda exclusivamente no vínculo afetivo entre seus membros, o que os leva a serem solidários e não competitivos esse aspecto é relevante na pesquisa jurídica, e deve levar à conclusão de que esses arranjos dependem da forma como pensam os pares conjugais, como pretendem compor a família.

Qualquer paradigma que se estabeleça para a estruturação da família, em especial, quanto à sua formação e organização do poder não atenderá à diversidade de famílias que existem na realidade concreta, esse aspecto é essencial para o estudo jurídico da construção familiar.

A complexidade e pulverização das organizações familiares são um dado da realidade concreta, espaço de aplicação da ciência jurídica para a correta interpretação das normas, como então, viabilizar adequadamente o estudo na ciência do Direito, sem a aceitação e incorporação desse dado?

Para a compreensão completa do fenômeno social que se dá na organização familiar, é fundamental o enfoque jurídico, bem como o histórico, o psicológico e o sociológico, o que impõe

para se realizar a pesquisa jurídica sem uma metodologia transdisciplinar.

As relações familiares desde o início de sua normatização, nas sociedades gregas e romanas, se construíram como um controle do Estado da sexualidade e reprodução, e esse deu como uma construção de poder.

Atualmente se pode notar que a relação familiar vem se construindo socialmente com base nas diferentes formas de afetividade, e isto tem que ser reconhecido pelo Direito, a questão que se põe é como o sistema jurídico, e seu estudo teórico, a Ciência do Direito, pode incorporar a afetividade com base de uma relação jurídica? E que efeitos dar ao seu desrespeito?

A lei mantém e oprime ou transforma a realidade social, a norma jurídica tem poder para manter ou reformar o "status quo" das relações de gênero, entre os quais, classicamente se coloca as relações afetivo-familiares.

Nos Estados Unidos, por exemplo, os tribunais de justiça federais historicamente se prenderam à proposta de igualdade formal, limitando a compreensão da lei, e impedindo renovações nas relações sociais, o que demonstra que estatutos de cidadania, não garantem a viabilização real dessas.

No século passado, a Suprema Corte Americana decidiu que a segregação racial era compatível com a igualdade, porque ao mesmo tempo em que negros eram proibidos de sentar no banco de um carro de um branco, ao branco também não se permitia sentar no banco do carro de um negro. Resolveu o tribunal que a igualdade estrita estava sendo cumprida, desconsiderou o simbolismo cultural que diferencia e discrimina.

Por sete décadas, esse entendimento permaneceu, em termos de relações de gênero, até que os movimentos feministas americanos resolveram rediscutir o tema, e utilizando a própria Constituição passaram a questionar a discriminação contra a mulher, no âmbito das relações de trabalho e em especial, nas relações familiares.

No entanto, o sucesso dessa experiência foi restrita aos casos de discriminação declarada, mas revelam claramente, a possibilidade de utilização da lei como mecanismo de modificação social das relações de gênero.

Hoje, o ponto nevrálgico, quanto aos direitos entre gênero, reside na questão como incorporar a diferença na igualdade, o que afeta de frente a construção familiar em sua versão plural.

A discriminação com referência às mulheres grávidas, por exemplo, é uma discriminação de gêneros, mas a Suprema Corte americana entende que não, porque nem todas as mulheres ficam grávidas. E esse ponto, de certa cindiu o movimento feminista americano, porque uma parte dele exigia tratamento diferenciado na relação de trabalho em função da gravidez, outra parte direitos iguais.

Porque o masculino deveria ser o padrão para se tratar mulheres, porque o casamento, a união heterossexual com prole deve ser o padrão nas relações familiares? Reconhecer a diferença significa um tratamento especial às entidades familiares que dela necessitem, minimizando a marginalização e a violência, outro ângulo, a legislação estaria dando uma condição especial aos casais que não necessitam, por já contarem com o respaldo social amplo, para padronizarem, pela diferença, o comportamento familiar não convencional.

Segundo a estudiosa feminista americana, Catherine Minow, o que estaria oculto seria a forma substantiva pela qual o homem se tornou a medida de todas as coisas, pelo padrão da igualdade, a mulher é medida pela sua semelhança com o padrão masculino, pela diferença de acordo com seu distanciamento do mesmo padrão.

Certamente, o gênero se revela na legislação e suas interpretações, e produz a necessária interseção entre relações de gênero e poder sócio-político.

No entanto, hoje é consensual, entre que o discurso misógino, sexista, discriminador se dá, e deve se transformar, não ao nível de elaboração e produção das normas, mas sim de interpretação e aplicação, em especial no modelo padrão familiar, que não aborda ou reconhece a presença do afeto como elemento fundamental da formação familiar.

Quem constrói o discurso jurídico são aqueles que, em sua maioria, possuem uma concepção conservadora e dogmática da função familiar, que se formaram sob a influência de sistemas sociais patriarcalista, o que se reflete em sua produções teóricas.

Quando se trata de direitos humanos, por exemplo, pontua-se a questão: está-se falando de toda a humanidade ou somente de parte dela?

Em sendo assim, a prática democrática deve ser reflexiva sobre sua própria implementação.

Se todos os seres humanos nascem iguais, tem o direito de se desenvolver de acordo com a sua cultura, e opção pessoal, e assim construir sua organização familiar, com base no afeto, e não

em normas estruturadas pelo Estado que pontuam a família como núcleo de poder.

A distinção entre o âmbito privado e público é básico para as questões de gênero, em função disso, o reconhecimento da violência doméstica como violação dos direitos humanos é uma evolução no pensamento jurídico porque sempre se tratou os direitos humanos como aqueles situados no espaço público, aliás, esta percepção ao nível familiar traz a ponderação feita de que, atualmente o próprio Código Civil brasileiro aponta para a intimização da construção familiar.

Outro ponto a ser observado na relação entre o masculino e o feminino, é como se combinar o respeito ao pluralismo cultural, que tenha certos paradigmas ou standards familiares, isto é no que toca a esse arranjo, quanto ao poder, aos pares, à prole.

A cidadania deve, então ser vista de forma dupla: como garantia de exercício de direitos, mas também como respeito às diferenças interna de cada agrupamento humano; a cidadania identifica o indivíduo/cidadão na coletividade, reconhecendo portanto suas especificidades, e isto atinge em primeiro plano, as estruturas familiares.

. Deve-se, tanto teórica quanto praticamente criar-se espaços institucionais para se conceder poder a todos os grupos ou indivíduos/cidadãos, para discutirem suas especificidades. O pluralismo político-cultural é um mecanismo de reconstrução do discurso jurídico, que deve ser inserido nas teorias de base do Direito de Família.

No entanto, quanto às questões de gênero, esse mecanismo tem tido um pequeno efeito, no Brasil por exemplo, muitos juizes ainda interpretam a igualdade constitucional como restrita ao direito de família, apenas para considerar homens e mulheres iguais em direitos e deveres, e não para entender que igualdade é respeitar a forma de afetividade escolhida para a estruturação familiar.

Percebe-se portanto que as questões entre gêneros, que é um papel social, e seu reflexo na formação afetivo-familiar, hipóteses de igualdades e diferenciações, na âmbito da prática jurídica, ainda requer a desconstrução de um discurso teórico, aparentemente formalista, mas estruturalmente discriminador.

Talvez a hipótese de utilização, pela Ciência do Direito, de um conceito dado por outras Ciências Sociais (a História e a Sociologia), o de gênero pudesse permitir a eficaz eliminação do modelo civilista do patriarcado que, por sua vez, gerou uma inferioridade na consideração jurídica do trabalho da mulher, para se cumprir a proposta constitucional de um tratamento jurídico igualitário para homens e mulheres.

Rabindranath V. ^a Capelo de Souza, ao abordar a igualdade entre homem e mulher diz: "É esta a regra de igualdade que leva também a nossa ordem jurídica, na tutela dos bens ou valores da personalidade humana, a considerar identicamente o homem e a mulher, na sua essencialidade humana (...)". Observa-se que, para ele, o princípio da igualdade não tem um valor em si, mas tutela outros, e a igualdade entre homens e mulheres revela-se na essência, não na construção quotidiana de seus direitos e deveres.

Por adotar uma metodologia pura, sem conceitos emprestados de outras disciplinas do pensamento para a sua abordagem em Ciência do Direito, é que se nota, na teoria do autor, a necessidade de uma proposta unitária para pessoa, uma teoria geral da personalidade, o que o leva a falar em identidade entre homem e mulher, juridicamente.

Para estabelecer a diferença, ou melhor, reconhecer a construção misógina que se fez entre marido e mulher, na leitura das normas a respeito da poder na sociedade conjugal, especialmente na repartição dele, exige-se uma observação nos métodos desenvolvidos por outras disciplinas do pensamento que estudam a mesma temática para, se possível, tomar de empréstimo um método de análise que supere o que se tem, desenvolvido sob a égide de uma norma alterada.

Essa percepção relacional de um estudo centrado na construção dos papéis sociais, em termos de feminino e masculino, passou a atender uma preocupação metodológica dos estudiosos das ciências sociais, com o fato de que a produção desses estudos se centrava sobre as mulheres, com uma visão muito limitada e separada; portanto o termo gênero, desenvolvido na Sociologia, vem introduzir exatamente uma noção relacional para a análise das relações sociais, no aspecto das funções sociais destinadas aos sexos.

Com a inserção desse conceito para servir à análise científica dos fenômenos sociais, homens e mulheres passam a ser termos definidos de forma recíproca, ou seja, não é possível a compreensão de um deles isoladamente.

Do ponto de vista dos estudos da Sociologia e da História, essa modificação metodológica de

abordagem nos estudos ligados às diferenças sociais e históricas entre homens e mulheres permitiu uma verificação mais profunda da construção dessa simbologia, ou seja, somente será possível analisar a inferioridade social histórica feminina se, ao mesmo tempo, analisar-se a condição social e também histórica da superioridade do masculino. Contrariamente, sempre se terá uma análise incompleta e incapaz de alcançar a estrutura real dos papéis sociais de homens e mulheres.

Isto esclarece que a primeira limitação que o conceito de diferença sexual oferece se refere ao fato de restringir o estudo, ou melhor, de oferecer um enfoque teórico com base num arcabouço conceptual de oposição absoluta e universal entre os sexos, um passa a ser a diferença do outro, ou mesmo, como dizia Aristóteles, o homem é o gênero, a mulher uma mera diferença, mas todos esses conceitos vistos de uma forma universalizada. Isto resulta que fique impossível combinar a existência real com o conceito, ou seja a prática diferenciada e pulverizada do cotidiano vivido por homens e mulheres, que não respeita esse limite absoluto, sobre o que um pode fazer o outro não, com a perspectiva teórica de uma diferença inalterável e com conseqüências inalteráveis.

E esse entendimento poderia possivelmente resolver a resistência que se apresenta como inadequação da teoria em Direito de Família a respeito do poder na sociedade conjugal, eliminando o pensamento de que a ausência de um condutor nesta sociedade levaria ao seu fim e, com isto, da própria forma de sociedade. Essa resistência teórica poderia ser resolvida com um olhar da Ciência do Direito para as outras Ciências que resolveram o problema para seus objetos específicos de análises

Diversamente do que se pensa, os clãs dos períodos mais primitivos da história humana, não eram dominados pelo sexo masculino.

Vivia-se uma espécie de matriarcado, isso deriva do papel central das mulheres na vida da comunidade, tanto no aspecto religioso quanto produtivo, atitude derivada do fato de que os primitivos acreditavam que as mulheres dominavam a reprodução humana.

Com a descoberta da participação masculina na reprodução, descredencia-se o papel sexual e social da mulher ao mesmo tempo.

Gradativamente a mulher passa a ser subjugada sexual e socialmente pelo homem. Nas sociedades gregas, já se percebe que a eliminação da opção sexual feminina combina com sua inexistência enquanto cidadã, e mesmo ser humano como fala Platão.

O direito surge como um elemento sistematizador desse processo de subjugação sexual feminina, que reduz a mulher a sujeito passivo da sua própria história.

O direito romano, canônico ou da ilustração representado pelo código de Napoleão Bonaparte ao mesmo tempo em que submetem a mulher sexualmente ao controle e opção masculina, retiram-na da participação na vida pública.

A mulher passa a não ter existência pública, cerrando-se nos domínios do lar. Pode-se notar claramente que, ao mesmo tempo em que se descapacita a mulher para exercer seus direitos, se elimina sua escolha sexual.

O direito brasileiro também refletiu esse binômio, ao mesmo tempo em que a mulher até a CF/88, ao se casar submetia-se ao marido, enquanto chefe da família, se tem a hipótese legal prevista no Código Civil de anulação do casamento pelo homem, no caso da mulher não ser mais virgem, ou seja, ela tem que se submeter social e sexualmente ao esposo, sob as penas da lei.

Então, o direito reproduz ou melhor produz estruturas sociais, que fazem da ausência de opção sexual para um dos sexos, o feminino, um caminho para a ausência da formação da mulher enquanto cidadã e parceira na construção social do homem.

Em função desse dado, pode-se dizer que o afastamento do Estado, ou seja, do regramento jurídico do espaço privado da sexualidade, garantindo apenas a liberdade de opção para ambos os sexos, é um caminho para o início da construção do conceito de democracia familiar, ou seja, de respeito às diferentes formações afetivo-familiares.

Como coloca Deena Metzger, na revista americana *Utne Reader*; 1983: "Se os sacerdotes quisessem se introduzir entre o povo e o divino, teriam de retirar as mulheres daquele papel. Não que no início a sexualidade fosse considerada pecaminosa em si, nem que a sexualidade das mulheres ameaçasse a propriedade e a prole, o fato é que se os padres quisessem ser poderosos, a mulher teria de ser restabelecida como uma via para o divino - aquela porta tinha de ser fechada. E é válido especificar que por isso foi instituída a misoginia terrível que aflige a nós todos (...)".

Portanto a retirada da mulher do espaço público, ou melhor do domínio social foi feita através da

sua condenação e castração sexual, ou seja, o caminho utilizado para se descredenciar a mulher para o espaço público, em todas as suas nuances fora exatamente vê-la como detentora de uma sexualidade promíscua, que deve ser controlada pela racionalidade masculina.

Desse princípio incorreto e com fim específico, passou-se a justificar a diferenciação de gêneros, quanto a capacidade e racionalidade masculina, e fragilidade e incompetência feminina.

Séculos de repetição desse estigma o sedimentaram, e de certa forma causaram um feminismo, inicialmente um tanto quanto radical.

Hoje, se pode perceber que a ausência da mulher do espaço público, logo enquanto cidadã, deriva dessa estigmatização com base no controle do exercício da sexualidade.

Em função desse dado, é que se referencia o discurso de sedimentação do respeito às diferenças entre os gêneros, com reflexo no respeito às diferentes formações afetivo-familiares, no resguardo jurídico da opção de afetividade.

Citando novamente, a autora acima, no mesmo trabalho: "Em um verso sagrado a prostituta é uma santa, uma sacerdotisa. Em um universo laico, ela é uma perdida. A Agonia da nossa vida esta nessa diferenciação", ou seja, se utilizou o domínio da sexualidade feminina na forma de sua apartação social.

Aliás, não que se trata apenas de controle do exercício dessa sexualidade, mas da visualização, como se acentuou neste texto, dos arranjos afetivos possíveis como formadores de um núcleo familiar.

A partir dessa base, se pode repensar papéis familiares e acomodar as diversas opções, hetero ou homossexuais, com prole ou sem, natural ou não, existentes na realidade social. A realidade social é fracionada, fragmentada com diversas formas de famílias, nas quais o poder entre os pares conjugais se estrutura de forma diversa, portanto, singulares; incompatível com um modelo teórico jurídico universalizante.

Seria necessário admitir-se, teoricamente, que a organização do poder conjugal se perfaz na experiência concreta e não conforme uma previsão teórica.

O efeito da exaustão paradigmática se dá na insuficiência para fornecer soluções concretas, e isto só se finda com a aceitação, no plano instrumental, de novos fundamentos teóricos. O que, no tocante a estruturação do poder entre pares conjugais, somente se viabiliza com a incorporação da categoria correlacional de análise gênero, que permitiria a adequação da teoria ao seu objeto.

Desta forma, fica possibilitada uma concepção da família como conceito essencial e aberto em Direito de Família, que se concretiza na experiência social, na relação construída e particular dos gêneros masculino e feminino, sendo o poder, nessa relação com, substanciado na vivência cotidiana e não pressuposto pelas normas jurídicas ou pela teoria.

7- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Luiz Carlos de. Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CICCO, Cláudio de. Direito; tradição e modernidade. São Paulo: Ícone, 1993.

CERTEAU, Michel de. A cultura no plural. Tradução: Enid Abreu Dobránszky. São Paulo: Papyrus, 1995.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução: A. Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Fundação Caloust e Gulbenkian, 1996.

DOLINGER, Jacob. Direito civil internacional: a família no direito internacional privado: casamento e divórcio. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v.I.

D'OLIVET, Antonie Fabre. História filosófica do gênero humano. Tradução: William Soares do Carmo. São Paulo: Ícone, 1997.

EWALD, François. Foucault: a norma e o direito. Tradutor: António Fernando Cascais. 1 ed. Lisboa: Veja, 1993.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família: curso de direito de família. Coordenador: Ricardo Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.

2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 4 ed. Belo Horizonte: Del Reu, 2001.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira et al. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. Organizadora: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando Humberto. Direito de família. Atualizador: Humbeto Theodoro Júnior. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LAZZARINI, Alexandre Alves et al. Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo de Oliveira Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.4.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, Luiz. Fundamentação do direito em Jurgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

NOGARE, Pedro Dalle. Humanismos e anti-humanismos: introdução à antropologia filosófica. 13 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1977.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JR, Edson. Reprodução assistida: até onde podemos chegar ? Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Chirstian de Paul de. Problemas atuais de bioética. 5 ed. São Paulo: Loyola, 2000.

PIRES, Francisco Eduardo Orcioli; PIZZOLANTE, Albuquerque. União Estável no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Atlas, 1999.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução: Almiro Pisetta, Lenita M. R. Estaves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. Paradigmas da cultura contemporânea. São Paulo: Saraiva, 1996.

SCHOTT, Robin. Erros e processos cognitivos: uma crítica da objetividade em filosofia. Tradução: Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Record, 1996.

SILVA, Ângela Maria; PINHEIRO, Maria Salete de Freitas; FREITAS, Nara Eugênia de. Guia para normalização de trabalhos técnico-científicos: projetos de pesquisa, monografias, dissertações e teses. Uberlândia: UFU, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. E ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VARELLA, Luiz Salem; VARELLA, Irene Innwinkl Salem. Companheiros homossexuais perante à previdência social: pensão por morte e auxílio-reclusão, contrato de parceria civil. São Paulo: CD, 2000.

WALD, Arnoldo. O novo direito de família. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

