

DIREITO, AMOR E SEXUALIDADE

RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

Advogado Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família - Conselheiro da OAB/MG - Professor de Direito de Família da PUC/MG - Mestre em Direito Civil/UFMG

"O amor não está em ferver bruscamente nem está em acender uma fogueira mas no que há por trás das montanhas do peito."

Maiakóvski

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Mulher honesta. 3. A subjetividade do juiz. 4. Sexo legítimo e ilegítimo. 5. O sujeito desejanste. 6. Conclusão: toda demanda é de amor.

1. INTRODUÇÃO

A primeira lei de qualquer organização social é uma lei do Direito de Família: a proibição do incesto. Esta é a lei básica e estruturadora das relações sociais. E somente a partir deste interdito que alguém pode tornar-se sujeito. É com esta interdição primeira que se faz possível a passagem do estado de natureza para a cultura e, conseqüentemente, estabelecem-se as relações sociais e os ordenamentos jurídicos.

Se a lei básica da família tem sua origem em uma proibição sexual, conseqüentemente toda a organização jurídica sobre ela gira em torno da sexualidade. Portanto falar de Direito de Família é falar de sexualidade, afetos e conseqüências patrimoniais daí decorrentes. Esse ramo da ciência jurídica é, principalmente, a tentativa de organização dessas relações, para tornar possível e viabilizar a organização social maior que é o Estado.

No plano da construção teórica do Direito de Família, a questão de fundo, ou de cerne, gira sempre em torno da tentativa de organização e regulamentação das relações de afeto e do estabelecimento de parâmetros mínimos para aquilo que *Freud* disse ser a satisfação mais forte do ser humano; a sexualidade. E o Direito legisla sobre isso, estabelecendo o que é legítimo e o que é ilegítimo em termos de sexualidade.

Devemos entender a sexualidade em seu sentido mais amplo e profundo para não reduzi-la apenas à genitalidade, que seria um empobrecimento da compreensão das relações humanas. Sexualidade, como tão bem já nos revelou *Freud*, é uma dimensão presente na totalidade da existência humana. A

energia libidinal é o que dá vida à vida. Faz-nos trabalhar, produzir, criar e descansar, amar e sofrer, ter alegria, prazer e dor. É o *desejo*. Este começa com a vida, termina com a morte e sustenta-nos por toda vida. Começou a vida, instalou-se o desejo. Acabou o desejo, acabou-se a vida. É ele que mantém vivo o "arco da promessa".

Associado a essa tentativa de organização jurídica das relações de afeto está o elemento ideológico, que vem, através até de uma moral sexual, determinando relações de poder e revelando as posições subjetivas dos operadores do Direito. A moral sexual civilizada adotou o paradigma da moral masculina, na qual as restrições são feitas principalmente às mulheres.

2. MULHER HONESTA

O sistema patriarcal estabeleceu, e estabelece ainda, uma relação de poder entre os gêneros, a partir da divisão sexual do trabalho. Esta dominação de um sexo sobre o outro deixou marcas em nossa cultura que, até hoje, espalham seus significados e significantes (para usar uma expressão da lingüística de *Saussure* e *Lacan*). Assim, as palavras vieram significando comportamentos, condutas, e o Direito, absorvendo isto, passou a expressá-las em seus textos legislativos.

Ainda vigora no Código Civil brasileiro o artigo 1.744, inciso III, que determina como uma das causas de deserção a "desonestidade da filha que vive na casa paterna". É que, para o Direito, mulher honesta não significava mulher íntegra, decente, isto é, este vocábulo não é indicativo da honestidade da mulher no mesmo sentido em que o é para o homem.

Honesto é aquele homem que cumpre seus deveres, paga suas contas em dia etc. Nos costumes absorvidos pelo Direito, honesta é aquela mulher que tinha sua sexualidade controlada pelo marido ou pelo pai. Pouco importa se ela é cumpridora de seus deveres, se paga suas contas em dia. Os dicionários jurídicos no Brasil registravam que honesta era a mulher que tinha recato, por seus atos de decência.

Também em sentido oposto, temos a expressão "mulher pública". Significa, para nós, aquela que tem uma conduta sexual duvidosa ou alguém que faz de sua sexualidade um mercado, ou seja, uma prostituta. Entretanto, quando Falamos "homem público", estamos dando um sentido quase contrário, ou seja, é aquele que tem sua vida dedicada à política, ou suas atividades voltadas para *a res publica*.

Em 1977, a Lei do Divórcio (nº 6.515) substituiu a expressão desquite por separação judicial. É que a palavra desquitada carregava o peso de um preconceito que passou a designar mais que um simples estado civil. Desquitada tornou-se significado de mulher "livre", ou cuja conduta sexual era sempre colocada em dúvida. Da mesma Forma, o legislador constituinte, em 1988,

substituiu a expressão concubinato por união estável (art. 226) com a intenção de expurgar o preconceito desta palavra.

Até o advento da Constituição de 1988, os filhos havidos de uma relação extraconjugal não podiam ser registrados com o nome do pai. Para o Direito estes filhos "não existiam". Esta hipocrisia era sustentada em nome de uma moralidade pública, com o fim de evitar a desestruturação ou a destruição da família. Fazia-se então a investigação da paternidade apenas para fins de alimentos. Aliás, esta e qualquer outra ação de investigação de paternidade gira sempre em torno da conduta sexual da mulher. Interessa saber, nesses processos judiciais, com quem ou com quantos homens ela teve relação à época da concepção do filho (investigante). Do suposto pai, pouco ou quase nada interessa de sua vida sexual. Ações desta natureza, pelo menos até o advento dos exames pelo método DNA, constituem, na realidade, uma devassa na vida sexual da mãe.

As expressões mulher à-toa, mulher de rua, mulher pública, mulher honesta deveriam deixar de ter o sentido de determinação de uma conduta sexual e moral e passar a designar aquelas que não têm emprego, não têm teto, exercem função pública e pagam suas contas em dia. Estas nomeações, ou designações, que um dia indicaram um comportamento sexual, ou a pecha de um bom ou mau comportamento, já começaram a veicular outros significados, estes ordenados numa dimensão significativa. Os dicionários deverão modificar seus registros e o Direito já começou a fazer as adaptações a partir dos textos normativos pós-Constituição Federal de 1988. Estas mudanças têm um sentido muito mais profundo que a simples designação das palavras. É um passo adiante no entendimento das Formas de dominação e controle da sexualidade de um gênero sobre o outro.

3. A SUBJETIVIDADE DO JUIZ

O maior mérito de *Freud* foi ter demonstrado ao mundo a existência e as formas de manifestação do inconsciente. Desde então, o pensamento contemporâneo começou a tomar outros rumos.

Todos os atos e fatos jurídicos com os quais nós, operadores do Direito, trabalhamos são predeterminados, determinados ou, no mínimo, influenciados pelo inconsciente. São as razões que a própria razão desconhece. Não se pode mais desconsiderar essa "razão" inconsciente que perpassa todos os, atos e fatos jurídicos.

A subjetividade está presente também nos atos do juiz. Seu ato mais importante, a sentença, não está isento dela. Nesse sentido, podemos dizer que a neutralidade é um mito. Dois recentes julgamentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que falam sobre sexualidade, nos ajudam a esclarecer como essa subjetividade determina a objetividade do direito e de seus julgamentos.

Em 21.09.1993, a 1ª Câmara Civil do TJMG negou pedido de anulação de casamento a um homem que descobriu que a mulher com a qual se casou não era virgem (Ap. 1.078/4). O fundamento do julgamento, contrário ao artigo 219, inciso IV, do Código Civil, muito acertado, é que o Direito é dinâmico e não pode ficar apegado à literalidade da lei. Em razão do princípio da igualdade entre homens e mulheres, ter-se-ia de conceder esse direito também às mulheres. Diante da impossibilidade de provar a virgindade masculina, não cabe mais no ordenamento jurídico brasileiro anulação de casamento em razão da não-virgindade da mulher, afirmou-se no acórdão.

Em 11.04.1994, a 5ª Câmara Cível desse mesmo Tribunal, apesar da proibição do artigo 183, inciso XII, do Código Civil, autorizou o casamento de um jovem de 17 anos que havia "deflorado" uma mulher de 21.

A premissa do fundamento legal, também contrário à lei, é a mesma do caso anterior: o Direito não pode ser estático. Já que o rapaz havia deflorado a moça, seria melhor que se casassem, "evitando que possa ela vir a se prostituir" (Ap. 3.764/89).

Esses dois casos, que mais parecem do passado, ilustram bem como os julgamentos são permeados pela subjetividade do juiz e, portanto, como seus valores morais e suas concepções sobre sexualidade são determinantes. Em ambos, o pressuposto objetivo é o mesmo: o Direito é dinâmico, deve traduzir a realidade social e não pode ficar apegado à literalidade da lei. Entretanto, a fundamentação se deu inteiramente na ordem da subjetividade.

Cada julgador, com seus valores e concepções morais, é quem faz uma sentença. Os exemplos aqui trazidos vêm apenas demonstrar a presença da subjetividade no Direito e nos atos jurisdicionais.

Mas isso não tem nada de mais. Nem de novo, nem de velho. Os julgamentos sempre foram e continuarão sendo assim. A novidade é apenas o reconhecimento da subjetividade na objetividade. Em outras palavras: a partir do momento em que o Direito deixar de negar que os atos e fatos objetivos são perpassados pelo inconsciente e reconhecer a legalidade da subjetividade, poderemos estar mais próximos do ideal de Justiça.

4. SEXO LEGÍTIMO E ILEGÍTIMO

O Direito é um dos mais importantes instrumentos da inclusão e exclusão das pessoas no laço social. É o Estado, através de seu ordenamento jurídico, que prescreve as normas de apropriação ou expropriação da categoria de cidadãos. A história já demonstrou que estes critérios de inclusão e exclusão trazem consigo um traço ideológico que não pode mais ser desconsiderado pelo Direito, sob pena de se continuar repetindo injustiças e reproduzindo muito sofrimento. Por exemplo, a mulher, no Brasil, só foi considerada cidadã pela

Constituição da República de 1934, e deixou de ser relativamente capaz somente com a Lei 4.121, de 1962.

Como se vê, o estabelecimento de dominação de um gênero sobre o outro é um critério sexista, ou seja, de que um sexo é mais forte que o outro, e cuja referência, como já se disse, é um paradigma da ordem da sexualidade masculina.

É com base nesse paradigma masculino e em critérios ideológicos de dominação que o ordenamento jurídico legitima determinadas relações.

Foi assim que durante séculos, através da chamada moral sexual civilizada, o Estado proibiu ou permitiu determinadas práticas de relações sexuais. Aquilo que se permitiu é o que sempre foi considerado normal, dentro de determinadas normas morais que acabaram se transformando em jurídicas. Portanto, sexualidade normal sempre foi aquela que se enquadrou dentro das normas jurídicas ou morais do Estado. É nesse sentido que se pode dizer que o Estado, ao permitir ou proibir, legitima ou ilegítima determinadas ações para enquadrá-las no campo do normal ou anormal. Por exemplo, sexo fora do casamento não era permitido, pelo menos às mulheres. Sexualidade saudável era somente dentro do casamento, pois era este quem legitimava as relações sexuais. Foi somente com a Constituição de 1988 que o Estado legitimou outras formas de família e outras formas de filiação, além daquelas constituídas através do casamento.

Portanto, o Estado, como legitimador ou ilegítimador das relações sociais, determina o normal e o anormal, inclusive as questões de natureza sexual, como a homossexualidade, homossexualidade, prostituição etc.

5. O SUJEITO DESEJANTE

A partir da revelação ao mundo, no início deste século, por *Freud*, da existência do *inconsciente* e da teoria psicanalítica, a noção e a compreensão da sexualidade humana tomaram outra dimensão. Passamos, então, a compreendê-la de forma ampliada ao considerá-la muito mais da ordem do desejo que da ordem da genitalidade, como sempre foi considerada pelo Direito.

Se a sexualidade é da ordem do desejo, não se pode desconsiderar a existência de um *sujeito desejante*. Este sujeito desejante é quem pratica atos jurídicos, faz e desfaz negócios, casa, separa, tem filhos, sofre, tem alegria, enfim, emprega sua energia libidinal nas mais variadas formas do viver. Esta nova noção de sexualidade, associada às conseqüências da Revolução Industrial e ao declínio do patriarcalismo, redimensionando os papéis masculino e feminino, bem como à evolução do conhecimento científico, revolucionou o Direito de Família. Sexo, casamento e reprodução já não estão mais necessariamente

vinculados um ao outro. É possível reprodução sem sexo, e casamento não é mais a única forma de relacionamento sexual legítimo ou saudável. Com a sexualidade considerada na ordem do desejo, passou-se a concebê-la como expressão do desejo. E assim, sexo legítimo não é mais apenas para reprodução, é permitido sexo para o prazer. E aí, novamente, deve intervir o Direito, a lei jurídica, para barrar excessos, pois se assim não se fizer, instalar-se-ia o caos como resultado de um gozo desenfreado.

E assim, um novo discurso sobre a sexualidade provocou mudanças radicais na família e, conseqüentemente, em seu ordenamento jurídico. A Família, como núcleo econômico e de reprodução, perde a sua força para a instalação de uma entidade mais nuclear, em que o amor e o companheirismo são os elementos preponderantes. Foram legitimadas, então, outras representações sociais da família para além do casamento, como bem expressou o artigo 226 da Constituição da República: união estável e famílias monoparentais.

6. CONCLUSÃO: TODA DEMANDA É DE AMOR

A maioria dos processos judiciais em que nós, operadores do Direito, trabalhamos questões do Direito de Família em geral, traz em seu bojo um conteúdo de natureza sexual. Quando se investiga uma paternidade, acaba-se fazendo um verdadeira devassa na vida sexual da mãe; quase a totalidade das anulações de casamento gira em torno de temas de natureza e conteúdo sexual, como impotência, homossexualidade, frigidez, sexualidade desviada dos padrões "normais" etc.; as discussões sobre guarda de filho e visitas trazem sempre à tona uma proibição ou impedimento ligado a uma moral sexual; os eternizantes processos de separação litigiosa, que acabam virando uma história de degradação do outro para encontrar um culpado, estão sempre associados a adultério ou conduta desonrosa, entrelaçados, geralmente, em um conteúdo moral e sexual.

O Direito de Família sempre foi assim e continuará sendo. É preciso, apenas, que tenhamos consciência de que todas essas demandas que se apresentam em forma e com conteúdo sexual vêm apenas falar do desamparo de cada um dos sujeitos demandantes. No fundo, o que se pretende em todos esses litígios e demandas judiciais é apenas não se deparar com o desamparo e o desamor. As demandas jurídica e judicial revelam outras coisas. Por trás de toda petição há sempre uma repetição de uma demanda originária que é de amor. Por isso se pode aqui invocar *Lacan*, quando ele diz: *toda demanda é uma demanda de amor*. As questões do Direito de Família estão sempre em torno do eterno desafio e essência da vida: dar e receber amor. Por isso podemos afirmar que o que sustenta o Direito de Família e o que se pretende ordenar juridicamente sobre a família são as relações de afeto e as conseqüências patrimoniais daí decorrentes. Como diz *João Baptista Villela*: *O amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações*.

(*in*, A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Belo Horizonte, 2000, págs. 53/59)