
ALGUMAS INQUIETAÇÕES

MARIA BERENICE DIAS

Advogada especializada em Direito das Famílias e Sucessões
Pós-Graduada e Mestre em Processo Civil
Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça-RS
Vice-Presidenta Nacional do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

AMOR PROIBIDO

Senhores Ministros,

Gostaria de fazer-lhes uma colocação. Mais do que isso, um desabafo: Vossas Excelências acabaram de me subtrair o direito à felicidade.

De primeiro esclareço ser absolutamente favorável à equiparação levada a efeito entre casamento e união estável (RE 878.694, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10/05/2017). Em face da mesma e especial proteção assegurada pela Constituição da República às entidades familiares, o princípio da igualdade não permite mesmo tratamento diferenciado entre casamento e união estável. Deste modo, quando morre um dos cônjuges ou um dos companheiros, descabido que a parte da herança que o sobrevivente irá receber, a título de concorrência sucessória, seja calculada de modo diverso, exclusivamente em razão da forma de constituição do vínculo de convívio.

Os integrantes da entidade familiar não podem ter direitos diferenciados pelo só fato de terem comparecido ao cartório civil ou ao tabelionato. Tanto o casamento como a união estável geram iguais efeitos patrimoniais que precisam ser solvidos quando da sua extinção.

De outro lado, o fato de o objeto da ação dizer com o direito de concorrência sucessória, não limita o reconhecimento da inconstitucionalidade apenas com relação a este instituto.

Seus efeitos se alastram a toda a desequiparação por acaso existente no direito sucessório, das famílias, previdenciários etc.

Esta interpretação abrangente, ao contrário do que muitos sustentam, não afronta o princípio da liberdade e nem se confronta com o respeito à autonomia da vontade. As pessoas são livres para ficarem só ou viverem com alguém. No momento que optam em ter alguém para chamar de seu, constituem uma entidade familiar que gera direitos e obrigações, independente da forma de sua constituição: casamento ou união estável.

Até aqui, nada a objetar.

O grande equívoco perpetrado no julgamento diz com a eleição da base de cálculo para apurar o direito de concorrência. Desde a entrada em vigor do Código Civil, quando surgiu esta novidade, questiona a doutrina o fato de o direito estar condicionado ao regime de bens do casamento. Também até hoje causa surpresa a circunstância de a apuração do direito concorrential eleger bases de cálculo diferentes: quando se trata de casamento, o cálculo é feito sobre os bens particulares do falecido. Na união estável, sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união.

A distinção, além de injustificada, traz consequências terríveis. Ao conceder ao viúvo fração dos bens adquiridos pelo falecido antes do casamento, por herança ou por doação, à claras enseja enriquecimento sem causa do cônjuge. Atribui a alguém patrimônio que não ajudou a amealhar. De outro lado, também provoca justificável desconforto se os herdeiros não são filhos do viúvo, só do falecido, realidade cada vez mais frequente. Terão eles maior dificuldade em aceitar o novo casamento dos pais, pois terão que repartir os bens que pertenciam exclusivamente ao genitor. Muitas vezes, até ajudaram a amealhar, fazendo sacrifícios.

Por isso, ninguém duvida que o melhor critério foi o adotado na união estável, ao determinar que o direito de concorrência seja calculado sobre o patrimônio adquirido

onerosamente, depois da união, pressupondo esforço comum. Os bens particulares dos companheiros pertencerão exclusivamente aos seus filhos.

Ainda assim – e talvez por um resquício da mais-valia sempre atribuída ao casamento, desarrazoada e equivocadamente o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer como inconstitucional a desequiparação, elegeu como modelo a forma de cálculo prevista para o casamento.

E esta, Senhores Ministros, é a razão do meu dilema.

Explico: sou divorciada, tenho três filhos e, com muito trabalho, consegui amearhar razoável patrimônio. Agora, depois dos filhos criados, acabei me apaixonando. Mas, pelo jeito, não poderei casar e nem viver em união estável. Em qualquer dessas hipóteses, no caso do meu falecimento, o meu par ficará com um quarto do que amearhei durante toda a minha vida?

Não teria qualquer problema em repartir eventuais bens que viesse a adquirir depois da união. Nada mais justo. E já que se está falando em justiça: é justo privar os meus filhos de parte do que adquiri até agora? Até porque, o que ficar com o companheiro sobrevivente, não retornará para eles que fizeram tanto esforço para ter o que temos.

Senhores Ministros, desculpa, mas Vossas Excelências estão me proibindo de amar, de ser feliz.

AMORES PLURAIS

Há coração de todos os tamanhos e a capacidade de amar é infinita.

Certamente todos já sentiram afeto por mais de uma pessoa. Ama-se pai e mãe; igual é o amor que se dedica aos filhos.

Também se amam irmãos, tios, primos. Além destes, colegas e vizinhos. E de uma maneira muito, muito especial, se ama os amigos.

Não mais se acredita que só se ama uma vez na vida.

Mas quando se fala vínculos afetivos sobrepostos – que sempre existiram – ainda são mal vistos.

Historicamente o casamento era indissolúvel. O amor tinha que ser eterno, mesmo na pobreza, na tristeza e na doença. Esta ideia de infinitude acabou quando as pessoas descobriram que, primeiro, precisam amar a si próprios.

A amante foi chamada de concubina e depois de companheira. Ao invés de concubinato adúlterino, passou-se a falar em união paralela ou simultânea. No máximo vem a justiça deferindo a divisão dos benefícios previdenciários entre esposa e companheira.

Talvez a última barreira que falte romper, seja o reconhecimento de iguais direitos aos amores livres, bela expressão que identifica vínculos afetivos entre mais de duas pessoas, vivendo juntas. Este fenômeno recebeu o nome de poliamor. A expressão é uma novidade, mas sua existência não.

O fato é que, ao invés de rótulos, da necessidade da chancela estatal, o indispensável é exigir um comportamento ético de todos os atores destes vínculos vivenciais. Sem ser piegas, cabe invocar a máxima do Pequeno Príncipe: a responsabilidade por quem se cativa!

Agora que uniões sem casamento constituem uma família e o divórcio pode ser instantâneo, com facilidade as pessoas migram de um relacionamento a outro. Nesta mobilização levam consigo os filhos, o que faz surgir um caleidoscópio de novos vínculos parentais.

Todos podem amar muitos, mas precisam assumir os ônus decorrentes da confiança que gerou no outro e respectivos filhos. Daí a imposição da paternidade responsável, a primazia da filiação socioafetiva, o reconhecimento judicial da multiparentalidade.

Esta é a única limitação cabível ao amor: a responsabilidade pelos seus afetos em suas múltiplas facetas.

AFETO E A ÓTICA DA ÉTICA

A sociedade sempre tentou, sem sucesso, engessar a forma de as pessoas viverem e amarem. Esta resistência – historicamente e ainda hoje – é acompanhada pelo legislador, que tem enorme resistência em flexibilizar este naco do direito que diz com relações interpessoais, no âmbito privado.

Mas de nada adiantou várias Constituições proclamarem que o casamento era indissolúvel. Isto nunca foi verdadeiro. Apesar de, por décadas, a lei punir quem ousasse descumprir os deveres matrimoniais; se relacionasse com uma pessoa casada e até quem era fruto de um relacionamento extraconjugal. Tais interdições, mesmo produzindo severas injustiças, não dissuadiram ninguém de buscar a felicidade que não mais encontrava junto ao seu cônjuge. Afinal, não há mesmo motivo para alguém se submeter ao significado **etimológico da expressão “cônjuge”, que vem do latim “cum jugo”**: peça de madeira ou arreio que mantém juntos os bois que puxam uma carroça.

Não há – e nunca houve – como obrigar os noivos a cumprirem a promessa feita no altar de permanecerem juntos na pobreza, na tristeza e na doença, até que a morte os separe!

Antes do divórcio, havia o desquite, figura que mudou de nome, mas manteve o mesmo conceito. O desquite e a separação rompiam, mas não dissolviam o vínculo do casamento. Ambos desobrigavam o cumprimento dos deveres matrimoniais, sem, no entanto, permitir novo casamento. Sabe-se lá qual o significado da manutenção desta distinção por tanto tempo, que, felizmente, acabou com a Emenda Constitucional 66/2010. Apesar de algumas resistências isoladas, a separação está mesmo sepultada e enterrada.

A rigidez legal e o conservadorismo social foram atropelados quando do avanço dos direitos humanos, que priorizaram a qualidade de vida das pessoas.

Ninguém duvida que o grande legado do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família foi desatrear o conceito de família da instituição do casamento. É sua a

responsabilidade pelo primado da afetividade como elemento identificador das relações interpessoais.

A estas mudanças foi sensível a Constituição da República de 1988, ao esgarçar o conceito de entidade familiar para além da tríade: casamento, sexo e reprodução. Não é demais dizer que, ao equiparar casamento e união estável, reconhecendo ambos como merecedores da mesma e igual proteção, a Constituição viu o afeto.

O fenômeno que permitiu a valorização da subjetividade, a ponto de debelar o formalismo legalista, contou com o afluxo das ciências psicossociais, que emprestaram seu colorido multifacetário à forma de se perceber o direito.

As partes deixaram de ser vistas como ocupando posições opostas para serem percebidas como pessoas vulneráveis, que ainda mantém entre si vinculações subjetivas, encharcadas de ressentimentos, culpas, mágoas e, no mais das vezes, uma enorme sede de vingança, disfarçada em desejo de justiça.

A interdisciplinaridade chegou com tal vigor que ensejou o reconhecimento do afeto como princípio norteador também das relações parentais e fraternais.

A guarda compartilhada foi um dos primeiros frutos desta reviravolta. Deixou de ser uma forma de convívio estabelecida amigavelmente pelos pais, para se transformar em uma imposição, mesmo quando existe um estado de beligerância entre eles.

Esta conflituosidade permitiu que estudos psicológicos e avaliações sociais identificassem a presença do que se passou a chamar de alienação parental, a dar ensejo à edição de legislação especial sobre o tema.

Surgiu o conceito de filiação socioafetiva, descolada da verdade real, biológica, ou registral, já tendo sido reconhecida, de forma vinculante, pelo Superior Tribunal de Justiça como o vínculo parental prevalente.

Daí para o reconhecimento da multiparentalidade foi um passo. Afinal, se o amor não tem limites e mais pessoas assumem os deveres decorrentes do poder familiar, nada justifica deixar de impor obrigações a todos que desempenham tais funções.

Passou-se a falar em ética do afeto, transformando o dever de convívio em obrigação de cuidado. O reconhecimento do abandono afetivo como gerador de obrigação indenizatória foi outra das sequelas, mais do que positiva, deste casamento – este sim indissolúvel – entre a ciência jurídica, as ciências sociais e todos os demais ramos das ciências voltados aos aspectos psicológicos e laços de vivência interpessoal.

Não se pode ter medo de ver a realidade da vida, que merece ser abordada sob os mais diversos perfis, com olhares diversos, mas com a mesma e igual preocupação da ótica da ética.

ACABOU O CASAMENTO?

Esta é a pergunta que não quer calar após a decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 878.694, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10/05/2017), que, invocando o princípio da igualdade, disse que casamento e união estável não podem ser tratados de modo diferente. Ou seja, quando morre o cônjuge ou um dos companheiros, descabido que a herança que irão receber seja calculada de modo diverso, exclusivamente em razão da forma de constituição do vínculo de convivência.

O julgamento tinha por objeto este questionamento: é possível o companheiro sobrevivente receber, a título de direito de concorrência sucessória, valores distintos dos concedidos ao viúvo? A resposta foi: Não! Os ministros disseram que a distinção é inconstitucional; que o direito do companheiro deve ser calculado do mesmo modo que é levado a efeito no casamento.

Portanto, houve a equiparação entre casamento e união estável. Claro que esta decisão, que dispõe de eficácia vinculante, não diz somente com o ponto que foi objeto do processo. Alastra-se a todos os campos e diz respeito a qualquer diferença discriminatória entre

cônjuges e companheiros. Não há diferenciação e nem hierarquização entre casamento e união estável.

Ora, se é tudo igual, onde está a liberdade das pessoas de escolher entre casar ou simplesmente viver junto? Então pra que casar? O casamento acabou? Basta as pessoas se envolverem em um relacionamento de forma pública, contínua e duradoura para que sejam garantidos aos parceiros todos os direitos e impostos a eles os mesmos deveres como se casados fossem?

Sim!

Todos são livres para optar entre viver só ou ter alguém para chamar de seu.

Se a escolha for pela vida a dois, bônus e ônus serão os mesmos. Também iguais os encargos e os direitos por quem se cativa, como diz o Pequeno Príncipe: “você é responsável por quem cativas!”

Nada mais do que a imposição de uma postura ética ao afeto.

MULTIAFETIVIDADE E O DIREITO À FELICIDADE

Há uma expressão que não canso de repetir: adoro quem tem coragem de ousar!

Claro que ficar no seu quadrado é muito mais confortável. Só que impede que se veja a realidade da vida, que não para quieta.

As pessoas são as mesmas, há séculos.

O sonho de todos sempre foi – e ainda é – o mesmo: alcançar a felicidade!

O que muda são os costumes que, pouco a pouco, acabam por transformar a sociedade.

Mas as mudanças são vagarosas.

A crença de que deixar as coisas como estão, dá segurança.

O conservadorismo tem a certa onipotência, ao vender a ideia de que o certo é repetir o modelo posto.

Porém, trilhar o mesmo caminho nada mais é do que caminhar de olhos fechados.

Não há melhor exemplo do que os vínculos afetivos para evidenciar esta realidade.

Historicamente o relacionamento entre duas pessoas somente era reconhecido quando chancelado pelo casamento. Sem o selo da oficialidade não havia família. Uniões extramatrimoniais, filhos havido fora do casamento, recebiam denominações pesadamente discriminatórias. Não tinham quaisquer direitos sendo punidos com a condenação à invisibilidade.

No entanto, todas as tentativas de manter o casamento indissolúvel foram infrutíferas. Mesmo rechaçados pela sociedade, mesmo excluídos da proteção estatal, as pessoas voltam a amar. O desejo de ser feliz sempre prevaleceu.

E não teve outro jeito. Doutrina e jurisprudência obrigaram o legislador a esgarçar o conceito de família. Sexo, casamento e procriação deixaram de ser os seus elementos identificadores.

A inserção constitucional da união estável como entidade familiar fez o afeto receber reconhecimento como imperativo ético gerador de responsabilidades e obrigações.

A partir da verdadeira revolução provocada pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família e Sucessões, ao isolar o elemento constitutivo da família, outras estruturas de convívio passaram a fazer jus à mesma proteção. Foi assim com as uniões homoafetivas: uniões marcadas pela identidade sexual do par ou formadas por pessoas trans.

Vencidas as resistências de uma pequena minoria barulhenta, a justiça assegurou às pessoas LGBTI acesso ao casamento, à adoção e ao uso das técnicas de reprodução assistida.

Como o amor não tem limites, para muitos homens a capacidade de amar não se esgota na relação com uma única pessoa.

Esta é uma realidade muito antiga: homens vivendo com duas ou mais mulheres e constituindo várias famílias.

Surgiu outra onda de rejeição, é claro, como sempre com simplórios argumentos de ordem religiosa.

Mas basta invocar o preceito constitucional de respeito à dignidade da pessoa, o princípio da afetividade e um punhado de direitos e garantias fundamentais para evidenciar a necessidade de a poliafetividade gerar efeitos jurídicos no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões.

Não atribuir responsabilidades e deveres a alguém, pelo simples fato de manter mais de uma entidade familiar, é premiá-lo pelo seu agir, é cancelar o enriquecimento sem causa.

A Justiça ainda resiste, na vã tentativa de desestimular esta prática, quando, na verdade, está é punindo a mulher deixando-a sem nenhum direito. Esta postura, no entanto, acaba por absolver o homem, resultado que afronta o viés ético que deve nortear todas as decisões judiciais.

Claro que para arrostar realidade tão permeada de preconceitos, é preciso ter coragem de enfrentar uma sociedade, ainda tão conservadora.

Mas coragem é o que não pode faltar a quem prega o direito à felicidade sem prejudicar ninguém.

A FALÊNCIA DO SISTEMA DA ADOÇÃO

A prioridade absoluta do Estado deve ser com crianças e adolescentes. É o que determina a Constituição ao assegurar-lhes, um punhado de direitos, entre ele, o direito à convivência familiar.

E maior é a responsabilidade quando, afastados dos pais, encontrando-se em situação de vulnerabilidade.

Para isso foram criados mecanismos de institucionalização, inserção na família extensa, destituição do poder familiar e a adoção.

Só que estas providências costumam levar muito tempo, principalmente considerando que o tempo da criança é mais urgente.

De todo descabida a institucionalização de bebês, quando a mãe manifesta o desejo entregá-lo à adoção. Ora, ela quer que o filho tenha um lar e não que seja institucionalizado ou entregue a algum membro de sua família. Se durante a gestação nenhum parente manifestou o desejo de ficar com a criança que iria nascer, inócuo deixá-la abrigada e buscar algum familiar que a queira.

Também é absurdo depositar uma criança à espera deque os pais adquiram condições de ficar com ela. Isso nada mais é do que tratá-la como um objeto, que se visita quando em vez.

No momento em que a criança é entregue ao Estado pelos pais, ou é deles retirada por evidências de maus tratos ou abusos, deve imediatamente ser entregue à guarda do pretendente à adoção, sem passar por um abrigo.

O processo de destituição do poder familiar deve ser cumulado com a ação de adoção, para que ocorra a transferência do poder familiar dos pais biológicos para os adotivos.

De outro lado, é indispensável possibilitar que os candidatos à adoção tenham acesso a todas as instituições que têm crianças abrigadas. O filho precisa ter empatia por quem serão seus pais para que aconteça o milagre da identificação entre eles.

A demora é tão grande que as crianças crescem e quem quer adotá-las acabe perdendo a esperança de conseguir um filho.

O cadastramento dos candidatos à adoção demora, em média, mais de um ano e depois começa uma longa espera, sem que tenham acesso ao seu lugar na fila.

Claro que com o passar dos anos, até para tamponar a angústia da espera, buscam outros pontos de gratificação. Ou, o que está acontecendo de modo muito recorrente: utilizam as técnicas de reprodução assistida.

Assim, a cada nascimento que acontece, uma criança sobra em um abrigo.

Estas são alguns dos pontos que evidenciam a falência do processo para que o Estado cumpra o seu dever maior.

Algo precisa ser feito, e com urgência!