

DEZ ANOS DO CÓDIGO CIVIL

EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E INCIDÊNCIAS. HIPERJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

IVONE FERREIRA CAETANO¹

INTRODUÇÃO

Dentre as problemáticas enfrentadas pelo novo Código Civil, destacam-se as que concernem ao Direito Familiar. O Código de 2002, em que pese suas inovações, é diploma em clara dissonância com as inovações doutrinárias e fáticas. O lapso entre o texto normativo e a realidade, por sua vez, convida o estudioso e o aplicador do Direito a reflexões de ordem jurídica, social e filosófica.

Tanto por questões conjunturais, referentes a sua elaboração, como por características estruturais da sociedade e do Estado contemporâneos, a aplicação do novo Código constitui um crescente exercício de adaptação dos dispositivos à luz da enormidade de novas situações, oriundas da revolução tecnológica e da globalização. A Doutrina, atenta à nova realidade, tem se dedicado sobremaneira à modernização dos robustos institutos do Direito Civil.

Exemplo maior desses novos ares é a Escola Civil-Constitucionalista, vanguarda da produção acadêmica dentre os civilistas na atualidade. Preocupada com a preservação do texto positivado, mas atenta às inovações do ordenamento, busca conciliar forma e princípio, adaptando os dispositivos infraconstitucionais à luz dos preceitos fundamentais do ordenamento.

¹ Juíza Titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, Comarca da Capital.

Um esforço que não se restringe à academia, devendo perpassar também o trabalho do aplicador da ciência jurídica.

Nesse novo contexto, relevantes e complexas questões se defrontam com o Direito. Se por um lado a interpretação funcional e valorativa dos dispositivos permite uma aproximação material do primado da Justiça, por outro, a constante relativização das normas gera insegurança jurídica, delegando cada vez mais poder aos agentes do Direito. Fato que, assomado às crises estruturais do Estado e da sociedade – enraizados na crise da cultura ocidental –, profetizam um futuro sombrio para o homem contemporâneo.

O presente trabalho, portanto, visa a abordar a problemática do Direito de Família dentro do Novo Código Civil, inserindo-a dentro de um contexto mais amplo, qual seja, a crise do Estado e a hiperjudicialização do direito de família. Num primeiro momento, abordaremos de forma abrangente e crítica a crise do Estado e do Direito na atualidade. Em seguida, procederemos à análise das diversas inflexões incidentais no âmbito do direito de família, por meio de exemplos do dia a dia jurídico.

A CRISE DO ESTADO E O DIREITO DE FAMÍLIA

Para que se entenda o conjunto de inovações do direito familiar e sua problemática normativa, é necessário observar a matéria de uma perspectiva mais ampla. A hiperjudicialização do Direito de Família, a bem da verdade, é mera inflexão de um fenômeno maior, que perpassa o próprio Estado e a cultura ocidentais. Nesse sentido, importante é que se tenha em mente o processo geral em toda sua abrangência, para então destrinchar sua relação com o fenômeno incidental.

Segundo Ricardo Campa, a crise do Estado se funda na própria crise da cultura ocidental, à qual se refere como a 'época das incertezas'. Em seu breve artigo², Campa demonstra como essa crise convulsiona a sociedade e o próprio Estado, que se veem presos a uma contínua reformulação qualitativa dos valores e estruturas, tendo como finalidade última a operacio-

² CAMPA, Riccardo, *A época das incertezas e as transformações no Estado Contemporâneo*, 1ª Edição. São Paulo, Difel: Instituto Italiano di Cultura, 1985.

nalidade de ambos os sistemas – estatal e social. O Direito, nesse contexto, defronta-se com problemas de ordem teórica e prática.

No plano teórico, destaca-se a inconstância e instabilidade na definição dos valores merecedores de tutela jurídica. Seja por questões próprias à ciência jurídica, seja pelo florescimento contínuo de postulados e princípios oriundos do crescente número de preocupações do Estado –, fato é que o Direito apenas logra evoluir, mas não consegue promover transformações paradigmáticas de caráter revolucionário. Nesse sentido, em não podendo reconstruir seus pilares epistemológicos, só lhe resta inchar-se, criando novas ramificações e reformulações valorativas.

A título exemplificativo, seria possível refletir acerca das transformações principiológicas no ordenamento desde o surgimento do Estado de Direito. A autonomia privada não deixou de existir, nem perdeu seu lugar na constitutio. Teve, simplesmente, que dividi-lo com outras preocupações do novo Estado de Direito Material. A constante reformulação e derivação de postulados, por sua vez, impedem a consolidação morfológica. Alargando-se de forma desconexa, desestruturada e contraditória, o Direito acaba por render-se a uma indefinição semântica que abre espaço para o arbítrio do aplicador e do próprio estudioso da ciência jurídica.

A relativização dos valores universais, por sua vez, implica uma normatividade específica, funcional, que tenta responder às particularidades que a abstração formalista não consegue. No entanto, tal normatividade é um dado *a posteriori*, seja pela imprevisibilidade da ação humana e suas consequências, seja pela falência do sistema representativo enquanto espaço de reflexão dos valores da sociedade.

Adentramos a faceta prática do problema. Se a normatividade é subsequente à ação e aos fatos, cabe ao Direito a resposta imediata a toda sorte de questões da sociedade. Entretanto, se os valores dos instrumentos jurídicos são constantemente relativizados, como garantir a tutela dos princípios do ordenamento frente ao arbítrio das instituições e operadores do Direito? Num mundo de hermeneutas, toda argumentação é possível de ser utilizada. A desconexidade morfológica gera a desconexidade das decisões jurídicas que, em última análise, são decisões do Estado.

As instituições do sistema de justiça, sujeitas ao corporativismo e à lógica de atuação das organizações, utilizam-se da fragilidade dos valores para reformulá-los à conta própria. Buscando representação política – poder, ainda que adstrito à esfera judiciária – atuam com irresponsabilidade para com os princípios que visam a proteger, promovendo, na via prática, o esfacelamento de qualquer possibilidade de consolidação dos fundamentos e preceitos do Estado e da sociedade.

A atuação dos Operadores de Direito são exemplos claros da fragmentariedade de visões dentro do próprio Direito: a jurisdicionalização do Poder Familiar, a perseguição às Instituições de Permanência, a banalização dos princípios fundamentais são apenas exemplos da excessiva jurisdicionalização do Direito Familiar e Infanto-juvenil. Tudo se faz, se requer e se defere em nome de princípios e valores abstratos que cada vez mais se revelam vazios. A incidência dos fatos ora apontados, seja no que concerne à definição dos valores, seja para com os instrumentos normativos – muitas vezes deixados de lado em nome dos próprios princípios – gera instabilidade: o jogo dentro do sistema de justiça leva todos os envolvidos a buscarem, na via argumentativa, a reformulação dos conceitos e definições do ordenamento.

Os Operadores do Direito envaidecem-se desta nova missão, tendo em vista que o Direito revela-se como um grande espaço de representação política, por meio do qual a comunicação entre sociedade e Estado se dá. Movidos por uma fé interna em suas próprias instituições – fé que em nada difere da religiosa – transportam para o Poder judiciário, *ultima ratio* de um Estado incapaz de garantir eficazmente direitos a toda a população, relegam o poder decisório do Estado a convicções individuais, incidentais, sujeitas a juízos subjetivos.

A jurisdicionalização do Poder Familiar, com a crescente imposição por parte do Estado dos direitos e deveres que incumbem aos pais, é claro exemplo de uma atuação indevida destes Operadores – aliada, por sua vez, de uma interpretação, muitas vezes equivocada do Poder Judiciário. Se, por um lado, o Estado se preocupa com as questões sociais, acaba por assumir um papel cada vez mais paternalista diante da inércia do corpo social.

Entregue a uma “irracionalidade de forma tamanha que só pode atuar e girar o mecanismo econômico e social se controlada pelo Estado”, a

sociedade responde à ingerência estatal por meio de uma crescente dependência. A réplica do Estado vem então ainda mais forte e incisiva, criando um ciclo vicioso que acaba por corromper ambos os sistemas: o social, que perde paulatinamente a autonomia, e o estatal que, na persecução incessante dos valores, acaba por dissolvê-los em seus múltiplos sentidos.

Se Estado e sociedade se confundem na era contemporânea, logo, ambos estão sujeitos às incertezas, à irracionalidade, para a qual a única resposta é a agudização das convicções. As convicções, no entanto, produzem novos juízos indagatórios, impedindo toda e qualquer forma de homogeneidade sistêmica.

À conduta dos atores sociais corresponde àquela dos agentes estatais. A inexplicabilidade do mundo produz respostas em todas as classes e níveis sociais. A disposição da ordem, em constantes tentativas de abandono, encontra-se presente em todos os estratos da comunidade: as drogas; a situação de rua; o crime; a irresponsabilidade administrativa; a corrupção; são todas formas de dispor da ordem vigente que se diferenciam apenas quanto ao grau destrutivo que possuem.

A atuação dos operadores do Direito dentro da nova visão em que se investiram, levando para o Judiciário as questões que, em princípio, caberiam ao próprio corpo social funcionar em nada difere daquela da mãe narcótica e negligente. No entanto, enquanto esta possui consequência incidental, aquela se apresenta muito mais destrutiva, na medida em que se reflete estruturalmente sobre a sociedade e o estado.

As instituições da Justiça, nesse contexto, revelam-se progressivamente incapazes de proceder à efetivação dos princípios e valores constitucionais. Dotadas de um 'poder dissolvente', materializam-se nos agentes humanos, que veiculam, em meio ao emaranhado de definições possíveis, aquelas que sejam de seu interesse.

A tecnicidade, a prática e o hábito substituíram-se à reflexão valorativa, fato notório no mundo jurídico. A linguagem e o ensino do Direito, num crescente abandono das reflexões de ordem social e filosófica em detrimento do conhecimento técnico e prático, vedam ao operador a consciência efetiva dos conteúdos que visa a aplicar. O sentido conferido à *actio* jurídica é dado pela convicção, que juntamente com o hábito cria a presunção. A

experiência prática ‘muda e altera o tom do texto constitucional conforme as transformações sociais’. O hábito, por sua vez, desconstrói o necessário: o supérfluo passa a ser essencial, a prioridade cede lugar ao efêmero.

A noção da normatividade e do controle jurisdicional necessários perde-se no hábito da ação displicente. É assim que o Direito infla, o Estado assume novas preocupações como necessárias à manutenção da ordem. Destinada a fins cada vez mais específicos, a atuação normativa demonstra a irracionalidade do Estado: a **Lei da Palmadinha** é exemplo claro do excesso normativo que, se aprovada, no meu entender, irá se constituir em grande e indevida ingerência do Estado na esfera privada da família. Ingerência que, por responder à operacionalidade do sistema, poderá se manter e se legitimar.

AS NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL

A expansão das ‘modalidades da realidade fática’ no Direito de Família leva a um crescente apelo à práxis, às convicções individuais que modulam os juízos de valor e deturpam o tom dos dispositivos normativos. O caos é instaurado por meio de um conjunto de decisões que, reportando-se à mesma instituição, possuem resultados e conteúdos completamente distintos. As diversas concepções acerca da instituição familiar, bem como os novos tipos de famílias que surgem todos os dias, impõem toda uma sorte de temas aos quais o Direito é incapaz de fornecer uma resposta una e conjunta.

No direito familiar, a totalidade normativa não logra abarcar as transformações sociais oriundas da tecnoestrutura. Seja pelas novas tecnologias, seja pelas mudanças adaptativas da sociedade às necessidades do sistema, os diversos modelos de família que surgiram nas últimas décadas estão fora do âmbito protetivo previsto na legislação infraconstitucional.

No caso brasileiro, o Código Civil de 2002, em que pese sua recente implementação, é incapaz de responder de maneira eficaz à flexibilidade da instituição familiar na atualidade. Seja por questões inerentes à elaboração do próprio Código, seja pela contínua reformulação dos valores diante da imprevisibilidade do homem de ação, a

lei em questão é incapaz de responder a situações que urram por uma solução – ou ao menos um parecer – do Estado.

O novo Código, muito embora recente, é anterior à Constituição Federal, tendo em vista que seu anteprojeto data da década de 1973. Sua elaboração, portanto, se deu no regime militar, período no qual as declarações de direitos humanos – e, dentre elas, as que fazem menção à família – eram muitas das vezes desprezadas pelo Estado brasileiro, impedindo que os ideais nelas constantes fossem internalizados pela legislação infraconstitucional.

Por outro lado, a prevalência de uma mentalidade conservadora nos diversos poderes e instituições do Estado vedava o acesso de questões como gênero, homoafetividade, infância e juventude – todas pertinentes à temática familiar - ao Poder Legislativo. A evolução tecnológica e científica, que viria a possibilitar novas formas de família oriundas das técnicas de reprodução assistida, seria um dado *a posteriori*.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 e os novos paradigmas que trouxe ao Estado brasileiro permitiram a expressão de uma diversidade de temas até então considerados irrelevantes pelo Estado. Entretanto, tanto a inépcia do legislador nacional, como o próprio andar do homem de ação impedem que o lapso seja recuperado. Os dispositivos legislativos criados posteriormente à Constituição restringiram-se a abordar matérias que dialogam com o direito familiar – infantojuventude, gênero, alienação parental, estatuto do idoso –, mas os pilares jurídicos da família ainda restam por serem revistos.

Alguns exemplos oriundos da práxis permitem aclarar a dimensão que a instituição familiar tem tomado no século XXI. As formas de família renovada; as famílias homoafetivas; a expansão do direito à convivência familiar entre idosos e netos; as soluções judiciais para os antigos ‘filhos de criação’; as formas de reprodução assistida são todos modelos familiares que, muito embora distintos da família tradicional, se legitimam enquanto garantidores do direito à convivência familiar. Abordemos, a título ilustrativo, cada uma dessas hipóteses.

A família renovada, mais comum – mas não menos importante – dentre todas as hipóteses, constitui a família oriunda de uma separação. A princípio já comumente tratada pelo Código Civil, por meio das hipóteses de guarda compartilhada ou unilateral, as implicações

jurídicas dizem respeito sobretudo a fatores supervenientes à separação, por exemplo, o surgimento de novo vínculo com o companheiro de um ou ambos os cônjuges.

Ainda que o Código preveja a adoção unilateral pelo companheiro de um dos cônjuges, não fornece instrumentos aptos a esclarecer como se daria o vínculo entre o adotado e seu pai ou mãe biológico. Em outros termos, seria possível manter os vínculos com pai ou mãe biológico, criando-se novos vínculos com seus respectivos companheiros?

Os casais homoafetivos, por sua vez, constituem temática mais recente e polêmica. A possibilidade de união estável entre pares do mesmo sexo, embora tenha dirimido a clara ausência de previsão legal para tais situações, é ainda insipiente e incapaz de abarcar a série de direitos que, sob o instituto do casamento, estariam garantidos. Desde a filiação até o direito sucessório, famílias homoafetivas encontram-se mal e insipientemente amparadas pelo Direito.

A falta de regulamentação veda uma vinculação do Poder Judiciário, impedindo que atitudes pioneiras – como a adoção homoafetiva – se reflitam de forma isonômica no território nacional. O esforço normativo, ao menos no que tange à temática da filiação, deverá ser capaz de conciliar a situação desses casais às novas técnicas de fertilização *in vitro*, de forma a possibilitar uma tutela protetiva eficaz.

O problema da guarda de fato – ou dos ‘filhos de criação’ – é tão ou mais relevante, na medida em que possui clara inflexão nas camadas mais desfavorecidas da sociedade. Muitas vezes, uma mesma família acaba por exercer o poder familiar sobre indivíduos que não são, sequer, parentes distantes. Em outros casos, um membro da família extensa assume a responsabilidade de determinada criança, quando seus pais ou familiares diretos não puderam assumi-la.

Muito embora a previsão legislativa constante do Estatuto da Criança e do Adolescente, a carência de instrumentos jurídicos no Direito de Família é ainda assim um aspecto negativo. O direito infantojuvenil, por sua perspectiva específica, não pode tratar da totalidade de situações enfrentadas por um núcleo familiar que se estruture sob tais condições.

As instituições e órgãos do Poder Judiciário atuantes nessa área, logo,

desprovidos de uma noção do ‘todo’ familiar, não conseguem responder à raiz do problema. Famílias falidas, em alto grau de vulnerabilidade, e que não conseguem uma tutela eficaz dentro do próprio direito familiar, acabam tendo de recorrer ao direito da criança e do adolescente para ter alguma chance de melhoria social objetiva. Por outro lado, caberia questionar se a Justiça, ao impor o exercício do poder parental pelos guardiões de fato – mas ausente na hora de propor soluções eficazes para todo o núcleo familiar – não estaria apenas deteriorando o sentimento de solidariedade presente nessas famílias.

CONCLUSÃO

A solução para todos esses problemas – se houver – deverá passar pela capacidade de negociação de um grau de racionalidade que permita alguma consolidação morfológica dos preceitos do sistema estatal. No entanto, se o Estado é ‘referente administrativo de um conjunto de decisões e interesses que se manifesta como irrenunciável e inadiável num determinado momento conotativo da comunidade social’, é mais provável que a certeza/incerteza valorativa responda aos desígnios da operacionalidade, que a preceitos racionais cada vez mais relativizados.

O retorno a um entendimento conjunto – que possibilitará uma normatização que acompanhe o andar do homem contemporâneo –, deverá passar pelo retorno da capacidade de representação política do Estado, conciliada ao rompimento da inércia da sociedade. Contudo, enquanto o mesmo não ocorrer, caberá ao Magistrado reportar-se aos princípios do ordenamento, procedendo à aplicação dos institutos de forma a consolidar, em meio à ‘metamorfose ambulante’ da sociedade, algum sentido possível aos valores e fundamentos do Estado. ♦

REFERÊNCIAS

CAMPA, Riccardo, **A época das incertezas e as transformações no Estado Contemporâneo**, 1ª Edição. São Paulo, Difel: Instituto Italiano di Cultura, 1985.