

A ética do afeto

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM
www.mariaberenice.com.br

Toda mudança traz a sensação de afronta ao que é certo, havendo uma tendência de rejeitar o novo por considerá-lo uma quebra do que sempre foi tido como correto. Assim, tudo o que se opõe ao que está posto parece contrariar o que é verdadeiro e bom. A tendência de repetir o estabelecido decorre não só do medo do desconhecido, mas também da dificuldade de se lidar com o diferente, o incomum. Isso se dá em relação a tudo, mas, nas relações familiares é mais acentuada a resistência ao que desponta como novidade. O primeiro impulso é de rechaço, de reprovação.

Ao longo da história, a família sempre gozou de um conceito sacralizado por ser considerada a base da sociedade. As relações afetivas foram primeiro apreendidas pela religião, que as solenizou como união divina, abençoada pelos céus. Claro que o Estado, com toda a sua onipotência, não poderia dar um tratamento menos intervencionista às relações familiares. Buscando o estabelecimento de padrões de estrita moralidade e objetivando regulamentar a ordem social, transformou a família em uma instituição matrimonializada. Engessando-a no conceito de casamento, impôs de forma autoritária deveres, penalizando comportamentos que comprometessem sua higidez, além de impedir sua dissolução. O modelo tradicional da família sempre foi o patriarcal, sendo prestigiado exclusivamente o vínculo heterossexual.

Sob a justificativa de preservar a sociedade, impõe o Estado, ainda hoje, sanções e penas a quem se afasta do parâmetro legal ou ousa comprometer a estabilidade das relações sociais. A tendência do legislador é de arvorar-se no papel de guardião dos bons costumes, buscando a preservação de uma moral conservadora. É o grande ditador que prescreve como as pessoas devem proceder, impondo condutas afinadas com o moralismo vigente. Limita-se a regulamentar os institutos socialmente aceitáveis e, com isso, acaba refugiando-se em preconceitos. Qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido é tido como inexistente por ausência de referendo legal.

Eleito o casamento como modelo de família, foi consagrado como a única modalidade aceitável de convívio. Como forma de impor obediência à lei, por meio de comandos intimidatórios e punitivos e por normas cogentes e imperativas, são estabelecidos paradigmas comportamentais na esperança de gerar posturas alinhadas com o perfil moral majoritário. A jurisprudência igualmente não resiste à sedutora arrogância de punir quem vive de maneira diversa do aceito como certo. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do único parâmetro reconhecido como legítimo, nega juridicidade a quem se rebela e afronta o normatizado. Com isso, acaba-se não só negando direitos, também se deixa de reconhecer a existência de fatos. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a negativa de inserção no âmbito do jurídico. Tudo que surge à margem do modelo posto como correto não merece regulamentação. Situações reais simplesmente desaparecem.

Apesar das sanções legais, ainda assim, significativo movimento social trouxe profundos reflexos na formação da família. Difícil identificar as causas, mas não se pode negar que a laicização do Estado revolucionou os costumes e especialmente o Direito de Família, provocando sensíveis mudanças em seu próprio conceito.

Sobreveio o pluralismo das entidades familiares, e as novas estruturas de convívio escaparam às normatizações existentes. O distanciamento entre Estado e Igreja culminou na busca de referenciais outros para a manutenção das estruturas convencionais. Sem o freio da religião, valores outros precisaram ser prestigiados, e a moral e a ética foram convocadas como formas de adequação do convívio social. Esses os paradigmas que começaram a ser invocados para tentar conter a evolução dos costumes.

A questão pós-moderna essencial passa a ser a ética. Tanto a ética como a moral têm muito em comum: ambas regulam relações humanas mediante normas de conduta impostas aos indivíduos para possibilitar a vida em sociedade. Não é fácil distinguir moral e ética. A moral tem um caráter mais pessoal, exige fidelidade aos próprios pensamentos e convicções íntimas. A ética, como atributo ou qualidade do caráter, representa o estudo dos padrões morais estabelecidos. É reconhecida como a ciência da moral, ou seja, o estudo dos deveres e obrigações do indivíduo e da sociedade.

A ética é mais ampla do que o Direito e tem uma dimensão maior do que a moral, pois uma gama enorme de regras, estabelecidas apenas como deveres, escapam do universo normativo do Direito. A ética enfeixa em si mesmo o Direito e a moral, servindo-lhes de esteio e sustentação. Apesar de não se confundirem, o Direito se justifica enquanto regulamenta as relações humanas fundamentais ao Estado mediante a imposição de sanções. Já a ética não necessita de qualquer órgão ou poder para lhe dar efetividade. Sua exigibilidade não necessita da coerção estatal. A tendência do Estado é ditar normas jurídicas de modo a impor posturas que obedeçam aos padrões morais e éticos vigorantes na sociedade em determinada época. O Direito não pode ser aético, menos ainda antiético.

Ainda que as normas éticas e morais variem no tempo e no espaço, são elas que dão sustentação ao Direito, emprestando conteúdo de validade à legislação. Assim, o Direito não pode prescindir da ética, sob pena de perder sua razão de ser. Qualquer norma, qualquer decisão que chegue a resultado que se divorcie de uma solução de conteúdo ético não subsiste. Essa preocupação não deve ser só do legislador, mas também os aplicadores do Direito precisam conduzir suas decisões de forma que a solução não se afaste de padrões éticos. É mister que a sentença imponha um agir de boa-fé. Não pode gerar prejuízo a ninguém e, muito menos, cancelar enriquecimento sem causa.

Quer a excessiva rigidez normativa, quer a injustificada omissão da lei em reger fatos reconhecidos como contrários à moral acabam produzindo um efeito perverso: além de não alcançarem o desiderato pretendido, não impedem que as pessoas conduzam sua vida da forma que melhor lhes agrade. A exclusiva regulamentação dos comportamentos tidos como aceitáveis deixa à margem da jurisdição tudo o que não é cópia do modelo ditado como único. Com isso, acabam sendo incentivadas posturas proibidas por não gerarem qualquer ônus. Olvida-se o legislador de que negar a existência de fatos existentes e não lhes atribuir efeitos só fomenta irresponsabilidades. A aparente 'punição', além de não alcançar o intuito inibitório, não dispõe de qualquer conteúdo repressivo, transformando-se em fonte de injustificáveis e indevidos privilégios. Desse modo, a Justiça acaba sendo conivente com o infrator.

Exemplos não faltam. De forma desarrazoada, omite-se a lei em regulamentar as uniões de pessoas do mesmo sexo. Ainda que esta seja uma realidade, tais relacionamentos são alvo da exclusão social pelo simples fato de não atenderem ao preceito bíblico: *crescei e multiplicai-vos*. Como sempre, teme o legislador aprovar qualquer lei voltada a parcelas minoritárias da população, alvo do preconceito e da discriminação. Por conseqüência, a falta de regulamentação faz com que a Justiça simplesmente se omita em reconhecer essas uniões. Nega-lhes reconhecimento, como se a falta de lei pudesse significar ausência de direitos. O preconceito é de tal ordem que a afetividade que dá origem a esses relacionamentos – tanto que são nominados de uniões homoafetivas – simplesmente não é visualizada. No máximo são alocados no Direito Obrigacional, procedendo-se à divisão dos bens amealhados durante a vida em comum. Ao serem reconhecidos como uma sociedade de fato e não como uma sociedade de afeto, são

expurgados do universo das relações familiares. Com isso, simplesmente são alijados dos pares homossexuais quaisquer direitos no âmbito do Direito das Famílias e do Direito Sucessório. Essa postura acaba chancelando o enriquecimento sem causa de parentes remotos, deixando ao desabrigo os parceiros que dividiram uma existência marcada pela solidariedade e compartilhamento de vidas. Olvida-se a Justiça que a convivência faz presumir a mútua colaboração e que deixar de reconhecer tais uniões como uma entidade familiar revela uma postura punitiva. O resultado não pode ser mais desastroso: deixa-se de atentar a preceitos éticos em nome da preservação de um falso moralismo.

Mas há mais. Buscando resguardar a concepção de família afinada com o conceito de casamento, tanto a lei como a Justiça rejeitam efeitos às uniões paralelas, negando direito a quem se comporta fora do padrão convencional. Porém, o simples fato de não estarem tais relacionamentos regulamentados não quer dizer que não existam. Vetar a inserção dessas uniões no âmbito da juridicidade é ingenuamente tentar punir quem se afasta da moral conservadora, sendo, como sempre, a condenação de ordem patrimonial.

Negar a existência de vínculos afetivos paralelos, rotulando-os de concubinato adulterino e alijando-os do Direito das Famílias, nada mais significa do que beneficiar quem praticou adultério e infringiu o dogma da monogamia. Não impor qualquer responsabilidade ao varão que mantém relacionamento concomitante ao casamento é premiá-lo, pois, além de não ter que dividir o patrimônio, também não lhe é imposta qualquer outra responsabilidade. Assim, o grande beneficiado é exatamente quem foi infiel. O juiz, assumindo o papel de paladino da justiça, da moral e dos bons costumes, simplesmente recusa qualquer direito a quem ousa ser conivente com o adúltero. Com isso privilegia o homem que assim agiu e pune a mulher que se manteve leal ao parceiro.

Ver, tanto nas uniões homoafetivas como nas relações paralelas, meras sociedades de fato, expurgando-as do âmbito do Direito das Famílias e simulando que a origem não é um elo de afetividade, e sim uma sociedade com fins lucrativos, é uma postura preconceituosa, pois tenta eliminar a origem de tais relacionamentos. Engessar tais vínculos familiares no Direito das Obrigações e impor as regras do Direito Societário destinadas às sociedades irregulares é punir as uniões com a invisibilidade, banindo-as do Direito das Famílias e do Direito Sucessório.

Diante de situações como essas, o juiz não pode ser nem tímido nem preconceituoso e precisa encontrar uma saída que não gere enormes distorções. Não pode arvorar-se de qualidades mágicas, como se tivesse o condão de fazer desaparecer fatos que existem. É chegada a hora de pôr um fim a essa verdadeira alquimia e enlaçar as relações afetivas – todas elas, tenham a conformação que tiverem – no conceito de entidade familiar. A Justiça precisa perder o hábito de fingir que não vê situações que estão diante de seus olhos. A enorme dificuldade de visualizar relações afetivas decorre de puro preconceito. Ainda que tenha havido uma sensível mudança na concepção da família, não basta a inserção do afeto como elemento constitutivo dos vínculos familiares. Além do afeto, é impositivo invocar também a ética, que merece ser prestigiada como elemento estruturante da família. Ao confrontar-se com situações em que o afeto é o traço diferenciador das relações interpessoais, não é possível premiar comportamentos que afrontam o dever de lealdade. A omissão em extrair conseqüências jurídicas por determinada situação não corresponder ao vigente modelo de moralidade não pode chancelar enriquecimento injustificado.

O distanciamento dos parâmetros comportamentais majoritários ou socialmente aceitáveis não pode ser fonte geradora de favorecimentos. Ainda que certos relacionamentos sejam alvo do preconceito ou se originem de atitudes havidas por reprováveis, o magistrado não deve afastar-se do princípio ético que precisa nortear todas as suas decisões. Principalmente em sede de Direito das Famílias, deve estar atento para não substituir princípios éticos por ultrapassados moralismos conservadores já distanciados da realidade social. É preciso privilegiar a ética.

A finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizá-la, mas permanecer em contato

com ela, segui-la em sua evolução e a ela se adaptar. O envelhecimento das leis frente a uma sociedade em rápida transformação e o constante surgimento de novos fenômenos sociais a reclamar a atenção do Direito contribuíram para deslocar ao juiz a solução de problemas e de incertezas que deveriam encontrar uma resposta na sede legislativa.¹ O Direito tem um papel social a cumprir, e o juiz deve dele participar, interpretando as leis não somente segundo seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais que é chamado a reger, segundo as exigências da justiça e da equidade que constituem seu fim.² E, na ausência da lei, é mister que o juiz invoque os princípios constitucionais, cujo valor se encontra em sua universalidade e racionalidade e depende principalmente de uma condição ética.

Daí a importância vital da jurisprudência, que deve ser. Manter-se o juiz preso à letra da lei significa, à medida que as leis envelhecem, afastar-se cada vez mais das necessidades sociais. Não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da Justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades, é olvidar que a ética condiciona todo o Direito, principalmente, o Direito das Famílias. Necessário é recorrer a um valor maior, que é o da prevalência da ética nas relações afetivas.

¹ Eugênio Fachini Neto. O juiz não é só de Direito..., 401.

² Plauto Faraco de Azevedo. Aplicação do direito e contexto social, 149.