

ANTINOMIAS DA ESTRUTURA JURÍDICA: O MODELO FAMILIAR

Magda Guadalupe dos Santos

SUMÁRIO

Introdução. Demarcação teórica: igualdade, identidade, diferença. Impertinência sistêmica. Sob a ótica da ruptura. Referência bibliográfica.

INTRODUÇÃO

Antes de mais nada, devo observar, viso aqui a uma análise de cunho acadêmico, no sentido de tecer meras especulações sobre algumas questões pontuais, sem que isto implique na proposta de regras práticas de modificação do arcabouço jurídico brasileiro.

Pretendo pôr-me à discussão sobre a ambigüidade da relação entre fato e norma no direito de família, tomando como referência específica a questão da isonomia entre os cônjuges e/ou companheiros.

Parto do pressuposto de que o direito, enquanto sistema jurídico que subjaz às relações sociais, só tem prevalência enquanto se concretiza efetivamente nos comportamentos sociais, os quais correspondem aos fatos.

Sabe-se que, o pensamento jurídico, enquanto regulador das relações em sociedade e como método científico de apreensão da realidade, entende dever posicionar-se continuamente sob uma ótica ideal de unidade e homogeneidade, que lhe possibilite prescrever a todos regras de condutas coerentes com um sistema pouco flexível para a diversidade dos atores jurídicos que se colocam sob sua tutela estrutural.

Edificado, em âmbito de modernidade, sob o impacto sistêmico das codificações, o direito civil, que aqui nos interessa, vê-se, hoje, criticado em seus modelos prescritivos, fechados em bases normativas inspiradas por um ideal de totalidade. Tudo o que lhe parece diferente deve, pois, ser igualado a partir de um paradigma historicamente imposto, sob o cunho da abstração.

Nas relações contratuais familiares, mesmo que sob a roupagem de relações afetivas, estruturadas sob as pautas da proteção, do domínio e da subjugação de alguns de seus membros pelos outros, urge redefinir este direito sob o princípio constitucional atinente à isonomia moral e jurídica entre homens e mulheres, no seio da conjugalidade ou de convivência more uxório, princípio este inspirador de vários povos ditos civilizados e que tem se apresentado no diapasão integrativo de fatos e normas como mera regra ideal, deixando lacunas na estrutura normativa.

Passemos, pois, a investigar tópicos de discussão que nos possibilitem maior compreensão do problema.

DEMARCAÇÃO TEÓRICA

Torna-se imprescindível, antes de mais nada, uma apreciação metodológica dos vários níveis de indagação relativa à posição da Família nos quadros sistêmicos, reguladores de seus valores e indefinições jurídico-sociais, sob a perspectiva da teoria do método jurídico, como forma de perquirição jurídica da ambigüidade entre fato e norma.

Pode-se, na verdade, estabelecer um complexo de dados topográficos assim dispostos: Indica-se a Família em sua diversidade fático-jurídica como objeto de investigação e de exame. Para se moldar um veio metodológico de abordagem temática, aponta-se o Direito, em seu método discursivo peculiar, subscrito sob a égide da normatividade, como forma de captar o sentido atual das relações familiares.

Seguindo certa vertente exegética, buscada na Filosofia, diz Emmanuel Levinas, "a relação entre o Mesmo e Outro" nem sempre deve ser entendida a partir da redução ao "conhecimento do Outro pelo Mesmo". Os modos sistêmicos de se interpretar a realidade sempre se fecharam em uma idéia de totalidade, seja em nível teórico, como nos sistemas iluministas, hegeliano, heideggeriano, seja em nível jurídico, por meio das codificações modernas. Ao buscar na Filosofia um suporte teórico, entendo ser relevante ousar propor, através das idéias de Levinas, a ruptura desta unidade do sistema que destrói a 'alteridade radical do outro' e que reconhece apenas modos tautológicos de ser e de pensar.

Os paradigmas, à medida em que se impõem em seara científica ou mesmo nos modos comportamentais e na ação humana, tornam-se absolutos, dificultando e mesmo impossibilitando a identificação de formas outras de saber e de conhecer. O Eu é sempre tomado como padrão, modelo de um ideal de eras modernas, que só reconhece a si mesmo como sujeito de direitos. O Outro torna-se uma hostil representação do diferente que inibe o sistema e revela as alterações da

história, capaz de incomodar a hegemonia das imposições abstratas. Esse Outro, na relação conjugal, sempre se fez corresponder ao perfil do feminino na nossa cultura.

Nos modelos familiares instituídos ao longo da história, o Eu e o Outro, Homem e Mulher, se apresentam como modos binários, de não reconhecimento de um da alteridade do outro, o que torna paradoxal todo relacionamento que se pretende igualitário, criando-se, assim, as antinomias, entre os fatos vivenciados nos modelos familiares e os ditames da lei maior que visa instituir o princípio de isonomia. Neste sentido, diz Levinas, "O Outro não é para a razão um escândalo que a põe em movimento dialético, mas o ensino racional, a condição de todo o ensino", em busca de um questionamento ad eternum. O que é diferente não deveria passar a ser igualado, eliminando-se, assim, o incomensurável, nos horizontes da identificação exigível do Outro ao Eu.

Se nem todos são iguais e se o próprio conceito de igualdade é sempre tomado pelo de identidade, de sobreposição ideal, força-se, pois, pela coerção social a unidade da coletividade, negando a individualidade, usando da abstração como instrumento do saber, em favor da eficiência e do controle da sociedade. Estipulam-se, então, na órbita dos saberes, os manuais, os códigos, tomando como referência o abstrairmento sistêmico.

Nesse intento há de se estabelecer um paradigma, um conceito ideal no qual subsume-se a diversidade, reduzindo-a ao Mesmo, ao Próprio, ao Ser, para que a normatização da vida seja aceita e realizada de forma eficiente. Criam-se, assim, as antinomias, desequilibrando os sistemas que não conseguem detê-las.

IMPERTINÊNCIA SISTÊMICA

1 - D i s p o s i ç ã o o r d e n a m e n t a l

Em âmbito, especificamente, jurídico, o acolhimento do fato à norma tem sido entendido como requisito essencial do pensamento jurídico, pelo menos no que diz respeito a sua vertente normativista. Segundo tal raciocínio, Marcos B. de Mello observa que o mundo do direito, integrado pelas relações jurídicas, só tem existência real a partir do momento em que uma norma jurídica atribui tais relações a situações de fato.

A norma, diz o autor, tem a função de definir o fato jurídico, atribuindo-lhe conseqüências no plano das relações inter-humanas. Mas é preciso que haja certa interação entre fato e norma, de forma acolhedora e mesmo integrativa, para que o sistema viabilize determinados comportamentos julgados convenientes e necessários à harmonia social. Se as dissonâncias persistem, deve-se reavaliar o sistema, ampliando os significados deônticos, para que não haja total prejuízo ou mesmo uma distorção da realidade jurídico-social.

Quando se analisam atentamente as relações familiares, sob a égide de uma exigência igualitária entre os cônjuges ou companheiros, percebe-se que tais requisitos não se revelam ainda dispostos de forma coerente no ordenamento jurídico de vários povos. A análise pormenorizada do assunto, certamente, sob perspectiva exegética específica, bem demonstra a existência de antinomias que, no horizonte normativista da ciência jurídica, se apresentam como dispositivos inibidores da coesão sistêmica da estrutura jurídica.

Essa constatação não é fruto exclusivo de nosso ordenamento, mas verifica-se também em diversas "legislações" estrangeiras que se agregam em sistema jurídico semelhante ao nosso, como a italiana e a francesa, exemplificadamente, passando a exigir um novo olhar, interativo, plural, sobre a definição e imposição normativas das pautas isonômicas no modelo familiar constitucionalizado da atualidade.

É preciso lembrar que a dimensão de igualdade entre os sexos prevista nas constituições dos povos ditos civilizados só tem validade se realmente encontra-se ordenada nos horizontes jurídico-sociais, em consonância com as exigências normativistas do sistema a que pertencem.

Deste modo, cabe conjecturar se, estando presentes dados que apontam os deslizamentos do diapasão sistêmico, capazes de indicarem tanto a incompatibilidade entre fatos sócio-jurídicos e a norma que os ampara, quanto conflitos entre leis codificadas e princípios constitucionais, haveria ainda de prevalecer a crença na harmonia sintética do horizonte jurídico. Poder-se-ia ainda indagar estarmos vivenciando, efetivamente, um almejado ideal isonômico em âmbito de direito familiar, ou apenas meros tempos descontínuos nos quais normas e desvios se embatem continuamente?

2- Dados topográfico-jurídicos: o nome civil em âmbito familiar.

Como meio de exemplificar a trilha investigatória sobre os impasses jurídicos entre fatos, leis e normas, acredito ser oportuno trazer à discussão, ainda que de forma superficial, determinado tópico re-velador ou mesmo des-velador da desigualdade jurídica entre homens e mulheres ainda presente na complexa tessitura das relações familiares. Tomo como referência a legislação italiana em cotejo com a brasileira no corpo jurídico do direito familiar, indicando o nome civil como

pauta de dissonâncias normativas.

Já Salleiles entende que o nome é "sinal distintivo do indivíduo, não somente como indicação da família a que pertence, mas como característico de sua individualidade pessoal; o uso do nome constitui elemento necessário à atividade individual, tão inseparável da atividade jurídica, quanto o direito à liberdade ou à honra".

Acredito, pois, ser um fator importante compreender o instituto do nome civil, como manifestação do direito à identidade e, portanto, como algo a ser buscado em pautas isonômicas no horizonte da Família, tanto pelo direito privado, quanto pelo direito público, exigindo do sistema jurídico que o ampara maior coerência em suas disposições.

Entretanto, a apreciação do assunto em campo de direito familiar não nos leva à constatação de estar o nome civil disposto em bases igualitárias, trazendo à tona indicações dos deslizes normativos dos sistemas jurídicos ora exemplificados.

Na legislação italiana, por exemplo, embora o art. 29 da Carta Constitucional estabeleça estar o matrimônio ordenado sobre a igualdade moral e jurídica entre os cônjuges, prevê também que seus "limites" sejam estabelecidos pela lei para garantia da unidade familiar. Como modo de apontar tais 'limites', já no art. 143 bis, inserido após a reforma do Código em 1973, estipula o legislador dever a mulher agregar ao seu o sobrenome do marido, sem qualquer previsão para uma recíproca aquisição por parte do varão em relação a nome da esposa. A falta de reciprocidade no citado art. 143 bis, parece destoar do art. 143 I do mesmo código, já que institui direitos e deveres recíprocos quando do casamento.

A situação se complica quando se interpõe um elemento novo à questão, concernente à relação entre pais e filhos, mostrando-se ainda mais complexa a discrepância isonômica, já que, perante a atual legislação italiana, se torna dificultoso e quase impossível à mulher transmitir o próprio sobrenome a seus filhos.

A atribuição do sobrenome é tratada de forma dispersa por alguns artigos do Código Civil italiano (art. 143-bis, 156-bis, 237, 262, 299) e em algumas leis especiais. Contudo, as bases de atribuição do sobrenome do pai ao descendente legítimo são retiradas de disposições específicas, como do art. 237 do Código Civil italiano, que entende o nome paterno como um dos requisitos indicativos do possuidor do estado de filho legítimo, entre outros diplomas legais.

De fato ao se colocar em discussão a transmissão unicamente do sobrenome paterno aos filhos, destaca-se, com maior precisão, a debilidade de atuação do princípio de igualdade substancial previsto no art. 3 da Constituição da República Italiana, podendo então se apontar, a antinomia normativa existente em sede da estrutura jurídica italiana, que reflete na prática jurídica do princípio de isonomia entre os sexos.

Na legislação brasileira o Código Civil de 1916 nada estabelece a respeito do nome ao tratar dos efeitos jurídicos do casamento, mas ao instituir os direitos e deveres da mulher, faz mencionar no parágrafo único do art. 240 o fato de a mulher poder acrescentar aos seus os apelidos do marido, sem qualquer previsão para a recíproca viabilidade da parte do esposo.

Na lei 6.515/77, trata o legislador do "uso do nome", trazendo, pela primeira vez à sistemática normativa, o problema em tela. Colocando a questão sob uma perspectiva de vencedor e vencido da ação de separação matrimonial, revela-se a preocupação pela manutenção do direito de uso do nome do marido ou pela obrigação de não mais poder fazer uso desse direito. Assim, se culpada - seja pelo mero pedido inicial, seja por sentença condenatória - está a mulher fadada "à perda" desse direito advindo do casamento. Se vencedora ou se não culpada pela separação, fica a seu critério a conservação do nome conjugal, ou seja, a conservação ou modificação de sua identidade, como se isto não trouxesse qualquer repercussão a nível sócio-psicológico para aquela que deve modificar, manter ou garantir um atributo de sua personalidade, além daqueles previstos no art. 25 da Lei do Divórcio (que implica em prejuízo para a sua identificação, distinção entre seu nome e o dos filhos, dano grave reconhecido). O Projeto de novo Código já abre a possibilidade para que possa o marido vir a receber o nome da mulher, contudo, ainda o faz em patamares disparitários na medida em que mantém visível o valor do nome marital em meio à dissolução conjugal. Admite-se poder a mulher "conservar, perder, renunciar" a este nome "do marido", indicado-o como paradigma axiológico das relações conjugais.

Abre-se também a "perspectiva para que cada cônjuge conserve seu próprio patronímico, evitando-se litígios futuros", como bem observa Silmara J. Chinelato de Almeida. Todavia, o direito de família não se estrutura apenas em litígios, mas nos moldes afetivo-jurídicos que perduram na história de sua realidade ôntica e deôntica.

Outros exemplos poderiam ser tomados, mas penso ser satisfatória a colocação do que se dispusera anteriormente. A doutrina brasileira já tem se degladiado sobre o tema apontando ora revogados e mesmo desautorizados os dispositivos legais que possam instituir a primazia para um dos cônjuges no casamento, ora desautorizando o alcance objetivo da auto-aplicabilidade do princípio constitucional sobre o assunto.

3-As relações binárias: fato/norma, direito/costumes

Cumprir conjecturar, a leitura das relações jurídicas pela modernidade em seu constante diálogo com os costumes faz-se sob o enfoque da possibilidade e mesmo da exigência de se combinar, conceitualmente, unidade e diversidade, norma e prática, globalidade e localidade. Torna-se imperioso voltar um olhar crítico aos aspectos costumeiros do direito, para apreendê-los como meio de admissão de contrários. Detecta-se haver uma contradição inerente entre a razão jurídica e o conjunto culturalmente definido da organização da sociedade. O exemplo retirado do nome civil, disposto nos ditames constitucionais, nos serve de guia. Bem se sabe, embora a Constituição da República tenha estipulado a exigência de bases isonômicas entre os sexos, não faz parte de nossos costumes que o marido possa agregar ao seu o sobrenome da mulher e permitir seja ele, unicamente, repassado aos filhos.

Por outro lado, ainda é comum e mesmo costumeiro, em nosso meio jurídico cultural, que a mulher possa abdicar de seu nome, em proveito próprio e dos filhos, passando, com o casamento, a utilizar o nome do marido. A modalidade legal, neste exemplo, não se vê totalmente recepcionada pelos costumes nacionais.

Na legislação alienígena, como a italiana, por exemplo, este costume passou a ser uma exigência da própria legislação infraconstitucional a qual, por sua vez, embora se choque com os ditames igualitários da Constituição da República italiana, ainda têm prevalência, por se dizer amparado no princípio da unidade familiar.

Por outro lado, no entendimento do problema devem ser considerados os liames sócio-jurídicos que dão tonalidade própria à cultura que nos ampara, sob uma ótica positiva, revolucionária de sua própria capacidade de dominar as contradições, recepcionando as diferenças ou a multiplicidade das justaposições, sem que com isso deva a própria lei ser alterada.

Assim, poder-se-ia vislumbrar e mesmo exigir, na esteira de alas progressistas da doutrina hodierna, uma abertura do espaço jurídico para que sejam admitidos os contrários, fugindo da influência das oposições binárias nos moldes de lei/costume, direito oficial/não oficial, fato/norma que há muito têm estruturado os discursos da antropologia jurídica, para tornar possível uma composição diferenciada, mas compatível aos anseios hodiernos no seio desta mesma dimensão que se modela no campo simbólico-normativo.

Embora se tente alçar vôo por sobre novos horizontes já distantes da tradição jurídica, que hoje vêm exigindo modos outros de conduzir os ditames legais em sua recepção dos aspectos culturais, ainda persistem maneiras tradicionais de se analisar a estrutura jurídica, seja pela ótica doutrinária e jurisprudencial, entendendo-a sob o enfoque de uma visão unitária, que aqui se critica.

4- O dialogismo entre costumes e norma

Cumprir observar, a partir de um comentário de Luhman, a simbologia que os costumes carregam consigo, como signo de auto-referência, revela-se-nos como uma estrutura específica que passa a imprimir eficácia prática a mecanismos fictícios de legalidade.

Mas, se fatos e costumes se apresentam como fonte de direitos, acabam, muitas vezes, por provocar certa perplexidade aos estudiosos da ciência jurídica. A lei, que deveria partir dos costumes para regular os fatos sociais, não recepciona, em determinadas circunstâncias, tais fatos, deixando-os fora do sistema normativo. Se considera ultrapassados os costumes, no que tange à esfera moral da simbologia que os institui, deveria ela tentar moldar-lhes a prevalência quotidiana ao invés de apenas desconsiderá-los, como se nenhuma correspondência houvesse entre hábitos costumeiros e leis. Não é apenas em dados legais que ainda podem ser detectados os descompassos nas bases igualitárias entre homens e mulheres, como no que diz respeito ao nome civil, entre outros, mas no imaginário cultural do qual faz parte a própria ordem normativo-jurídica.

Assim, para se almejar e dizer-se isonômica uma sociedade, após séculos de buscas para a concretização de tal ideal, é preciso que o mundo simbólico que a todos envolve seja também receptivo a esta aspiração e não apenas a aponte como relevante na evolução moral dos tempos.

delle Persone. Giuffrè.Vol. 27, p.324-361, 1998.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In Figueiredo Teixeira, Sálvio de, Direitos de Família e do Menor, 3a. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VAMPRÉ, Spencer. Do Nome Civil, Rio de Janeiro: Briguiet & C., 1935.

VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres. In Figueiredo Teixeira, Sálvio de, Direitos de Família e do Menor, 3a. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

LEGISLAÇÕES UTILIZADAS

CODICE CIVILE ITALIANO. Pozzuoli: Esselibri-Simone, 1998.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. São Paulo: RT, 2000.

