

RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

**PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E NORTEADORES
PARA A ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR
CURITIBA
2004**

RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

**PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E NORTEADORES
PARA A ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA**

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito no curso
de pós-graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná – UFPR.
(Resolução n. 007/2001 PPGD en. 31/2004 CEPE)

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR
CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E NORTEADORES PARA A ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA

Tese aprovada como requisito à obtenção do grau de Doutor pelo curso de Pós-Graduação de Direito, setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. (Orientador) Luiz Edson Fachin

Curitiba, de de 2004
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Dedicatória

Dedico este trabalho, registro de minhas pesquisas
e reflexões de quase uma década,
ao núcleo familiar formado por Adriana, minha mulher,
Felipe, Tomás e Rafael, meus três filhos,
com quem aprendo e reaprendo cada dia a amar
e ser amado e o eterno fazer a vida.
Ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM,
uma comunidade científica e uma macrofamília
de pessoas interessadas em um novo Direito de Família,
pensamento que apazigua minha alma.

Agradecimentos

A todas as pessoas que estiveram próximas, no período que escrevi esta tese, que toleraram minha impaciência e “chatice”, mas que também, através de uma *alteridade*, fizeram-me um ser dialógico, especialmente a:

Vera Valadares, pelas supervisões do conteúdo psicanalítico em meu trabalho e por instigar o meu pensamento e o meu afeto;

Edésio Fernandes, meu amigo cidadão do mundo, que às vezes, mesmo sem saber, traz-me notícias do outro lado do mundo e influencia meu raciocínio jurídico;

Equipe de Advogados do meu escritório, Ana Carolina, Cláudia, Juliana, Goreth e Sandro que, dando suporte para o trabalho cotidiano, viabilizaram a redação deste trabalho, além de serem meus interlocutores na *clínica do Direito*;

Fernando Dias Andrade, pelo suporte, orientação e pesquisa sobre aspectos filosóficos contidos no trabalho;

Paulo Lôbo e Fachin pela orientação, co-orientação, “dicas”, enfim, pela contribuição através de diálogos e conversas via e-mail e por esse Brasil afora.

*Das coisas, a mais nobre é a mais justa, e a
melhor é a saúde; porém a mais doce é ter
o que amamos.*

Aristóteles (*Ética a Nicômaco, Livro I*)

SUMÁRIO

RESUMO	10
ABSTRACT	11
INTRODUÇÃO - AS MUDANÇAS NA ESTRUTURA DA ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA	12
Capítulo 1 - PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO	19
1.1 O positivismo e a compreensão do direito através de princípios	19
1.2 As fontes do direito	21
1.3 Os princípios gerais para além da supletividade da lei	24
1.4 Princípios gerais expressos e não expressos	25
1.5 Normas e princípios gerais	27
1.6 O princípio dos princípios: a norma fundamental – Kelsen e Freud	28
1.7 Princípios, regras, colisão e a contribuição de Robert Alexy	30
1.8 Colisão de princípios	31
1.9 Princípios fundamentais e norteadores para o direito de família - A função dos princípios	33
Capítulo 2 - A SUBJETIVIDADE NA OBJETIVIDADE DOS ATOS E FATOS JURÍDICOS	35
2.1 A outra dimensão da lei	35
2.2 A introdução da Psicanálise no discurso jurídico	39
2.3 Subjetividade e inconsciente	41
2.4 Sujeito de direito, sujeito de desejo e o seu objeto: desejo, logo existo e tenho direitos	43
2.5 Vontade, necessidade, desejo e gozo com o sofrimento	44
2.6 A clínica do direito	47
2.7 Neutralidade, imparcialidade e subjetividade dos juízes	47
2.8 A subjetividade nos princípios jurídicos	49

Capítulo 3 - MORAL E ÉTICA – UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA PARA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS	52
3.1 A ética inclusiva e a moral excludente	52
3.2 Moral e ética: um princípio?	54
3.3 Ética e moral na filosofia do direito	57
3.4 Moral e direito	60
3.5 Ética, justiça e razão além da sensibilidade	63
3.6 A concepção ética do direito de família	65
Capítulo 4 - OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA	67
4.1 O princípio da dignidade humana	67
4.1.1 Dignidade: O vértice do Estado Democrático de Direito	67
4.1.2 A dignidade em Kant	68
4.1.3 Dignidade, direitos humanos e inclusão social	71
4.1.4 Dignidade e subjetividade	72
4.2 O princípio da monogamia	76
4.2.1 A essência da monogamia	76
4.2.2 Monogamia e poligamia	77
4.2.3 Interditos ao desejo, fidelidade e promiscuidade	78
4.2.4 O avesso do direito	79
4.2.5 O justo e o legal na monogamia	81
4.2.6 A <i>natureza</i> monogâmica	83
4.2.7 O amor <i>on line</i> , <i>off line</i> e a ciberinfidelidade	84
4.2.8 O concubinato adúltero	86
4.2.9 Multiculturalismo e direito internacional privado	88
4.3 Princípio do melhor interesse da criança/adolescente	90
4.3.1 Contornos atuais da família e o papel da criança e do adolescente	90
4.3.2 O teor do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	91
4.4 O princípio da igualdade e o respeito às diferenças	100
4.4.1 Igualdade, alteridade e o direito a ser humano	100
4.4.2 Igualdade dos gêneros e o aforismo lacaniano: <i>a mulher não existe</i>	100
4.4.3 Igualdade formal e diferenças psíquicas	102
4.4.4 As ações inclusivas	104
4.4.5 De dona de casa à dona da casa	105
4.4.6 Guarda conjunta ou o fim do instituto da guarda como consequência do princípio da igualdade	107
4.5 Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal	108

4.5.1	Direito de família – direito público ou direito privado	108
4.5.2	Família, dignidade humana e aplicação do princípio da mínima intervenção do Estado	109
4.5.3	“Senso e contra-senso” da intervenção (mínima) do Estado	112
4.6	Princípio da pluralidade de formas de família	116
4.6.1	A tutela histórico-constitucional da família matrimonializada	116
4.6.2	A aplicabilidade do princípio da pluralidade das formas de família	117
4.6.3	Famílias plurais e a reinvenção do vínculo amoroso	119
4.6.4	Famílias conjugais e a <i>resignificação</i> da sexualidade humana	121
4.6.5	Famílias parentais e o fim do contrato de reprodução humana	123
4.6.6	Família unipessoal ou <i>single</i>	126
4.7	Princípio da afetividade	127
4.7.1	O afeto como elemento formador de família	127
4.7.2	A afetividade como valor e princípio jurídico	129
4.7.3	Parentalidade afetiva e efetiva	130
 CONCLUSÃO - A PRINCIPIOLOGIA ESSENCIAL PARA O <i>DESIGN</i> DO DIREITO DE FAMÍLIAS		 137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		142

RESUMO

A idéia central deste trabalho, ao elencar sete princípios fundamentais e norteadores para o Direito de Família, é valorizar e reinstalar a importância da base principiológica para a discussão jurídica e judicial sobre as relações de família. Sendo assim, e a partir desta compreensão, torna-se imprescindível que toda e qualquer discussão ou julgamento envolvendo Direito de Família devem considerar ou estar permeados por um desses princípios: monogamia, melhor interesse da criança/adolescente, igualdade e respeito às diferenças, menor intervenção estatal, pluralidade de famílias, afetividade e, pairando, permeando e sustentando todos eles o macroprincípio da dignidade humana. Sem a consideração de pelo menos um desses princípios em cada julgamento em Direito de Família, as decisões tenderão a ser norteadas pelos juízos morais particularizados, que já fizeram uma história de exclusões e de desconsideração da cidadania. O Direito de Família só estará próximo, ou irá em direção ao ideal de justiça, se os juízos e normas tiverem um caráter mais universalizado, isto é, se for um juízo ético, acima de valores morais muitas vezes estigmatizantes. E para que o juízo seja ético é necessário levar em consideração a ética do sujeito, que pressupõe em seu conteúdo a dignidade humana, que também pressupõe o desejo, isto é, o sujeito de direito é também um sujeito de desejo.

ABSTRACT

By discussing seven fundamental, guiding principles of Family Law, the main aim of this work is to stress and reaffirm the importance of a principles-based discussion for a consistent legal discussion on family relations. In this context, and drawing from this argument, it becomes an imperative that any discussion on Family Law has to consider, or be permeated by, at least one of the following principles: monogamy; best interest of the child/adolescent; equality and respect of difference; reduced state intervention; plurality of family forms; affection; and, lingering above, through and supporting all such principles, the macro-principle of human dignity. If at least one of these principles is not considered in a given judicial decision on Family Law, decisions will tend to be guided by particular moral judgements, which have already brought about a history of exclusion and neglect of citizenship rights. Family Law will only be close to, or progress towards, the ideal of justice if judgments and rules have an universal nature, that is, if they express ethical values above moral values which are often prejudiced. However, the affirmation of ethical values is only possible if the ethics of human beings is considered, which presupposes respect for human dignity. In its turn, respect for human dignity requires respect for human desire, that is, the subject in law also is a subject of desire.

INTRODUÇÃO

AS MUDANÇAS NA ESTRUTURA DA ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais sofreu e vem sofrendo alterações no último século, em todo mundo ocidental. Essas mudanças estão associadas ao declínio do patriarcalismo que, por sua vez, tem suas raízes históricas na Revolução Industrial e na Revolução Francesa, que marcaram um novo ciclo histórico: a Idade Contemporânea. A partir daí o declínio do patriarcalismo começa a se acentuar e surge o movimento feminista, a grande revolução do século XX.¹ No Brasil, esta revolução teve seu marco inicial na década de 60 do século XX, cujas conseqüências começaram a dar sinais na legislação sobre a família, especialmente com a Lei n. 4.121/64, denominada de “Estatuto da Mulher Casada”. Desde então, não parou mais. A suposta superioridade masculina ficou abalada com a reivindicação de um lugar de sujeito para as mulheres e não mais assujeitadas ao pai ou ao marido. A conquista por um “lugar ao sol” das mulheres, isto é, de uma condição de sujeito, abalou a estrutura e a organização da família. Os papéis masculinos e femininos se misturaram e tudo está sendo repensado na organização jurídica da família. Este é um fenômeno que vem acontecendo em todas as organizações jurídicas ocidentais. A legislação, no Brasil em particular, mal tem acompanhado esta evolução, embora o Direito de Família brasileiro esteja, hoje, entre os mais avançados do mundo.

Com todas essas mudanças, especialmente nos costumes e na “liberalização sexual”, começou-se a pensar que a família entrou em crise, em desordem. É natural que em meio a um *processo histórico*, e que ainda estamos vivenciando, tenhamos um olhar medroso e pessimista às mudanças. É compreensível que as coisas novas amedrontem, mas o processo é de uma evolução histórica, e não de decadência. As turbulências do caminho são decorrências naturais.

Demógrafos, sociólogos, antropólogos, economistas ou psicanalistas não têm a fórmula certa para dizer ao Direito como legislar essa nova realidade. Como organizar juridicamente a família, se não há mais uma única forma de família, mas várias? Ela deixou sua forma singular e agora é plural, como a Constituição da República de 1988 já expressou em seu art. 226.

Em meio a este pluralismo de constituição de famílias e apesar das tentativas de apreensão, sobretudo pelos códigos, como muito bem nos lembra o jurista Luiz Edson Fachin.

¹ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Brazilian family law in the twenty-first century and psychoanalysis. In: BAINHAM, Andrew (Ed.). *The International survey of family law*. Bristol: Jordan, 2002, p. 77.

Os fatos acabam se impondo perante o Direito e a realidade acaba desmentindo esses mesmos *códigos*, mudanças e circunstâncias mais recentes têm contribuído para dissolver a ‘névoa da hipocrisia’ que encobre a negação de efeitos jurídicos. Tais transformações decorrem, dentre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum.² (grifos do original)

Famílias monoparentais, recompostas, binucleares, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, mães criando filhos sem os pais por perto e vice-versa, casais sem filhos, filhos sem pais, meninos de rua e na rua; casais homossexuais, parentalidade socioafetiva, inseminações artificiais, útero de substituição... A lista dos diversos arranjos familiares é grande. Estará mesmo a família pervertida de sua função de célula básica da sociedade?

A árvore genealógica hoje tem mais galhos e eles são cada vez mais intrincados. Com isso, os laços de parentesco, por si sós não são garantia de nada. Como dizia Bernard Shaw, ninguém é melhor por ter nascido em determinado país ou família. O nacionalismo doentio, como o familialismo, é deturpação do valor verdadeiro. Amor não tem genética nem latitude. Ainda que o ambiente do afeto possa ser a estufa de bons sentimentos, ninguém garante que ela vai ser aquecida pelos ares da convenção.³

No Direito de Família, hoje, constatamos que a família, além de plural, está em movimento, desenvolvendo-se para a superação de valores e impasses antigos.

Não se pode dizer em que direção, mas certamente na direção contrária de uma história de infelicidades. A economia do desejo pode até ser questionável em sua sede incontornável de prazeres imediatos. Mas talvez seja melhor apostar que homens e mulheres amadurecem na procura, do que aceitar sentimentos fenecidos como destino inevitável.⁴

Todas as mudanças na estrutura da organização familiar, cujas raízes vinculam-se ao declínio do patriarcalismo, significam, também, o ápice das rupturas de um processo de dissociação iniciado há muitos séculos.

Ele está ligado, em particular, ao desenvolvimento do individualismo moderno no século XIX. Um imenso desejo de felicidade, essa felicidade

² FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327.

³ CUNHA, João Paulo. Quanto menos família melhor. *Boletim do IBDFAM* n. 24, p. 5, jan./fev. 2004.

⁴ CUNHA, João Paulo. Quanto menos família melhor. *Boletim do IBDFAM* n. 24, p. 5, jan./fev. 2004.

que o revolucionário Saint-Just considerava uma idéia nova na Europa – ser a gente mesmo, escolher sua atividade, sua profissão, seus amores, sua vida, apoderou-se de cada um. Especialmente das categorias mais dominadas da sociedade – os operários, por exemplo – e da família: os jovens, as mulheres.⁵

Com a conquista das mulheres de um lugar de “Sujeito de Desejo”, o princípio da indissolubilidade do casamento ruiu. A resignação histórica das mulheres é que sustentava os casamentos. O fantasma do fim da conjugalidade foi atravessado por uma realidade social, em que imperava a necessidade de que o sustento do laço conjugal estivesse no amor, no afeto e no companheirismo. Aí reside uma das mudanças paradigmáticas e estruturantes do Direito de Família: a família deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. Após várias tentativas de aprovação, apesar das forças religiosas em contrário, finalmente foi aprovada no Brasil, em 1977, a Lei do Divórcio. Os casais já não precisavam mais ficar casados a qualquer custo. As mulheres já não estavam mais tão resignadas como nas décadas de 50 e 60, do século passado, e compreendeu-se que filhos de pais separados não são infelizes ou problemáticos por essa razão. Os filhos estarão melhores na medida em que os pais estiverem melhores, juntos ou separados. A Lei do Divórcio foi, portanto, um outro marco histórico importante na História do Direito de Família no Brasil. Significou a vitória de um dos princípios basilares do Direito, a liberdade, sobre um princípio que não mais impera em nosso ordenamento jurídico, o da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Em linguagem mais atual, na colisão de princípios venceu o de maior valor. Em outras palavras, a Lei do Divórcio foi a derrocada do princípio da indissolubilidade pelo princípio da liberdade dos sujeitos, um dos pilares da base de sustentação da ciência jurídica.

Em outubro de 1988, com a Constituição da República Federativa do Brasil, ficaram consagrados os princípios fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro. Para o Direito de Família foi uma verdadeira revolução. Foi a partir dessa revolução constitucional que se consolidou toda a evolução do Direito de Família, e que nos autorizamos a estabelecer os princípios fundamentais para a organização jurídica da família. A partir do “espírito” e dos princípios fundamentais da Constituição da República, entre eles o da cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), é que o Direito de Família teve que romper definitivamente com as velhas concepções: da ilegitimidade dos filhos, já que todas as formas de filiação foram legitimadas pelo Estado; suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais; o casamento como única forma de se constituir e legitimar a família. As concepções de inclusão e cidadania instalaram-se definitivamente no Direito de Família. Assim, a maioria das grandes discussões

⁵ PERROT Michele. O nó e o ninho. *Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993, p. 78.

deste ramo do Direito tornou-se uma questão de Direitos Humanos, pois a elas está ligada a idéia de inclusão ou exclusão na ordem social e jurídica, enfim, a palavra de ordem da contemporaneidade, ou seja, cidadania.⁶

A instalação dos princípios fundamentais da Constituição da República, associada à evolução do pensamento científico e à globalização,⁷ tem instigado e impulsionado o aparecimento de uma nova legislação. Assim, após 1988 surgiram importantes leis em resposta aos princípios constitucionais e à demanda e necessidade desse novo tempo: Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.560/92 sobre investigação de paternidade, Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 sobre união estável e concubinato. Em janeiro de 2002 foi publicada a Lei n. 10.406, instituindo um novo Código Civil para o Brasil. Apesar dos esforços, este novo texto normativo não conseguiu traduzir todas as novas concepções da atual família. A discussão sobre isto é longa e passa, inclusive, pela necessidade ou não de um código, uma vez que a discussão atual é se o sistema francês da codificação ainda é válido para um momento de instituições civis cada vez mais globalizadas. Edvaldo Brito, ao fazer a nota prévia de *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*, do Prof. Orlando Gomes, é enfático:

não há um novo código mas sim um novo texto para um código antigo, contudo algumas alterações redacionais e tímidas *inovações*. Não é um *novo* código porque o texto não é uma obra de criação da comissão que o elaborou, nem mesmo de nenhum dos seus membros individualmente. Não é uma *consolidação* porque não chega a ser uma compilação sistematizando leis preexistentes.

Reitere-se: o *novo* é o próprio antigo texto de 1916 sobre o qual, portanto, gira o estudo ora reeditado e, perfeitamente, elucidativo da origem e da evolução do Direito Civil pátrio.⁸ (grifos do original)

Independentemente de se considerar o Código Civil brasileiro de 2002 bom ou ruim, avançado ou ultrapassado, é ele o estatuto jurídico que regerá as relações civis deste século. De qualquer forma, várias alterações estão sendo providenciadas para que ele se aproxime um pouco mais do desejável para uma legislação, especialmente na parte referente à família. Entretanto, por mais que se aproxime do desejável, ele jamais será uma fonte satisfatória do direito. Ele só se

⁶ BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coords.). *Direito de família e psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 143.

⁷ Segundo Peter Burke, historiador inglês, o conceito de globalização surgiu nos anos de 1980 e pode ser definido como o processo de contatos cada vez mais intensos entre as diferentes partes do mundo, sejam eles políticos, econômicos ou culturais, gerando uma crescente uniformidade destes sistemas. (*Folha de S. Paulo*, Caderno Mais, p. 7, 11/11/04)

⁸ BRITO, Edvaldo. Introdução. In: GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. VIII.

aproximará do *ideal* de justiça se estiver em consonância com uma hermenêutica constitucional e de acordo com os princípios gerais do Direito e também com os princípios específicos e particulares do Direito de Família, que, com este trabalho pretendemos defender.

Para se fazer uma leitura, ou releitura de um Direito que se pretenda traduzir a família contemporânea, ou pós-moderna como dizem alguns, é necessário que as leis estejam em consonância com princípios basilares do Direito de Família. Para se compreender tais princípios, e sustentá-los, é necessário que se adote uma hermenêutica contextualizada numa revolução paradigmática.

E esta revolução paradigmática já se fez. Resta compreendê-la melhor para que fique definitivamente inserida na ordem jurídica sobre a família. E para isto uma legislação é insuficiente e jamais traduzirá, por si só, ou mesmo ao lado da doutrina e jurisprudência, todo o espírito do Direito de Família contemporâneo, como bem lembrou Del Vecchio:

Faz-se necessário, então, buscar nos ‘Princípios Gerais do Direito’ as bases de compreensão e aplicação de um direito mais justo. Se uma lei não estiver em consonância com os princípios gerais do direito os julgamentos não serão verdadeiramente justos. É que ‘a significação lógica das leis e a sua virtude plasmadora das relações sociais pode ir, e geralmente vai, muito além do que pensaram e previram os que as formavam’.⁹

Um dos marcos essenciais da revolução paradigmática no Direito Civil, e em especial no Direito de Família, é a introdução e interferência da Psicanálise no discurso jurídico. Desde que Freud revelou ao mundo a “descoberta” do inconsciente, fundando a Psicanálise, o pensamento contemporâneo ocidental tomou outro rumo. A consideração do inconsciente revelou um outro sujeito, um “sujeito de *desejo*”. É que os atos e fatos jurídicos não se realizam apenas na ordem da objetividade. Há uma subjetividade, um sujeito inconsciente, que também tem ação determinante nos negócios jurídicos. Em outras palavras, na objetividade dos atos e fatos jurídicos permeia uma subjetividade que não pode mais ser desconsiderada pelo Direito. É esse sujeito do inconsciente, presente na “cena jurídica”, que eterniza uma separação litigiosa como uma forma inconsciente de manter uma relação. Enquanto isso mantém-se ligado pelo ódio que, aliás, sustenta tanto quanto ou mais que o amor, o vínculo conjugal.

Foi o discurso psicanalítico que introduziu na ciência jurídica uma nova noção de relação conjugal. A consideração do sujeito de desejo fez despertar uma nova consciência sob a não-obrigatoriedade dos vínculos conjugais. Podemos dizer, inclusive, que essa nova consciência teve como conseqüência o surgimento das leis de divórcio nos países do mundo ocidental. O discurso psicanalítico introduziu também uma outra noção de sexualidade. Compreendeu-se que ela é muito

⁹ KOHLER. Ueber die interpretation von Gesetzen, in Zeitschrift f. d. Priv. und off. Recht d. Gegenwart, Bd. XIII, Viena, 1885. *Apud* DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios gerais do direito*. Trad. Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Leider, 2003, p. 20.

mais da ordem do desejo que da genitalidade. É aí que se começa a valorizar os vínculos conjugais sustentados no amor e no afeto. Podemos dizer, então, que esse novo discurso sobre a sexualidade, introduzido por Freud, revalorizou o amor e o afeto. Na esteira dessa evolução e compreensão é que o Direito de Família atribuiu ao afeto um valor jurídico. E é este sentimento, agora como um novo valor jurídico, que tem desinstalado velhas concepções e instalado uma nova ordem jurídica para a família.

A atribuição de um valor jurídico ao afeto redimensiona a tábua axiológica do Direito e autoriza-nos a falar sobre uma ética do afeto como um dos sustentáculos e pilares do Direito de Família.

A vantagem maior do afeto é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um, nos momentos de paz e nas ameaças de conflito. Uma ética que parta desta dimensão e atravesse os caminhos da amizade e da política tem tudo para fazer os homens mais homens. A felicidade segue sendo uma hipótese. Mas uma hipótese real, de um mundo real. E num mundo com essas características, a norma emana da vida e não para a vida. O único sonho universalista num cenário como esse é o da constituição de um universo moral, de uma comunidade ética.¹⁰

Freud, com a invenção da Psicanálise, foi o grande responsável pela compreensão de um novo discurso sobre o afeto. É a legalidade da subjetividade. Na ciência jurídica, Giorgio Del Vecchio foi um dos pioneiros quando introduziu a noção de ordem psíquica nos fatos jurídicos.

O direito é, sem dúvida, facto do espírito humano: resulta das persuasões (e estas constituem um facto psíquico) e das apreciações dos homens conviventes. (...) É ainda preciso conhecer a natureza dos processos psíquicos, da actividade do espírito, para compreender a origem do direito. (...) O direito desenvolve-se inteiramente na ordem dos factos psíquicos.¹¹

No Brasil, o primeiro autor a traduzir e introduzir esse novo valor jurídico foi João Baptista Villela.¹² Na década de 70, século XX, seu texto *A desbiologização da paternidade* lançou as bases para a compreensão da paternidade socioafetiva. Depois, em *Liberdade e família*¹³

¹⁰ CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Direito de família e psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 86.

¹¹ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1959, p. 20.

¹² VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, ano XXVIII, n. 21, 1979.

¹³ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, 1980.

e em vários outros trabalhos, ele consolida essas noções, especialmente com sua frase “O amor está para o Direito de Família, assim como a vontade está para o Direito das Obrigações”. Após a Constituição da República de 1988 surgem os modernos doutrinadores, que vão alargar a trilha aberta por Villela. O primeiro deles foi Luiz Edson Fachin,¹⁴ que, além de dar passos adiante na concepção da paternidade desbiologizada, deu grande contribuição à evolução do pensamento jurídico para a família.¹⁵ Nesta mesma trilha e de igual importância, também ajudaram a constituir e consolidar o afeto como um valor jurídico, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,¹⁶ Maria Berenice Dias,¹⁷ Sérgio Resende de Barros, entre outros.¹⁸ Mas foi Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁹ quem deu ao afeto o *status* de princípio jurídico, ao utilizar essa expressão pela primeira vez em seu texto sobre filiação, em outubro de 1999, em conferência durante o II Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

O princípio da afetividade no Direito de Família, consequência das mudanças paradigmáticas e interferência do discurso psicanalítico, obriga-nos a pensar um ordenamento jurídico para a família que revalorize e redimensione os “Princípios” como uma fonte do direito realmente eficaz e de aplicação prática. Organizar e enumerar esses princípios específicos e particulares do Direito de Família, além de fazer-nos compreender melhor a base e estrutura deste ramo do Direito, contribuirá para uma hermenêutica que certamente estará aproximando o justo do legal. Em outras palavras, o estabelecimento de princípios norteadores específicos para o Direito de Família tem a intenção de contribuir na organização do pensamento jurídico, inclusive para que os julgamentos neste ramo do Direito possam fazer a difícil distinção entre ética e moral e assim estarem mais próximos do ideal de justiça.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte; Del Rey, 1998.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese: IBDFAM, 1999, p. 7-17.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família – Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG, p. 53-58, 1999.

¹⁸ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese: IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 5-10, 2002.

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: II CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Belo Horizonte. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2000, p. 245-254.

Capítulo 1

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

1.1 O positivismo e a compreensão do direito através de princípios

A compreensão e aplicação de uma principiologia no Direito contemporâneo pressupõe a quebra e mudança de uma concepção jurídica preponderantemente positivista. Ronald Dworkin é um dos autores que mais tem incitado o debate sobre a questão principiológica e sua incompatibilidade com o positivismo clássico. Muito pertinente seu questionamento, com vistas a apurar se a “justiça requer decisões de acordo com regras preexistentes”,²⁰ ou seja, se estamos atrelados às concepções positivistas, que entendem que o Direito se reduz a um mundo fechado de regras. Em caso afirmativo, tudo o que não está contido nas regras, não existe no Direito.

Marcelo Campos Galuppo fundamenta o positivismo jurídico, amparado no pensamento de Norbert Hoerster, em sua tese da neutralidade e do subjetivismo, que determina que o conceito de direito seja definido dispensando seu conteúdo, além de não pressupor nenhuma valoração.²¹ Afirma, também, que:

o direito positivo vale porque e na medida em que foi criado por uma autoridade reconhecida como legítima pelo fato de ser, ela mesma, fundamentada em normas jurídicas positivadas. Assim, o critério para indicação da norma jurídica válida é, sempre e somente, outra norma jurídica válida, substituindo-se então o critério de *justiça* pelo critério de *validade* na identificação do direito.²² (grifos do original)

Diante disso, caberia apenas ao Poder Legislativo a tarefa de justificar e criar o direito, restando ao juiz tão-somente a tarefa de aplicá-lo. Ora, como agir o julgador diante de um caso concreto, não previsto em regras jurídicas? A saída seria se ancorar no art. 267, VI, do CPC, que prevê a possibilidade de extinção do processo sem julgamento de mérito, no caso de impossibilidade jurídica do pedido?

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 11.

²¹ GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 160.

²² GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 161.

A resposta seria afirmativa, caso fosse respondida por um positivista. Por isso, Ronald Dworkin define positivismo como “um modelo de e para um sistema de regras”,²³ razão pela qual não considera outros tipos de normas como componentes do Direito. Entretanto, na sociedade contemporânea, pluralista e multicultural, na qual surgem novos interesses e modelos de convivência, faz-se necessária uma reflexão mais cuidadosa pelo intérprete. O que fazer quando o intérprete se encontra perante situações em que o regramento jurídico não oferece respostas?

Sabemos que a realidade sempre antecede ao Direito. A jurisdicização de atos e fatos acontece a partir da vida concreta do sujeito. Está em franca decadência nos ordenamentos jurídicos contemporâneos a concepção de Direito como estrutura formal, que tinha o sujeito abstrato como ponto de partida, acompanhado dos papéis que desempenhava no trânsito jurídico, apenas como proprietário, marido, testador e contratante. Atualmente, o Direito gira em torno da pessoa humana concreta e das situações jurídicas, tendo em vista, principalmente, o processo de Constitucionalização do Direito Civil. Em outras palavras, interessa na relação jurídica muito mais o sujeito do que o seu objeto. Este é um imperativo ético que se impõe especialmente com a introdução do discurso psicanalítico da valorização do sujeito, como já havia pronunciado Del Vecchio: “o único princípio que permite visão recta e adequada do mundo ético é o do caráter absoluto da pessoa, da supremacia do sujeito sobre o objeto”.²⁴ Por isso, o sistema de regras tornou-se insuficiente, em face da revolução hermenêutica havida com o *status* que a pessoa humana alcançou, de fundamento da República Federativa do Brasil, por força do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Com isso, mudaram, também, os parâmetros hermenêuticos que norteiam o intérprete. O positivismo, por conseguinte, tornou-se insuficiente, pois as regras não fizeram frente, de imediato, a tais situações hermenêuticas. Antes da existência da positivação de situações jurídicas novas, a jurisprudência tornou-se relevante fonte do Direito, pois decide fatos que ainda não são contemplados em regras jurídicas.

Mas qual a fundamentação de tais decisões? A fundamentação se baseia em princípios jurídicos, ou em padrões a serem observados, por serem uma exigência de justiça ou equidade, ou de alguma dimensão da moralidade.²⁵ Por serem padrões de comportamento, compostos por uma densa carga valorativa, sua construção normativa se consubstancia em fator essencial para sua aplicação.

A jurisprudência brasileira passou a aplicar diretamente os princípios aos casos concretos, de modo a atribuir ao julgador, de acordo com os parâmetros hermenêuticos e valorativos

²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

²⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1959, v. II, p. 364.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

existentes na sociedade e inscritos na Constituição e com a inevitável interferência da subjetividade na objetividade. É com este rico material que se tornou possível construir o conteúdo normativo dos princípios e, por conseguinte, aplicá-los diretamente às relações interprivadas.

Tais princípios têm seu berço privilegiado na Constituição Federal de 1988, que elegeu valores sociais dominantes como fundamentais.²⁶ Após um século perpassado por duas grandes guerras mundiais, a pessoa humana passou a ocupar um lugar de destaque na cultura e na ordem jurídica. O patrimônio perdeu seu lugar de realce, pois seu sentido passou a se corporificar apenas se funcionalizado com a realização da dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, Gustavo Tepedino, um dos precursores do Direito Civil Constitucional brasileiro, preleciona:

A interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa que modifica o próprio conceito de ordem pública, tendo a dignidade da pessoa humana o valor maior, posto no ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional.²⁷

Diante disso, o papel dos princípios é, também, informar todo o sistema, de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas, ultrapassando, desta forma, a concepção estritamente positivista, que prega um sistema de regras neutro. Não mais se aceita um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista. É necessário ultrapassar esta barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consonância com a realidade se tivermos em mente um Direito Principiológico.

1.2 As fontes do direito

O jurista francês René David foi quem melhor estudou e classificou de forma sistemática as organizações jurídicas de todos os povos e suas diversidades. Em sua obra “*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*” ele consolida a importância do estudo do Direito Comparado e apresenta os sistemas jurídicos agrupados da seguinte forma: família romano-germânica, família *common law*, família dos direitos socialistas, direitos muçulmano, hindu, judaico, do Extremo Oriente,

²⁶ Arce Y Flórez-Valdés anota que a idéia dos princípios “não pode desvincular-se de uma referência à Constituição, por ser a Norma jurídica suprema da organização jurídica de uma Nação, não só encerra os princípios gerais do ordenamento e reflete a filosofia da vida jurídica no dizer de Perlingieri, senão que, ademais, enquanto síntese das aspirações de um povo, na expressão de Battle, é evidente que de alguma maneira consagre os princípios básicos de sua organização.” (ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990, p. 13).

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 4, p. iv, out./dez. 2000.

da África negra e Madagascar. Todos esses sistemas jurídicos, criados obviamente para regular as relações sociais, sofrem modificações e influências dos sistemas políticos e econômicos, como é o caso, por exemplo, dos direitos socialistas. Outra grande interferência que acabará por obrigar a refazer a classificação de René David é o chamado fenômeno da globalização. Os novos meios de comunicação têm internacionalizado a economia e a política econômica que, por sua vez, vêm alterando e modificando as relações sociais, e conseqüentemente os ordenamentos jurídicos.

Diante desta nova realidade jurídica globalizada, os dois grandes sistemas jurídicos, e certamente os mais organizados tecnicamente, a família romano-germânica e família *common law*, já não são mais famílias tão separadas. Antes mesmo dessas novas alterações políticas e econômicas, as duas famílias já estavam unidas pela moral cristã. Com a queda dos sistemas políticos totalitários e o crescimento de uma política econômica cada vez mais internacionalizada, a tendência destes dois grandes sistemas é se remodelarem e sofrerem adaptações, buscando elementos de um e de outro, como aconteceu com a família dos direitos socialistas. Um dos grandes sinais dessa tendência é a atual discussão sobre o cabimento ou não de um código civil nos moldes em que ele foi concebido em 1804 na França, e depois em todos os outros países da família romano-germânica. A História aponta hoje para a adoção de microssistemas, o que significa uma tendência de abolição de códigos civis, na estrutura e sistemática em que eles foram concebidos. Caio Mário da Silva Pereira é enfático e assertivo sobre esse assunto: “As codificações já cumpriram sua missão histórica de assegurar a manutenção dos poderes adquiridos”.²⁸ Associada a essa tendência de descodificação temos assistido a uma “constitucionalização do direito civil”, isto é, o texto constitucional passou a exercer cada vez mais um papel unificador dos sistemas jurídicos, uma vez que o Código Civil vem perdendo seu papel de centralidade dos sistemas civilísticos.²⁹ Conseqüentemente os ordenamentos jurídicos têm buscado cada vez mais o seu ideal de justiça em uma base principiológica.

As fontes do direito nos dois grandes sistemas jurídicos contemporâneos estão hoje muito semelhantes, apesar das diferenças estruturais de cada um desses sistemas. Uma das razões desta aproximação é a influência da base principiológica, preponderante no sistema *common law*. Com a nova concepção principiológica introduzida pelo Direito Civil Constitucional, René David é assertivo ao dizer sobre os métodos e fontes do Direito que aproximam cada vez mais estes dois grandes sistemas:

A common law conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra do direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países do *common law* como é nos países da família romano-germânica.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p.23.

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.6.

Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma idéia de Justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito.³⁰

Segundo o próprio René David, há hoje uma forte tentação de se falar de uma única família de direito ocidental. Em alguns países já não se sabe bem ao certo qual das duas famílias pertencem, se à família romano-germânica ou à família *common law*. Entre os países que adotaram esse direito misto estão a Escócia, Israel, África do Sul, Filipinas e Província de Quebec.³¹

Assim, quando falamos de fontes do direito, como meio técnico de realização do direito objetivo, referimo-nos às fontes do Direito ocidental, isto é, à família *common law* e à romano-germânica, que têm em comum a mesma moral cristã, a mesma base filosófica, o individualismo, o liberalismo, e que a partir do século XX passaram a sofrer também a interferência do discurso psicanalítico³², isto é, a consideração da subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos.

Norberto Bobbio, em sua *Teoria do ordenamento jurídico*, é esclarecedor ao dizer que

fontes do direito são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas. O conhecimento de um ordenamento jurídico (e também de um setor particular desse ordenamento) começa sempre pela enumeração de suas fontes. (...) o que nos interessa notar numa teoria geral do ordenamento jurídico não é tanto quantas e quais sejam as fontes do Direito de um ordenamento jurídico moderno, mas o fato de que, no mesmo momento em que se reconhece existirem atos ou fatos dos quais se faz depender a produção de normas jurídicas (as fontes do direito), reconhece-se que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras.³³

Das conhecidas e tradicionais fontes do direito positivo – a lei, jurisprudência, doutrina, costumes, equidade, direito comparado, analogia e princípios gerais, interessa-nos aqui destacar, para melhor compreender e viabilizar uma aplicação prática, os princípios gerais do direito, especialmente para estabelecer princípios norteadores para o Direito de Família. É essa fonte do Direito que faz tornar inaceitável para o jurista uma decisão judicial, ou uma solução no plano social que não seja justa e não esteja de acordo com a equidade.

³⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 26.

³¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 26.

³² MARTINO, Antônio Anselmo. Freud, Kelsen y La unidad del Estado. In: *El lenguaje del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983, p. +297-320, *passim*.

³³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p. 45.

1.3 Os princípios gerais para além da supletividade da lei

A expressão “princípios gerais do direito” é de uso corrente nos ordenamentos jurídicos e está expressa na maioria dos códigos civis e de processo civil do mundo ocidental. Com a crescente tendência de constitucionalização do Direito Civil, consequência dos movimentos sociais e políticos de cidadania e inclusão, os princípios gerais têm-se reafirmado cada vez mais como uma importante fonte do direito e têm-se mostrado para muito além de uma supletividade. Eles se revestem de força normativa imprescindível para a aproximação do ideal de Justiça. Apenas a título de exemplo, e para ajudar a dar lógica ao desenvolvimento do raciocínio que se pretende aqui desenvolver, vejamos os textos normativos de alguns ordenamentos jurídicos em que a expressão princípios jurídicos aparece integrada à própria lei:

- no Direito brasileiro, art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Art. 126 do Código de Processo Civil - “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito”.

- no Direito espanhol, Art. 1º do Código Civil: “1º *Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*(...) 4 – *Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*”.

- no Direito português, Art. 1º do Código Civil: “1 – São fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas. 2 – Consideram-se leis todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes; são normas corporativas as regras ditadas pelos organismos representativos das diferentes categorias morais, culturais, económicas ou profissionais, no domínio das suas atribuições, bem como os respectivos estatutos e regulamentos internos. 3 – As normas corporativas não podem contrariar as disposições legais de carácter imperativo”.

- no Direito argentino, Art. 16 do Código Civil: “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”.

Com a evolução e desenvolvimento de um direito civil-constitucional, os princípios ganharam uma força normativa muito maior e, conseqüentemente, perderam seu carácter de mera supletividade como anunciado nos textos legislativos acima transcritos. É equivocada a idéia e o pensamento de que os princípios vêm por último no ato interpretativo integrativo. Ao contrário, os princípios, como normas que são, vêm em primeiro lugar e são a porta de entrada para qualquer leitura interpretativa do Direito.

Independentemente da expressão “princípios gerais” estar escrita nos códigos civis ou em leis ordinárias, esta fonte do direito está inscrita na concepção estrutural dos ordenamentos jurídicos e vêm, cada vez mais, ganhando força normativa com a constitucionalização do Direito Civil. As Constituições dos Estados Democráticos, na medida em que vêm renovando e absorvendo

a moderna noção de cidadania, têm declarado expressamente a importância dos princípios gerais como norteadores do Direito. A constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo, abre as suas disposições anunciando no Título 1: “Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político”

Pode-se dizer que os princípios gerais significam o alicerce, os pontos básicos e vitais para a sustentação do Direito. São eles que traçam as regras ou preceitos, para toda espécie de operação jurídica e têm um sentido mais relevante que o da própria regra jurídica. Não se compreendem aí apenas os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura universal. Os princípios constituem, então, os fundamentos da ciência jurídica e as noções em que se estrutura o próprio Direito.³⁴

1.4 Princípios gerais expressos e não expressos

Alguns princípios não estão escritos em um texto legal. Eles não necessitam estar escritos por que eles já são inscritos no espírito ético dos ordenamentos jurídicos, repita-se. Sua inscrição advém de uma fundamentação ética, como um imperativo categórico para possibilitar a vida em sociedade e, atualmente, está intrinsecamente ligado às noções de cidadania para viabilizar organizações sociais mais justas.

Crisafulli, citado por Bobbio, classifica os princípios gerais em expressos e não expressos. “Muitas normas, tanto dos códigos como da Constituição, são normas generalíssimas e, portanto, são verdadeiros e autênticos princípios gerais expressos”.³⁵ O art. 1º da Constituição da República do Brasil bem traduz alguns exemplos de princípios expressos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Estes princípios fundamentais expressos na Carta Magna são os princípios gerais a partir dos quais todo ordenamento jurídico deve irradiar, e nenhuma lei ou texto normativo pode ter nota dissonante da eles. Eles são os orientadores da nossa ordem jurídica e traduzem o mais cristalino e alto espírito do Direito.

³⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 1.220.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p.159.

Os princípios gerais não expressos são aqueles que estão contidos e subentendidos no texto legal, ou melhor, são

aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.³⁶

Podemos citar como exemplo o princípio da moralidade pública nos atos administrativos. Alguns princípios não expressos muitas vezes prevalecem sobre os expressos. O princípio constitucional da vitaliciedade dos juízes, por exemplo, não pode ter prevalência sobre o princípio da moralidade pública. Especificamente no Direito de Família, temos a monogamia, um princípio não expresso, que paira sobre todos os textos legislativos, isto é, nenhuma lei poderá contrariar este princípio jurídico, sob pena de se fazer necessário reorganizar todo o sistema. São baseadas neste princípio que estão organizadas juridicamente todas as formas de família conjugal. Ele não é um princípio moral, embora funcione como um ponto-chave das conexões morais. Ele é um princípio jurídico organizador. A interdição do incesto também é um princípio geral não expresso. Em razão deste princípio é que o legislador produz textos normativos proibindo o casamento de pessoas com determinado grau de parentesco. A interdição do incesto é um princípio universal organizador e viabilizador de qualquer organização social. Diferentemente do princípio da monogamia, que é um princípio de determinadas culturas, a interdição do incesto é um princípio fundamental e fundante de todas as culturas. Pode até haver variações em determinadas culturas ou organizações jurídicas dessas proibições, mas o princípio é universal. Este é um típico exemplo de princípio não expresso, que não necessita estar escrito, pois ele já está inscrito em cada um e em todos os membros da organização social e jurídica. A proibição do incesto interessa particularmente ao Direito porque é o primeiro interdito do homem e da cultura, isto é, é a primeira lei de qualquer organização social e jurídica. Mas é na antropologia que vamos buscar seus elementos de compreensão, para trazê-los para o Direito como lei ou princípio fundante:

A proibição do incesto não é nem puramente de origem cultural nem puramente de origem natural, e também não é uma dosagem de elementos variados tomados de empréstimo parcialmente à natureza e parcialmente à cultura. Constitui o passo fundamental graças ao qual, pelo qual, mas sobretudo no qual se realiza a passagem da natureza à cultura.³⁷

³⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p.159.

³⁷ LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Trad. Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982, p. 2.

1.5 Normas e princípios gerais

A velha discussão entre os juristas, se princípio é norma jurídica ou não, parece estar ultrapassada depois que Norberto Bobbio em sua *Teoria do ordenamento jurídico*, com clareza e autoridade deu a última palavra sobre o assunto:

Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?³⁸

Bobbio foi taxativo porque pôde buscar, sobretudo, na obra de Kelsen as concepções mais aprofundadas de norma jurídica e seus problemas conexos com a existência do ordenamento jurídico, uma vez que é o conjunto ou complexo de normas que constitui o ordenamento jurídico. O mérito maior de Kelsen e o que mais lhe deu reconhecimento internacional foi, sem dúvida, no campo da teoria geral do direito, em que ele desenvolveu a *Teoria pura do direito*. Ao tentar empreender uma teoria sobre os ordenamentos jurídicos, purificada das ideologias políticas, acabou trazendo a melhor concepção de norma, norma fundamental e dinâmica do sistema normativo. Kelsen explica:

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta dos homens, surge à questão: o que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, porque é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?³⁹

Os princípios gerais são normas muito mais que qualquer outra norma, pois eles traduzem não somente o sentido de um ato de vontade, mas principalmente o “conteúdo de sentido”,⁴⁰ e o

³⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p.158.

³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 215.

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 10.

espírito da norma. Pode-se dizer, então, como Bobbio, que os princípios são normas generalíssimas, isto é, são as normas mais gerais do sistema e contêm o espírito que paira sobre todas as leis, cuja origem pode ser identificada, inclusive como uma norma fundamental.⁴¹ Josef Esser, um dos juristas que mais contribuiu para a reconstrução do conceito dos princípios gerais, também é assertivo ao dizer que “no fundo das normas positivas há sempre um princípio latente de direito que, uma vez descoberto, tem em si mesmo o impulso suficiente para ganhar automaticamente um nível igual ao da lei mesma”.⁴²

1.6 O princípio dos princípios: a norma fundamental – Kelsen e Freud

Bobbio, ao afirmar conclusivo que princípio é norma, foi buscar em Kelsen, como já dissemos, os recursos na teoria mais profunda sobre as normas jurídicas. Era inevitável que chegasse até a norma fundamental, autorizadora de todo sistema jurídico.

Norma fundamental, segundo Kelsen, é a fonte comum da validade de todas as normas de uma mesma ordem normativa. O fundamento de sua validade é, portanto, a norma fundamental, que constitui, por sua vez, a unidade de uma pluralidade de normas. Assim, todo sistema jurídico, para validar, legitimar e sustentar a eficácia das normas jurídicas apóia-se em uma norma maior autorizadora de todas as outras. A Constituição de um dado ordenamento jurídico, conhecida também como Lei Maior, é autorizadora de todas as outras normas. Esta Lei Maior é autorizada por uma Assembléia Constituinte, que por sua vez é autorizada em processo eleitoral, também autorizado por uma norma anterior. Se buscarmos em um *regressum infinitum* chegaremos a uma primeira lei que também teve seu pressuposto de validade em uma outra norma fundante de todo o sistema. Kelsen, ao explicar a dinâmica jurídica para buscar o fundamento de validade de uma ordem normativa, conduz-nos através de exemplos claros e objetivos, que a validade da norma é posta por qualquer autoridade, humana ou supra-humana, isto é, advém de alguém que tem capacidade, competência para estabelecer uma norma válida:

assim acontece quando se fundamenta a validade dos Dez Mandamentos com o fato de Deus, Jeová, os ter dado no Monte Sinai; ou quando se diz que devemos amar, os nossos inimigos porque Jesus, o Filho de Deus, o ordenou no sermão da montanha. Em ambos os casos, porém, o fundamento de validade, não expresso mas pressuposto, não é o fato de Deus ou o Filho de Deus ter posto uma determinada norma num certo

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p.158.

⁴² ESSER, Josef. *Princípio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961, p. 498.

tempo e lugar, mas uma norma: a norma segundo a qual devemos obedecer às ordens ou mandamentos de Deus, ou aquela outra segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos de seu Filho.⁴³

Nesse *regressum infinitum*, proposto por Kelsen, chegaremos a uma origem tão remota que já não se poderá mais investigar. Aí, onde já não se pode mais investigar, chegamos a uma autoridade ficcional, origem primeira de todas as normas.⁴⁴

Deve-se obedecer aos mandamentos de Deus, ou, deve-se obedecer às ordens do pai, é uma norma fundamental.⁴⁵ O fundamento de sua validade já não se pode mais indagar. O filho deve obedecer ao pai é uma premissa básica para a constituição do sujeito, e o porquê desta premissa é o próprio fundamento de validade desta norma. Esta origem mais remota de validade da norma, proposta por Kelsen, encontra em Freud um pressuposto de validade que Kelsen não havia respondido. Em outras palavras, a origem e o fundamento da norma autorizadora de todas as normas estão na necessidade de um interdito primeiro, primordial e essencial, sem o qual não é possível a existência da cultura. É esta norma mais fundamental, ou seja, um interdito proibitório que possibilitou a passagem do estado de natureza, instintual, para a cultura. Essa norma fundamental é, portanto, fundante da cultura e da constituição do sujeito. Essa Lei-do-pai, para usar uma expressão lacaniana, constitui o passo fundamental da existência de uma organização social jurídica. Foi a partir dessa primeira lei, o interdito proibitório do incesto, e com a ajuda do mito de Édipo, que Freud inaugurou e fundamentou a Psicanálise.⁴⁶ Arriscamos a dizer que os fundamentos da Psicanálise, com a teoria da Lei-do-pai, ajuda-nos a compreender a origem de todas as leis, até mesmo onde Kelsen dizia que já não se podia mais indagar. A partir desse ponto podemos dar um passo adiante, buscando em Freud e nas origens ficcionais o interdito necessário de toda e qualquer cultura, que é, em última análise, o mesmo pressuposto lógico-transcendental de Kelsen:

(...) é que as proibições morais e as convenções pelas quais nos regemos podem ter uma relação fundamental com esses tabus primitivos e, finalmente, porque uma explicação do tabu pode lançar luz sobre a origem obscura de nosso próprio *imperativo categórico*.⁴⁷

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 216.

⁴⁴ MARI, Enrique E. La teoría de las ficciones em Jeremy Bentham. In: *Derecho y psicoanálisis – Teoría de las ficciones y función dogmática*. Buenos Aires: Hachete, 1987, p. 17-46.

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes, 1998, p. 226.

⁴⁶ FREUD, Sigmund. Totem e tabu. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Orizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1969, v. XIII, p. 20-37.

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes, 1998, p. 42.

Assim, Freud e Kelsen, pensadores de uma mesma época, estavam falando a mesma coisa, usando recursos e linguagens diferentes. Esses dois discursos, de campos de conhecimento aparentemente tão diferentes, podem hoje ser identificados como complementares. E, neste encontro de dois campos do conhecimento, Direito e Psicanálise, é que nos autoriza dizer que a primeira lei, ou melhor, a norma primeira, e que dá validade a todas as outras normas, é uma norma de Direito de Família: a Lei-do-pai.⁴⁸

1.7 Princípios, regras, colisão e a contribuição de Robert Alexy

A concepção sobre o caráter normativo dos princípios gerais ficou consolidada em Bobbio, Del Vecchio, Esser e Dworkin. Mas foi Robert Alexy⁴⁹ quem deu passos adiante, ao elaborar uma teoria que fez uma distinção entre princípios e regras e enfrentou a questão da colisão dos princípios. Marcelo Gallupo, Professor na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, acrescenta a reflexão:

Com Alexy, a grande questão já não será pura e simplesmente sobre a existência dos princípios gerais do direito, que com a consolidação do Estado democrático de direito passam por um processo de constitucionalização que os transforma, evidentemente, em princípios constitucionais.⁵⁰

Regras e princípios fazem parte de uma categoria normativa, pois ambos dizem o que deve ser e são razões de juízos concretos do dever ser. A distinção e a compreensão desses dois tipos de normas constituem um dos pilares essenciais da teoria dos direitos fundamentais e nos ajudará a enfrentar a questão da colisão de princípios e do conflito de regras.

Embora a distinção entre princípios e regras seja uma discussão antiga, ela permanecia confusa até que Robert Alexy veio trazer sua contribuição, demarcando conceitos, trazendo nova terminologia e reunindo os grandes teóricos sobre o assunto. Vários autores de várias épocas e de ordenamentos jurídicos diversos propuseram numerosos critérios para distinguir os dois tipos de normas. Mas foi Alexy quem trouxe a grande contribuição. Citando Esser, ele diz que o critério mais utilizado é o de generalidade, ou seja, é aquele que considera os princípios como normas de um grau de generalidade relativamente alto e as regras são normas de generalidade

⁴⁸ CUNHA PEREIRA, Rodrigo. A primeira lei é uma lei de direito de família: a lei do pai e o fundamento da lei. In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coords.) *Direito de família e psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 17-30.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81.

⁵⁰ GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos. A contribuição da obra de Alexy. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte: PUC-Minas, v. 1, n. 2, p.135, 1998.

relativamente baixa.⁵¹ Assim, o grau de generalização ou abstração seria o vetor que os diferenciaria. Alexy, ao afirmar que este critério não é o mais adequado, propõe sair da idéia da quantidade de generalização para adotar um critério mais qualitativo, uma distinção mais precisa e mais correta:

El punto decisivo para la distinción entre reglas e principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerce exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el âmbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.⁵²

Feita a distinção entre as duas categorias normativas, princípios e regras, e que sem dúvida a melhor é a de Alexy, é preciso mencionar o problema da colisão de princípios, ainda que sinteticamente. Este problema tomou corpo e importância com a evolução, desenvolvimento e revalorização dos direitos fundamentais nas Constituições dos Estados Democráticos. Vários autores já trataram deste assunto com muita clareza e competência. Desnecessário, portanto, sob pena de empobrecer o muito já feito, tecer novas teorias e concepções sobre a velha, e ao mesmo tempo moderna questão da colisão de princípios. As considerações aqui trazidas a este respeito, assim como as considerações deste capítulo primeiro, são apenas para encadear um raciocínio lógico jurídico que nos conduzirá ao que realmente interessa neste trabalho, ou seja, estabelecer princípios norteadores para o Direito de Família.

1.8 Colisão de princípios

Já afirmamos no início do presente capítulo que vivemos em uma sociedade pluralista e multicultural, na qual interesses diferentes devem conviver e compartilhar o mesmo espaço. Vivemos

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86-87.

na era de Constituições compromissórias, o que significa que as Cartas Constitucionais comprometem-se com os mais diferentes setores da sociedade, abrigando interesses, inclusive, contrapontos.

Diante disso, tornou-se inevitável o choque de tais interesses e valores que, muitas vezes, estão representados juridicamente através de princípios. Já sedimentamos que tais tensões existem, apenas, no caso concreto, pois, no plano abstrato, todos os princípios são harmônicos. Neste aspecto, muito prudente é a advertência de Tereza Negreiros:

A concretude do caso, no entanto, não nos deve ofuscar e nos fazer perder de vista a necessária função interpretativa que os princípios exercem para a manutenção da unidade do sistema e da sua adequação valorativa. É preciso, portanto, fundamentar a solução concreta à luz de todo o ordenamento jurídico, operando-se uma coordenação normativa que não se rege por um raciocínio lógico-formal, mas por uma ponderação valorativa ou, mais especificamente, teleológica.⁵³

Muitos autores formulam respostas e saídas no caso de tais colisões. A maioria deles propõe soluções através da diferenciação entre regras e princípios. Robert Alexy,⁵⁴ por exemplo, entende que regras devem ser aplicadas na forma do tudo ou nada, por serem formas mais herméticas, fechadas, de dizer o Direito. Já os princípios são mandados de otimização, que devem ser aplicados na maior medida possível. Em um conflito entre princípios, devemos tentar encontrar uma forma de aplicá-los e impor-lhes o menor grau de sacrifício possível. Devemos, portanto, ponderar os princípios em jogo, atribuindo-lhes pesos, de modo a encontrar o conteúdo e o grau de aplicabilidade de cada princípio no caso concreto. Princípios são mandados *prima facie* e não definitivos, ao passo que as regras são mandados que se aplicam ou não se aplicam.

Marcelo Campos Galuppo discorda da posição de Robert Alexy em razão de sua proposta pressupor uma hierarquia entre princípios, o que seria impossível, mesmo que não se trate de uma hierarquização absoluta, mas condicionada, visto que é tratada tendo-se em vista o caso concreto.⁵⁵ Apenas valores poderiam ser hierarquizados, mas não princípios.

Klauss Gunter⁵⁶ critica a teoria de Alexy por entender que a forma com a qual ele lida

⁵³ NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 354.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, *passim*.

⁵⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 175.

⁵⁶ GUNTER, Klauss. *The sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*. Albany: State University of New York, 1993, p. 217.

com os princípios os coloca como se fossem valores; princípios são normas e, como tal, devem seguir diretrizes deontológicas e não axiológicas. Graduar os princípios não é possível, por terem eles códigos binários, isto é, aplicam-se ou não a determinadas situações concretas. Por isso, o que se deve fazer em um choque de princípios é adequá-los, não ponderá-los, de modo que o intérprete possa, através de uma escolha racional, optar pelo princípio mais adequado ao caso concreto, que possa atender aos ditames do Direito enquanto integridade, como afirmou Ronald Dworkin.⁵⁷ Ele defende que a solução mais adequada é aquela que atenda aos ditames de justiça, moralidade e equidade, de modo a atribuir legitimidade ao Direito.

Enfim, a colisão de princípios depara-se entre duas alternativas ou correntes de pensamento: ponderação ou adequabilidade; qual seria a melhor solução para o caso de choque de princípios? Já frisamos a relevância do posicionamento de Robert Alexy, pois foi um dos primeiros pensadores a alavancar, juntamente com Ronald Dworkin, uma discussão mais atual acerca dos princípios. Por essa razão, a melhor saída em um caso de colisão de princípios, de direitos ou de deveres fundamentais, é recorrer à ponderação dos bens jurídicos em jogo. Não se proclama, é certo, a hierarquia absoluta entre princípios. Entretanto, não podemos deixar de observar a ascensão da dignidade humana na ordem jurídica, ou, em outras palavras, a prevalência do sujeito, em detrimento do objeto nas relações jurídicas.

Assim, não há como se evitar que, em uma colisão de princípios, o intérprete busque a melhor forma de alcançar a dignidade da pessoa humana, ou seja, a dignidade deverá sempre preponderar. Por conseguinte, é impossível negar a existência de uma primazia ou, como preferem alguns autores, de uma hierarquia deste princípio sobre os outros. Afinal, se verificarmos a disposição topográfica da Carta Constitucional, a dignidade da pessoa humana, que se encontra em seu art. 1º, III, juntamente com os demais objetivos da República Federativa do Brasil, deve informar todo o sistema jurídico, que nos leva a uma inevitável hierarquia principiológica.

Devemos examinar, por conseguinte, em um caso de colisão, qual princípio deve ceder ao outro, de modo que se alcance e se garanta, de forma indubitável, a dignidade da pessoa humana.

1.9 Princípios fundamentais e norteadores para o direito de família - A função dos princípios

Os textos legislativos (regras) não conseguem acompanhar a realidade e a evolução social da família. Nem mesmo o Código Civil, em vigor a partir de janeiro de 2003, contempla todas as indagações e inquietações do Direito de Família contemporâneo. A vida e as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação. Os costumes, como uma importante fonte do direito, vão impulsionando os operadores do Direito para uma constante reorganização do Direito de Família, obrigando-os a buscar em outras fontes do Direito os elementos

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 272.

necessários àquilo que mais se aproxima do justo. Entre todas as fontes do Direito, nos “princípios gerais” é onde se encontra a melhor viabilização para a adequação da justiça no particular e especial campo do Direito de família. É somente em bases principiológicas que será possível pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes.

Os princípios exercem uma função de otimização do Direito. Sua força deve pairar sobre toda a organização jurídica, inclusive preenchendo lacunas deixadas por outras normas, independentemente de serem positivados, ou não, isto é, expressos ou não expressos. Eles têm, também, uma função sistematizadora:

sem os princípios não há ordenamento jurídico sistematizável nem suscetível de valoração. A ordem jurídica reduzir-se-ia a um amontoado de centenas de normas positivas, desordenadas e axiologicamente indeterminadas, pois são os princípios gerais que, em regra, rompem a inamovibilidade do sistema, restaurando a dinamicidade que lhe é própria.⁵⁸

Em razão da importância desta fonte do Direito é que se faz necessário elencar para o Direito de Família alguns princípios que são vitais e fundamentais, e sem os quais não é possível a aplicação de um direito que esteja próximo do ideal de justiça. Esses princípios têm assento em uma hermenêutica constitucional que traduz, por sua vez, o mais cristalino espírito de uma ordem civil, ou seja, de um Direito Civil-Constitucional:

1. Princípio da dignidade humana.
2. Princípio da monogamia.
3. Princípio do melhor interesse da criança/adolescente.
4. Princípio da igualdade e respeito às diferenças.
5. Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal.
6. Princípio da pluralidade de formas de família.
7. Princípio da afetividade.

Antes de passarmos à análise e consideração de cada um desses princípios norteadores é necessário fazermos uma reflexão e considerações sobre os conteúdos inconsciente e subjetivo, presentes em toda e qualquer análise ou leitura interpretativa que se faça sobre esses princípios.

Além disso, e para estarmos afinados com um Direito de Família mais contemporâneo, é necessário também fazermos uma diferenciação entre moral e ética. Esta distinção, além de evitar julgamentos e juízos moralistas, poderá impedir a repetição de injustiças históricas e de exclusão de determinadas categorias de pessoas e institutos jurídicos.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 215.

Capítulo 2

A SUBJETIVIDADE NA OBJETIVIDADE DOS ATOS E FATOS JURÍDICOS

2.1 A outra dimensão da lei

O Direito é uma eficaz técnica de organização social e, portanto, uma sofisticada técnica de controle das pulsões. Isto significa que para existir o Direito é necessário que haja interditos e proibições. A primeira lei organizadora das relações sociais é uma lei de Direito de Família, conhecida como Lei-do-pai, ou Lei do incesto. É esta Lei primeira que funda a cultura, isto é, possibilita a passagem da natureza para a cultura. Esta passagem do estado instintual para um estado de aculturação acontece todos os dias com cada criança, em qualquer sociedade humana. Esta primeira Lei constitui o passo fundamental e fundante do sujeito. Isto acontece quando o pai, ou melhor, um pai, já que o pai não é necessariamente biológico, intercepta o desejo da mãe, colocando-se entre ela e o filho, fazendo um corte naquela simbiótica relação. Com este interdito, ocorre a separação mãe-filho e surge a possibilidade de existir um “sujeito”, ou, em linguagem mais comum para o campo jurídico, a “pessoa”. Esta lei simbólica é o que Freud chamou de interdição do incesto, cujo representante é o pai e os seus mecanismos e estruturação estão descritos em um de seus textos mais conhecidos, *Totem e tabu*.⁵⁹

Assim, as leis jurídicas existem a partir desta primeira Lei, e são, na verdade, modalidades de expressão daquela lei simbólica. O Direito surge como uma exigência da civilização, ou seja, o desenvolvimento da civilização impõe restrições às pulsões e ao gozo, e repousa sobre a supressão dos instintos. Esta é a função do Direito e a razão de sua existência: barrar a tendência do homem a fazer do outro o objeto de dominação ou de suas pulsões destrutivas. É que, os homens buscam satisfazer suas pulsões no outro. É no seu próximo que se tenta satisfazer a agressividade, explorar sua capacidade de trabalho sem compensação, utilizá-lo sexualmente sem seu consentimento, fazê-lo sofrer, etc. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe restrições à total liberdade, e a lei jurídica exige que ninguém fuja a essas restrições.⁶⁰

Neste sentido, o homem, na busca para saciar o seu gozo, faz do outro um objeto. Portanto, o Direito lida também com o gozo. “É nisso mesmo que está a essência do Direito –

⁵⁹ CUNHA PEREIRA, Rodrigo. A primeira lei é uma lei de direito de família: a lei do pai e o fundamento da lei. *In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coords.) Direito de família e psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 17-30.

⁶⁰ FREUD, Sigmund. O mal estar na civilização. *In: Obras psicológicas completas*. Trad. José Octávio de A. Abreu. Rio de Janeiro: Imago, v. XXI, p. 115.

repartir, distribuir, retribuir, o que diz respeito ao gozo.”⁶¹ Mas, afinal, o que é o gozo? Como diz o próprio Lacan, o gozo tem apetite de morte, e a lei jurídica se relaciona com o gozo na medida em que ela vem barrar os excessos gozosos. O conceito de gozo na Psicanálise surge e toma realce com Lacan, e segundo o psicanalista e doutor em Filosofia, Antônio Quinet,

engloba a satisfação pulsional e seu paradoxo de prazer e desprazer, implicando a ausência de barreira entre o princípio do prazer e seu para-lém. Há, entre os dois, um *continuum*, isto é, não existe entre eles solução de continuidade. Se existissem apenas pulsões sexuais, não haveria paradoxo. Há paradoxo porque a pulsão de morte aí se mistura e exige satisfação. A pulsão de morte está de tal forma intrincada com as demais pulsões que Freud, em ‘Para além do princípio do prazer’ chega a afirmar que o ‘princípio do prazer parece na realidade, servir às pulsões de morte’.⁶²

Se prazer, desprazer, pulsões sexuais, pulsão de morte fazem parte da estrutura do funcionamento do sujeito humano, se o inconsciente faz também parte desta estrutura e “burla” a lei da consciência ou da suposta objetividade, o Direito não pode se negar a essas evidências, sem pagar o alto preço de ver seus objetivos frustrados e ineficazes em seus efeitos reguladores. E mais, o Direito deve saber qual é o seu lugar de interferência nesta estrutura.

Se o Direito tem uma relação direta com o gozo, significa que suas ações e o desenvolvimento dos atos e fatos jurídicos e julgamentos não estão apenas na ordem da objetividade. Há, pois, outras razões determinantes na vida do Direito e em sua aplicabilidade que não estão apenas no mundo visível e aparente. Giorgio Del Vecchio já havia dito isto na década de 30, do século passado, ao lembrar uma sentença de Vico, dizendo que se o mundo civil foi criado pelo homem, os seus princípios devem encontrar-se na própria mente humana. Del Vecchio conclui dizendo que é preciso conhecer os processos psíquicos para compreender a origem do direito. E uma vez estabelecidas as leis, elas se dirigem à consciência de cada um e requer obediência, e assim, regressam ao mesmo espírito que as originou: “o direito desenvolve-se inteiramente na ordem dos factos psíquicos; e à mesma pertencem ainda, por certo aspecto, os ideais que nos servem de critério estimativo nas normas jurídicas positivas”.⁶³

Mais de meio século depois de o jusfilósofo italiano chamar a atenção da relação do

⁶¹ LACAN, Jacques. *O seminário*. Livro 20: Mais, ainda. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 11.

⁶² QUINET, Antônio. O gozo, a lei e as versões do pai. In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coords.) *Direito de família e psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 56.

⁶³ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1959, v. II, p. 21.

direito com os processos psíquicos internos, o jurista e psicanalista francês, Pierre Legendre, traz novas contribuições a essa reflexão. Obviamente isto só foi possível porque, além da Psicanálise ter dado passos largos com Jacques Lacan, o próprio Legendre promoveu o encontro destes dois campos do conhecimento, Direito e Psicanálise, aparentemente opostos, já que um lida com a objetividade, e o outro com a subjetividade. Em um de seus primeiros trabalhos, *L'amour du censeur*, Legendre inova, introduzindo um discurso que é produto do encontro destes dois campos do conhecimento. Ele nos diz que o fenômeno jurídico é um sistema ficcional essencial para as organizações sociais e que o princípio da razão e a função dogmática do direito é que orientam e conduzem estas montagens institucionais. Entretanto, a Psicanálise, ao anunciar um outro sujeito, o sujeito do inconsciente, provoca uma perturbação na tradição jurídica:

*La psychanalyse – rejeton de l’Aufklärung – a troublé le repertoire classique, extraordinairement dépendant de la tradition juridique lorsqu’il s’agit de traiter d’institutions et de propager les savoirs politiques (...) Freud a fait une sortie, montrant que se joue quelque chose, pour lè compte d’une autre scène (...) Freud a lésé la majesté.*⁶⁴

Mais tarde, em outro texto, “Seriam os fundamentos da ordem jurídica razoáveis?”, Legendre reafirma: “o direito se origina também de uma cena não jurídica, que remete a outra cena freudiana: o direito surge de um duplo registro: enunciados e representações”.⁶⁵

Não é nenhuma novidade falar dos elementos ficcionais tradicionais, com os quais o Direito vai construindo o que podemos chamar de fenômeno jurídico. O enunciado “todos são obrigados a conhecer a lei”, ou mesmo o chamamento de um réu através de um edital, por exemplo, são premissas, sem as quais não seria possível operacionalizar o Direito. Sem o pressuposto de que todos conhecem a lei seria fácil escapar de uma determinada lei, bastando para isto a alegação de seu desconhecimento, até porque o “não saber” faz parte da estrutura humana. Da mesma forma o chamamento de alguém desaparecido, ou em lugar incerto e não sabido, para compor o pólo passivo de um processo judicial, ou mesmo os proclamas para impor impedimentos ao casamento, são enunciados necessários à operacionalização dos aparelhos de Estado e sem os quais não haveria a formação de um processo e conseqüentemente não seria dado o direito a quem alega tê-lo. A prática do Direito, portanto, não seria possível

⁶⁴ LEGENDRE, Pierre. *L'amour du censeur* – essai sur l'ordre dogmatique. Paris: Seuil/Le Champ Freudien, 1982, p. 18. Trad. livre: A Psicanálise – rebento do Aufklärung – perturbou o repertório clássico, extraordinariamente dependente da tradição jurídica quando é o caso de tratar de instituições e de propagar os saberes políticos (...) Freud produziu uma saída, mostrando que se representa alguma coisa por conta de uma outra cena (...) Freud lesou a majestade.

⁶⁵ LEGENDRE, Pierre. Seriam os fundamentos da ordem jurídica razoáveis? Trad. Laurice Levy. In: ALTOÉ, Sônia (Org.). *Sujeito de direito e sujeito do desejo*. Rio de Janeiro: Revinter, 1999, p. 17.

sem esses enunciados, que são ficções, já que é impossível a qualquer cidadão comum, e hoje até mesmo a um profissional do Direito, conhecer todas as leis; também os proclamas e editais não têm funcionamento prático, ou seja, eles não atingem e nem chamam efetivamente quase ninguém.

A novidade é trazer para o campo jurídico a compreensão de que o Direito não só necessita e se alimenta dos tradicionais elementos ficcionais, mas principalmente surge de uma ficção. Dito de outra maneira, a primeira lei, investigada em um *regressum infinitum*, para usar as palavras de Kelsen, é uma lei ficcional. Para Freud, esta lei possibilitadora da cultura é a Lei-do-pai, o interdito proibitório do incesto (ver cap. 1) que é uma lei simbólica, e sem ela não há o sujeito. Peter Goodrich, traduzindo o trabalho de Legendre, nos ajuda a concluir que colocando a ficção no âmago do Direito, teremos acesso a uma outra dimensão da lei:

*Legendre's goal, is to place fiction at the very core of legal interpretation. By bringing forth fiction as the law's originary core, Legendre shows the fundamentally satiric structure that legal critique must have, if it is to enjoy some limited immunity from its own reflexive character.*⁶⁶

Esta outra dimensão da lei está contida em sua objetividade. É a construção da subjetividade e da instituição social do desejo pela qual o sujeito vem a reconhecer a autoridade ou paternidade. Isto é possível em razão da origem ficcional do Direito. E é por esta origem ficcional, que se instala a lei, a autoridade. Por ser assim, que se torna possível para o Direito de Família contemporâneo compreender que a paternidade é uma função, e em razão disso que se desenvolveu a teoria da paternidade desbiologizada ou socioafetiva. Por isso o pai é uma representação simbólica, e o que interessa para a existência do sujeito não é propriamente “o pai”, mas “um pai”. Um pai, quer dizer, a autoridade, um outro que se interponha como autoridade:

The other dimension of law is therefore that dimension that, by taking into account the biological and social elements of subjectivity, forces us to consider the function of the institution as a bond, which integrates the elements of subjectivity, the subject and its unconscious representations. What follows is a change of perspective on the role of the sciences in law, on the notion of society as such, and on the concept of the person itself.

⁶⁶ GOODRICH, Peter. Translating Legendre, or The poetical Sermon of a Contemporary Jurist. In: GOODRICH Peter; CARLSON, David Gray (Ed.). Law and Postmodern Mind-Essays on Psychoanalysis and Jurisprudence. Michigan: University of Michigan, 2001, p. 10. Trad. livre: O objetivo de Legendre é colocar ficção no âmago da interpretação legal. Trazendo a ficção como núcleo original do direito, Legendre mostra a estrutura fundamentalmente satírica que a crítica legal deve ter, se é para desfrutarmos alguma imunidade limitada do seu próprio caráter reflexivo.

*Psychoanalysis is a knowledge of the subject and comes to modify the occidental idea of how we conjure ourselves from the power to institute and from its relation to the question 'What is life'?*⁶⁷

A vida do Direito começa, então, com uma lei ficcional e se desenvolve a partir daí, e é esta lei primeira que possibilita o acesso à linguagem. O Direito é, antes de mais nada, uma operação do discurso, e a normatividade só funciona se este discurso for apropriado na forma dogmática. Entende-se por forma dogmática do discurso aquele que diz sempre a verdade. Mas isto nos remete ao impossível. O dogmatismo jurídico fica, portanto, abalado quando se desvenda que a verdade normativa é apenas uma verdade. Há outras verdades. Há a subjetividade e o sujeito do inconsciente. Por isto, Legendre, em *L'amour du censeur*, nos diz que a Psicanálise, ou melhor, Freud “lesou a majestade”.

2.2 A introdução da psicanálise no discurso jurídico

Foucault, em um de seus últimos trabalhos, *A verdade e as formas jurídicas*, afirma que entre as práticas sociais que a análise histórica permite localizar são as práticas jurídicas, especificamente as práticas judiciais, em que mais presente está a subjetividade. O arbitramento de danos e responsabilidades e o modo pelo qual, na história do Ocidente se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados, como se impôs a determinadas pessoas punições, reparações, condenações e absolvições, são formas pelas quais a sociedade definiu tipos de subjetividade.⁶⁸ Esta subjetividade ou interpretação subjetiva está presente em todas as áreas do Direito. Mas é no Direito de Família que ela se presentifica mais fortemente e também é mais perigosa, em razão da relatividade e singularidade dos sujeitos aí envolvidos.

A importância da subjetividade na operacionalidade do Direito pôde ser melhor compreendida com a introdução da teoria psicanalítica no pensamento ocidental. A Psicanálise foi “inventada” por Freud no final do século XIX, com a publicação de vários textos a partir de 1886, e entre os mais importantes estão *Estudos sobre a histeria* (1893) e *Interpretação dos sonhos* (1900). Ela se desenvolveu ao longo do século XX e tomou novo impulso a partir das décadas de

⁶⁷ LEGENDRE, Pierre. The other dimension of law. In: GOODRICH Peter; CAWSEN David Gray (Ed.) Law and postmodern Mind: essays on psychoanalysis and jurisprudence. Michigan: University of Michigan, 2001, p. 190. Trad. livre: A outra dimensão da lei é, portanto, aquela que levando em conta os elementos biológicos e sociais da subjetividade, nos leva a considerar a função da instituição como um vínculo que integra os elementos da subjetividade, o sujeito e as suas representações inconscientes. Na seqüência, há uma mudança de perspectiva das ciências sobre a lei e na noção de sociedade como ela é e também no conceito da própria pessoa. A Psicanálise é um conhecimento que veio para modificar a idéia ocidental de como nós nos posicionamos frente à força daquilo que nos é imposto e da seguinte questão: “O que é a vida ?”

⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto C. de M. Machado e Eduardo J. Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2002, 11.

60/70, com Jacques Lacan, que inclusive desenvolveu sua teoria a partir da observação de processos judiciais (ver item anterior). Com a revelação ao mundo da existência do inconsciente, o pensamento ocidental, em todas as suas vertentes, tomou outro rumo. A literatura, as artes, o cinema, a sociologia, enfim a compreensão de que a psiquê é composta pelo consciente e o inconsciente mudou as formas de se ver o mundo. Foi assim, inclusive, com o pensamento jurídico e até mesmo Kelsen, influenciado por este novo pensamento, refez algumas de suas teorias. O Professor na Universidade de Manchester, Neil Duxbury, em seu texto *Explorando a tradição legal*, fala desta recente história do encontro entre Direito e Psicanálise:

At the beginning of this century the Russo-Polish jurist Leon Petrazycki proposed a theory of legal psychology, arguing that law, as an intuitively intelligible component of the human mental process, is in essence constituted by individual feelings of moral obligation and responsibility. Around the same time, psychoanalytical theory was beginning to make a slight impact on American and European jurisprudential thinking. This impact was to become all the more significant when in the 1930s. Thurman Arnold and Jerome Frank presented arguments about the nature of legal reasoning, and the roles of both academic lawyers and judges, which were very clearly founded upon broad interpretations of psychoanalytic ideas and concepts. In the continental tradition, Hans Kelsen, though in his early work drawing a distinction between pure legal theory and psychological–sociological speculation, nevertheless attempted on occasion to conceive of the sovereignty of the state in Freudian psychoanalytic terms.⁶⁹

Jacques Derrida, um dos maiores filósofos contemporâneos, em um diálogo com a psicanalista e historiadora francesa, Elisabeth Roudinesco, realça a importância e a virtude subversiva de Freud e de como isto interferiu nos vários campos do conhecimento e setores da vida, e em especial no Direito:

Não são, repito, as teses freudianas que contam mais a meu ver, mas antes a maneira como Freud nos ajudou a pôr em questão um grande

⁶⁹ DUXBURY, Neil. *Exploring legal tradition: psychoanalytical theory in the Roman law in modern continental jurisprudence*. Massachusetts: p. 84. (mimeo). Trad. livre: No começo deste século, o jurista russo-polonês Leon Petrazycki propôs uma teoria da psicologia legal, discutindo o fato de que a lei, como um componente do processo mental humano intuitivamente inteligível, e em essência constituída por sentimentos individuais de obrigação moral e responsabilidade. Mais ou menos ao mesmo tempo a teoria psicanalítica estava começando a provocar um pequeno impacto no pensamento jurídico europeu e americano. Este impacto se tornaria notadamente mais significativo quando, nos anos 30, Thurman Arnold e Jerome Frank apresentaram idéias sobre a natureza do raciocínio legal e sobre o papel de advogados e juizes. Seus argumentos estavam muito claramente embasados em amplas interpretações de idéias e conceitos da Psicanálise. Na tradição ocidental, Hans Kelsen, apesar de, em seus primeiros trabalhos, apontar distinção entre a teoria do Direito Puro e a especulação psicológico-sociológica, tenta mais tarde conceber a soberania do Estado em termos da Psicanálise de Freud.

número de coisas referentes à lei, ao direito, à religião, à autoridade patriarcal, etc. Graças ao impulso do pontapé inicial freudiano, pode-se por exemplo relançar a questão da responsabilidade, em lugar de um sujeito consciente de si mesmo, respondendo soberanamente por si mesmo perante a lei, pode-se utilizar a idéia de um *sujeito* dividido, diferenciado, que não seja reduzido a uma intencionalidade consciente e egológica.⁷⁰

2.3 Subjetividade e inconsciente

Mas, afinal, o que é a subjetividade e como ela interfere ou perpassa os negócios, atos e fatos jurídicos e também os atos jurisdicionais? Se a psiquê é composta pelo consciente e o inconsciente, o que é o sujeito do inconsciente? Subjetivo é considerado aqui como o oposto de objetivo, ou seja, aquilo que não é da ordem da objetividade, uma polaridade à objetividade, assim como consciente e inconsciente. Na linguagem tecnicojurídica tradicional, direito subjetivo significa o poder de ação (processual), isto é, o direito atribuído ao indivíduo, titular ativo de um direito e o poder de exercitá-lo, contrapondo-se ao direito material no sentido do direito que dispõe de regras objetivas. “Denomina-se subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se em um poder de atuação jurídica reconhecido e limitado pelo direito subjetivo.”⁷¹ Entretanto, aqui interessa-nos pensar, não o direito subjetivo, mas a subjetividade que integra e perpassa os fatos e atos jurídicos e jurisdicionais. Subjetivo vem do latim *subjectivus* e é o que se refere ao sujeito e a ele se destina.⁷² É o sujeito com suas particularidades e sua singularidade. Neste sentido, a Psicanálise é revolucionária. Ela vem exatamente “resgatar” o sujeito com toda sua singularidade, subjetivismo e dar a ele um lugar de sujeito único. Na era da globalização, do mercado internacionalizado em que vamos nos reduzindo e tornando objeto de gozo do consumo e do capital e cada vez mais identificados através de um número, a Psicanálise vem trazer de volta a valorização do indivíduo, isto é, do sujeito.

A expressão sujeito foi introduzida na Psicanálise por Lacan, especialmente para tornar possível operar com a hipótese de que existe um outro sujeito, o sujeito do inconsciente.⁷³ E é a descoberta desta outra realidade psíquica, que se revela através do inconsciente, é que se pôde desvendar o sujeito e sua subjetividade. É paradoxal falar da subjetividade do sujeito pois a ele já está intrínseco a sua subjetividade, mas dizendo assim podemos reforçar a idéia de que a subjetividade está associada ao inconsciente, que por sua vez se vincula ao desejo, já que o desejo é inconsciente.

⁷⁰ DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã: diálogo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 211.

⁷¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 187.

⁷² SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2004, p. 1.328.

⁷³ KAUFMANN, Pierre. *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan*. Trad. Vera Ribeiro, Maria L. X. de A Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 502.

Para compreender essa cadeia de signos, significados e significantes e qual a interferência disto no Direito, é preciso trazer para o campo jurídico essas noções que a Psicanálise desenvolveu. Inconsciente não quer dizer inconsciência e nem mesmo uma segunda consciência. É um “lugar psíquico” particular que tem seus conteúdos, mecanismos e talvez uma “energia” específica.⁷⁴

Freud, ao revelar a existência do inconsciente, deu um sentido novo a esta expressão, que até então tinha um sentido negativo. O inconsciente escapa, falha, tropeça e quebra incompreensivelmente a continuidade lógica do pensamento e do comportamento da vida cotidiana. Ele revela-se através dos sonhos, atos falhos, esquecimentos, lapsos, etc. Em um texto de 1900, denominado *A interpretação dos sonhos*, Freud mostrou que os sonhos são o caminho, por excelência, para mostrar os sinais do inconsciente, e que eles são uma linguagem “cifrada” do inconsciente, mas têm uma estrutura psíquica e têm um sentido determinado. Neste mesmo texto, ele demonstra que Aristóteles já tinha consciência da vida onírica e já dizia que os sonhos não decorrem de manifestações sobrenaturais, isto é, não são de origem divina, ao contrário, são demoníacos, já que a natureza é demoníaca e não divina.⁷⁵

O inconsciente mostra-se também através da palavra (lapsos, ato falho, etc), que revela a verdade do desejo. Essas noções interferem na ciência jurídica na medida em que elas revelam o não-dito, aquilo que está por detrás da palavra da lei, dos dogmas jurídicos e das instituições. Esse desvendamento já foi feito por Pierre Legendre em vários trabalhos, especialmente em *L'amour du censeur*, quando ele fala da outra dimensão da lei e da função dogmática das instituições jurídicas e como a descoberta do inconsciente pôde desmontar a função dogmática da lei e das instituições.

No Direito de Família, a Psicanálise tem especial importância na medida em que, ao revelar o sujeito do inconsciente, estará trazendo à consciência a verdadeira razão de um litígio, por exemplo. Saber da existência do sujeito do inconsciente pode também desvendar muitos porquês de demandas judiciais, que são verdadeiras trajetórias de sofrimentos. O sujeito do inconsciente está presente nos atos e fatos jurídicos e judiciais e interfere mostrando uma “face oculta” e revelando, muitas vezes, um desejo recalçado. O inconsciente não conhece tempo e nem contradição. Trata-se de uma realidade psíquica e desconhece as relações lógicas de causa e efeito. Um registro inconsciente pode persistir e promover atos na pessoa sem que ela tenha noção de que aquele ato tem razões inconscientes antigas, e às vezes ressurgir e se mostra de forma travestida em atos de nossa vida cotidiana. Por exemplo, um juiz, ao conceder uma pensão alimentícia com o *quantum* mais elevado ou menos elevado não é somente pela demonstração das provas produzidas no processo para o binômio necessidade e possibilidade, mas certamente porque está presente ali sua concepção particular, autorizada pelo poder discricionário dos juízes para cada caso. Nesta discricionariedade

⁷⁴ LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário de psicanálise*. Trad. Pedro Tamem. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 236.

⁷⁵ FREUD, Sigmund. *A interpretação dos sonhos*. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1987, v. IV, p. 40.

dos juízes, ou seja, na singularidade dos julgadores, estão as suas inscrições inconscientes adquiridas ao longo da vida e, principalmente, na infância.

A Psicanálise, ou melhor, o inconsciente e a subjetividade interessam ao Direito porque, ao revelar uma realidade psíquica, possibilita-nos, além de romper o dogmatismo institucional do Direito, compreender alguns processos patológicos irracionais muito comuns e freqüentes no cotidiano da prática jurídica. Mas, o que interessa diretamente ao Direito não é a clínica psicanalítica ou a sua terapêutica. A importância desse outro campo do conhecimento para o Direito é que ele introduziu um discurso que revolucionou o pensamento ocidental, e no campo jurídico, como disse Legendre, *lesou a majestade*. Assim se iniciou uma nova revolução copernicana que trouxe a “peste” ao renegar fundamentalmente as bases do cogito cartesiano: “O eu não é mais senhor em sua própria casa” (Freud).⁷⁶

2.4 Sujeito de direito, sujeito de desejo e o seu objeto: desejo, logo existo e tenho direitos

Todo homem é sujeito de direito, embora historicamente estiveram excluídos os escravos e estrangeiros que tiveram recusada sua personalidade jurídica. Da mesma forma estiveram excluídos parcialmente em razão de uma capacidade relativa, as mulheres e os índios. Se considerarmos que a definição de sujeito de direito está atrelada a questões de inclusão e exclusão no laço social de determinadas categorias ou pessoas não há como desatrelar esta noção a razões ideológicas e morais. Veja, por exemplo as exclusões feitas através do selo da ilegitimidade, das famílias não constituídas pelo casamento e dos filhos havidos fora do casamento até 1988, do impedimento do voto das mulheres até 1934, e o não-reconhecimento pelo Estado das uniões de pessoas do mesmo sexo. A ilegitimidade ou legitimidade concedidas pelo Estado a determinadas categorias ou pessoas vão incluindo ou excluindo, ou seja, vão autorizando ou concedendo um lugar social ao sujeito de direito. Para ser um sujeito de plenos direitos não basta apenas que tenha capacidade jurídica no sentido clássico dos ordenamentos jurídicos. É necessário que além do requisito da capacidade de querer e de se determinar em relação aos outros que ele seja também reconhecido como sujeito, incluído em uma moralidade pública legítima e reconhecida pelo Estado. Esta legitimação, além dos ingredientes ideológicos, cujo substrato econômico é na maioria das vezes também determinante, está vinculada a uma moral sexual civilizatória. Ela é provocadora de injustiça, e de exclusão social, na medida em que ela exige de todos uma idêntica conduta moral e sexual, que só pode ser sanada pela desobediência a essas injunções morais.⁷⁷ Foi com base nessa moral civilizatória que o Direito de Família esteve assentado até recentemente no tripé sexo-casamento-reprodução. Com o avanço

⁷⁶ KAUFMANN, Pierre. *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan*. Trad. Vera Ribeiro, Maria L. X. de A Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 265.

⁷⁷ FREUD, Sigmund. Moral sexual civilizada e doença nervosa moderna. *In: Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1987, v. IX, p. 1976.

e desenvolvimento da ciência, de novas tecnologias e de um novo discurso sobre a sexualidade, e conseqüentemente de uma outra moralidade, proporcionada pelo advento da Psicanálise, esses elementos não estão mais atrelados. O casamento não é mais a única forma legitimadora das relações sexuais e não é mais necessário sexo para haver reprodução.⁷⁸

A descoberta do sujeito do inconsciente revela, além de uma realidade psíquica, que o desejo é inconsciente e que o sujeito é também desejo, pois onde se encontra o desejo está o sujeito. Desejo, logo existo. Portanto, o sujeito é essencialmente desejo. Freud e Descartes convergem neste aspecto. Descartes parte do pensamento e conclui a existência. Freud parte do pensamento inconsciente e chega no desejo.⁷⁹

Assim o sujeito do direito é esse mesmo sujeito de desejo, ou seja, um sujeito desejante. Por que o sujeito de direito, ativo ou passivo na relação jurídica, paga pensão alimentícia ou não, casa, separa, rompe deveres do casamento, reconhece ou não a paternidade, enfim, cumpre ou descumpra deveres estabelecidos na lei jurídica, pratica atos ou negócios desta ou daquela maneira? Todos estes atos, que inclusive se tornam fatos jurídicos, são determinados, predeterminados, permeados ou perpassados pelo desejo. Dito de outra maneira, em todas as relações jurídicas, o objeto e o sujeito do direito e de direitos são determinados pelo desejo, muitas vezes inconsciente.

Se a relação jurídica pressupõe sujeito e objeto é preciso compreender que aí está presente também o sujeito do inconsciente, o sujeito desejante e que o objeto da relação está também vinculado ao gozo, ou melhor, na faculdade ou possibilidade de se pretender um gozo.⁸⁰ Recorrendo novamente a Lacan em seu seminário *Mais, ainda*, livro 20, a essência do direito não é propriamente o gozo, mas a distribuição do gozo. Se a essência do direito é a distribuição, retribuição e repartição do gozo⁸¹ ele está ligado a um objeto do querer humano, que por sua vez vincula-se à vontade, necessidade e desejo.

2.5 Vontade, necessidade, desejo e gozo com o sofrimento

A vontade é sempre consciente e revela a manifestação exterior do desejo. É o ato do querer, de consentir. Ela é o elemento determinante das relações jurídicas obrigacionais. Nas relações do Direito de Família o elo determinante é o amor, o afeto, que está vinculado ao desejo, ao sujeito do inconsciente. Necessidade é consciente e é um estado que não se pode fugir ou dispensar e correndo o risco de uma simplificação poderíamos dizer que ela está antes da vontade e do desejo,

⁷⁸ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 30.

⁷⁹ QUINET, Antônio. *A descoberta do inconsciente: do desejo ao sintoma*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 14.

⁸⁰ DEL VECHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antonio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1959, v. II, p. 203.

⁸¹ LACAN, Jacques. *O seminário*. Livro 20: *Mais, ainda*. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 11.

ou melhor dizendo, seria seu substrato. Um recém-nascido, inicialmente, predomina a necessidade. Na medida em que vai crescendo é que começa a ter vontades. Podemos ter necessidade de alimentar e não ter vontade. Pode ser que não tenhamos necessidade de alimentar, mas tenhamos vontade de comer mais que o necessário em função de um desejo inconsciente. Este desejo, portanto, interfere na vontade e na necessidade. Serve-nos também como exemplo para ajudar a distinguir esses três conceitos às vezes semelhantes, às vezes distintos, as relações e objetos de consumo. A sociedade de consumo faz-nos consumir mais que o necessário. Ela inventa necessidades e faz-nos acreditar que determinados objetos ou coisas são realmente necessários. Esses objetos fazem nascer a vontade de consumir para além da necessidade. Eles se tornam objetos de desejo na medida em que acreditamos que eles podem suprir uma “falta”. Entretanto, consumir objetos de desejo não significa satisfazer o desejo, até porque sua fisiologia é querer sempre mais. Daí a definição de Lacan: desejo é desejo de desejo.

A necessidade pode e deve ser satisfeita. A vontade às vezes. O desejo nunca. É que é impossível satisfazê-lo. Ele sempre demandará outra satisfação. Ele parece acabar ao ser realizado, mas logo reinventa outra *demanda*. Não é possível de ser satisfeito porque é assim a nossa estrutura psíquica. Nosso destino é querer sempre mais e às vezes nem sabemos o quê. Paradoxalmente não ter tudo o que desejamos é exatamente o que nos faz viver. A nossa incompletude e o inexorável vazio são a nossa força motriz. O desejo é assim, estamos sempre tentando satisfazê-lo. Esse é o destino.

A ilusão da completude nos move em direção à realização dos desejos e à procura de objetos que preencham o que falta em nós. O outro pode significar apenas um objeto da nossa ilusão, de tamponamento da incompletude. Quando o amor acaba, e esses restos vão parar na Justiça, o litígio judicial muitas vezes significa apenas uma maneira, ou uma dificuldade de não se deparar com o desamparo. Assim, uma demanda judicial é também um não querer deparar-se com o real do desamparo estrutural.

Essas noções trazidas pela Psicanálise emprestam ao campo jurídico, particularmente ao Direito de Família, uma ampliação e compreensão da estrutura do litígio e do funcionamento dos atores e personagens da cena jurídica e judicial. Compreender a estrutura psíquica e o seu funcionamento possibilita uma *praxis* mais ética dos operadores do Direito.

Nas relações jurídicas e judiciais o desejo, a vontade e a necessidade se entrelaçam, confundem-se e podem provocar injustiças. Por exemplo, em um pedido de pensão alimentícia a discussão objetiva é entre a necessidade de quem vai receber e a possibilidade de quem vai pagar. Entretanto, quando a relação entre os sujeitos ali envolvidos está malresolvida, a objetividade se desvirtua a partir de elementos e registros inconscientes. Quem paga, sempre acha que está pagando muito e quem recebe sempre acha que está recebendo pouco. Se a necessidade é x , pensa-se que é $x + y$, como se o y fosse um “mais” para pagar um abandono, um desamor ou uma traição. Paga-se “menos” que a necessidade como se esse menos fosse uma punição pelo fim da conjugalidade. Vê-se aí que o desejo, o inconsciente interferem no direito, no “dever-ser”, ao

relativizar a necessidade, ou escamotear a possibilidade, alterando assim o curso de uma discussão que deveria ser apenas no campo da objetividade. O Judiciário e os advogados tornam-se instrumentos da busca da realização de um desejo inconsciente, cujo processo vem travestindo uma outra cena, que é da ordem da subjetividade. Compreender esta outra cena é não permitir ser instrumento de ilusão de satisfação do desejo oculto, é barrar o gozo, o excesso. Afinal, o Direito é um sistema de limites e de vínculos de vontade.⁸²

Gozar, no sentido do Direito Civil, é fruir as utilidades, desfrutar da coisa, mas preservando sua essência. É satisfazer-se dos prazeres que possam ser tidos ou tirados de alguma coisa.⁸³ Se o uso e o gozo estão juntos, tem-se então o usufruir, donde o desenvolvimento de toda a noção e teoria do usufruto. Lacan desenvolveu uma boa parte de sua teoria psicanalítica, e em especial o conceito de gozo, a partir desses elementos do direito. Para a Psicanálise, com já dito (ver item 2.1), o gozo envolve a satisfação pulsional e seu paradoxo com o prazer e o desprazer.

Fundindo o conceito de gozo destes dois campos do conhecimento e transportando-o para a prática e o cotidiano do Direito de Família, assistimos e constatamos, na maioria dos processos litigiosos, particularmente os de separação, uma eternização do litígio que significa também um gozo. O litígio é uma forma de não se separar e as partes permanecem ali unidas pelo ódio, pelo gozo com o sofrimento. O ódio, na verdade, une muito mais que o amor, mas estar unido pelo ódio, gozando através de um processo judicial, traz conseqüências nefastas e é a destrutividade dos sujeitos. É neste sentido que Lacan nos diz que o gozo tem apetite de morte. Goza-se com o prazer mas também com o sofrimento. O litígio judicial é uma história de degradação do outro. Mas como isto é inconsciente, as partes, na maioria das vezes, não percebem o mal que estão fazendo a si mesmas e principalmente aos filhos. Tudo isto em nome da busca por um direito, em que cada uma das partes está sempre convencida de que a outra é que está lesando o seu direito. Esta briga judicial é a própria inconseqüência e destrutividade, cujo discurso da aparência, ou seja, das razões objetivas, é justificável por um discurso objetivo. Este assujeitamento ao gozo é a alienação do sujeito, cuja teia foi tecida por ele mesmo, através de sua cadeia de registros inconscientes, ou melhor, das tramas do desejo.

Uma das grandes contribuições da Psicanálise à prática jurídica, é que ao nos revelar uma outra realidade que é psíquica, desvenda uma subjetividade e razões inconscientes (se é que o inconsciente tem alguma razão) que faz quebrar uma máxima jurídica: “o que não está nos autos não está no mundo”. Embora não esteja ali no mundo objetivo dos autos, as razões inconscientes e o gozo estão presentes, perpassando a cena objetiva do processo e dando ao mundo dos autos um destino muito diferente daquele que ele teria se estivessem presentes apenas os aspectos objetivos.

⁸² DEL VECHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antonio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1959, v. II, p. 275.

⁸³ SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2004, p. 661.

Ao trazer para a consciência do operador do Direito esta *outra cena*, tem-se a possibilidade de uma conduta mais ética com o simples fato de não nos permitirmos ser instrumentos do litígio e não contribuirmos para o assujeitamento das partes àquele gozo.

2.6 A clínica do direito

A grande contribuição da Psicanálise, como já dissemos, não é a clínica e sua terapêutica, mas a introdução de um discurso que revela uma realidade psíquica, que interfere e determina as relações jurídicas. Entretanto, ao revelar esta outra realidade, ela possibilita que os operadores do Direito tenham uma outra postura e uma outra conduta diante de seu trabalho.

Os promotores de Justiça e os juízes poderão entender que os atos jurisdicionais têm também uma função simbólica da maior importância na vida dos sujeitos envolvidos em um processo judicial. O juiz representa a autoridade necessária que vem barrar, colocar limite. O ato de decidir quer dizer também *parem de gozar*. A sentença põe fim a uma demanda que fará com que os sujeitos possam reorganizar a vida de outra forma, por outros caminhos, e pelo menos ali, onde se depositou os restos do amor, não se goza mais.

A Psicanálise faz instalar uma outra ética para a advocacia de família, a partir do momento em que passamos a compreender a presença da subjetividade nas demandas que se nos apresentam. A nova ética está em mostrar ao cliente que o seu verdadeiro interesse não é aquele que aparenta ser, por exemplo, não é sustentar o litígio. O verdadeiro interesse é resolver a demanda. Para isto é necessário compreender a subjetividade ali envolvida. A função do advogado deveria ser, então, separar a objetividade da confusão dos elementos subjetivos, para ajudar o cliente a organizar um texto jurídico. Se se consegue desfazer esta mistura de elementos objetivos e subjetivos, os aspectos jurídicos certamente se encaminharão para uma resolução do conflito. Devemos evitar que os processos judiciais se tornem uma “montagem perversa” e que nós, operadores do Direito, não sejamos instrumentos deste gozo que só traz sofrimento para as partes, e que em muitos casos os filhos são usados como moeda de troca do fim da conjugalidade. Esta nova ética da advocacia proporcionada pela compreensão do discurso psicanalítico conduz o advogado para uma direção, em que seu trabalho seja também uma *clínica do direito*.

2.7 Neutralidade, imparcialidade e subjetividade dos juízes

Até a introdução do discurso psicanalítico no pensamento contemporâneo ocidental não se podia fazer uma distinção entre neutralidade e imparcialidade. Com as noções de subjetividade e inconsciente foi possível compreender que a imparcialidade é diferente de neutralidade. É possível ser imparcial, mas neutralidade absoluta não existe. Ao decidir e sentenciar, o juiz deve ser imparcial, isto é, não se deve deixar contaminar pelas paixões, não

beneficiar ou prejudicar uma das partes, etc. Essas são noções óbvias, básicas e inerentes a qualquer julgador. A novidade trazida pela Psicanálise é de que os registros inconscientes em uma pessoa produzem efeito, contaminam e determinam o *dever-ser* e também o ato de julgar. É neste sentido que a neutralidade não existe. Exigir dos juízes neutralidade é sentenciar que eles deverão se *desumanizar* para ficarem livres e isentos de sua singularidade, de sua história e valores pessoais, abolir o inconsciente, enfim, *coisificá-los*.

Esta subjetividade dos juízes, inerente à condição humana, faz com que haja diferentes decisões sobre casos semelhantes ou idênticos. Cada caso traz, por ele mesmo, suas particularidades e variações. Mas a grande variação de decisões sobre o mesmo caso ou semelhantes, em instâncias diferentes e também em tribunais diferentes, é em razão da singularidade do sujeito julgador. Esta pessoalidade e particularidade está vinculada à história pessoal de cada um, à construção de seus valores morais e éticos, sua concepção política e ideológica, a maneira como vê e enfrenta as vicissitudes da vida. Enfim, qualquer decisão, mas particularmente no Direito de Família, revela, em última análise, a posição do julgador diante da vida, que é subjetiva. Vejamos abaixo duas decisões que bem exemplificam a argumentação aqui trazida.

a) Separação Judicial – Litigiosa – Não basta alegação de insuportabilidade da vida em comum. Não bastando a insuportabilidade da vida em comum para justificar a separação judicial, por se tratar de requisito para a sua colhida com base na conduta desonrosa e na infração dos deveres conjugais, por isso que não se pode requerer a separação simplesmente porque os cônjuges não mais se toleram ou suportam a vida conjugal (TJ/SP – Ac. unân. da 3ª Câ. de Direito Privado, de 22/2/2000 - Ap. Civ. 133.757-4/4 – Rel. Des. Waldemar Nogueira).

b) Apelação cível. Separação litigiosa. Desnecessidade de definir a culpa. Nas relações conjugais não se pode atribuir, de forma simplista, culpa a quem quer que seja, em decorrência da falência da relação conjugal, que se deve, em verdade, a corrosão dos relacionamentos, por uma série de fatores comportamentais muito mais complexos, que não cabem dentro da singela divisão maniqueísta entre inocentes e culpados. No caso concreto mais se evidencia a desnecessidade da atribuição da culpa ao varão, visto que nenhuma seqüela jurídica dela advirá, evidenciando-se que a vontade da apelante constitui mera materialização de um lamentável desejo de vingança, infelizmente tão comum após o fracasso das relações conjugais. Desproveram o apelo. Unânime. (Apelação Cível n.70003528262, Sétima Câmara Cível, TJ/RS, Rel.: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 20/2/2002).

Estas, além de demonstrarem as diferentes interpretações que se pode ter sobre a aplicação de uma regra (lei), mostra-nos também a desconsideração de determinados princípios.

No primeiro caso, ao julgar improcedente a ação de separação litigiosa, o julgador, além de ter-se apegado à literalidade da lei e revelado sua concepção moral e particular diante daquele caso, violou o princípio da autonomia dos sujeitos e do não-intervencionismo estatal ao impedir que o casal se separasse por não ter sido provada uma culpa. No segundo caso, a interpretação dada à mesma lei e sob a qual foi submetido o primeiro caso, levou em consideração os princípios norteadores do Direito de Família.

2.8 A subjetividade nos princípios jurídicos

O “declínio” do positivismo jurídico e a concepção de seu objetivismo neutro, cedendo espaço para um direito mais aberto à principiologia, devem-se à introdução das noções da autonomia, vida privada conjugada com liberdade, intimidade e sexualidade. Esta autonomia reflexiva dos sujeitos associada às concepções trazidas pela Psicanálise têm provocado cada vez mais a compreensão e consideração da subjetividade, não apenas no campo jurídico, mas em todos os campos do conhecimento. A consideração desta subjetividade no Direito provoca uma importante reflexão na aplicação dos princípios jurídicos.

Sem ignorar ou deixar de lado as teorias já desenvolvidas por Alexy e Dworkin e de tantos outros importantes autores que contribuíram com a questão da aplicação dos princípios, gostaríamos de refletir sobre a contribuição da Psicanálise, ou melhor, da importância da compreensão e da interferência da subjetividade na aplicação dos princípios.

Independentemente de saber se em caso de colisão de princípios considerar-se-á a adequabilidade (Dworkin) ou a ponderação (Alexy) para a aplicação de um princípio ou de outro, interessa trazer aqui que a colisão de princípios só existe em razão de seu conteúdo de subjetividade (ver cap.1). Embora possamos afirmar que princípios não são valores, eles contêm valores. Por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana contém um valor maior que é o da liberdade. Os valores contidos em um princípio podem não estar no texto jurídico, mas estão inscritos na consciência, no inconsciente e no contexto social e cultural. O valor é algo que se atribui. Assim podemos dizer que um princípio é construído por valores. Por mais que se diga que o valor atribuível ao princípio é o senso comum médio da sociedade ele é relativo e relativizável. Por exemplo, o princípio da dignidade humana pode ser invocado para situações até mesmo antagônicas. Tem-se afirmado que este princípio é o que dá sustentação à legitimação e reconhecimento às famílias homoafetivas. Entretanto, este mesmo princípio tem sido invocado para sustentar exatamente o contrário. O discurso de um bispo da Igreja Católica, Dom Amaury Castanho, publicado em jornal de grande circulação nacional, invoca a dignidade para repelir e excluir as relações homossexuais do quadro de uma normalidade:

(...) o posicionamento da minha igreja coincide com o das várias igrejas ortodoxas, das mais diversas igrejas protestantes e até mesmo com doutrina

de grupos não cristãos, como os mulçumanos, os judeus e outros. Todos nós estamos fundamentados em fortes razões que **se firmam na dignidade humana** e no respeito à natureza do homem e da mulher.⁸⁴ (grifos nossos)

A relatividade dos valores é que provoca a colisão de princípios. Se fossem absolutos os princípios seriam harmônicos entre si. Essa relatividade advém de concepções ideológicas, morais, políticas ou econômicas, mas qualquer um desses motivos só existe em razão da posição do sujeito na vida. E a posição do sujeito na vida é determinada pela sua constituição psíquica, que por sua vez tem suas raízes em sua estrutura familiar. A estrutura psíquica e o desenvolvimento do psiquismo, que colocam o sujeito diante da vida desta ou daquela maneira, sofrem a influência de vários fatores. Mas, sem dúvida, a maneira como cada um recebe essas influências, escreve sua história e a inscreve em si mesmo, constituindo assim a sua subjetividade, é que influenciarão a aplicação da norma ao caso concreto. Dois julgamentos em dois tribunais diferentes sobre mudança de nome de transexuais, inclusive com votos divergentes, iluminam esta reflexão. Note-se que foram decisões em datas próximas, ou seja, os posicionamentos antagônicos não são em razão de uma *evolução* ou modificação de tendência jurisprudencial. Trata-se de concepções diferentes dos respectivos julgadores, advindas certamente de suas posições diante da vida e dos valores atribuídos à questão. Vejamos:

a) Registro Civil. Retificação. Sexo. Estado Individual. Imutabilidade Transexual. Cirurgia de Transgenitalização. Mudança de Nome e de Sexo - O sexo, como estado individual da pessoa, é informado pelo gênero biológico. A retificação do sexo, da qual derivam direitos e obrigações, procede do Direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acautele e discipline. Devem-se portanto, rejeitar os embargos infringentes para dar provimento à apelação do Ministério Público e julgar improcedente o pedido de retificação do registro civil referente ao nome e ao sexo do embargante.

V.v.: Negar, nos dias atuais, não o avanço do falso modernismo, que sempre não convém, mas a existência de transtorno sexual reconhecido pela medicina universal seria pouco científico. Portanto, devem-se acolher os embargos infringentes para negar provimento à apelação do Ministério Público e permitir a retificação do registro civil quanto ao nome e ao sexo do embargante que se submeteu à cirurgia de transgenitalização. (Des. Carreira Machado e Hiparco Immesi)

(Embargos Infringentes n.1.0000.00.2960763/001 na Apelação Cível n.296.0763, Comarca de Belo Horizonte, Rel.: Des. Carreira Machado, Rel. para o acórdão: Des. Almeida Melo – 4ª CC TJMG – 22/4/04).

b) Retificação de registro civil. Assento de nascimento. Transexual alteração na indicação do sexo. Deferimento. Necessidade da cirurgia para mudança de sexo reconhecida por acompanhamento médico

⁸⁴ CASTANHO, Amaury. Homossexualismo: novos enfoques. *Folha de S. Paulo*, p. A 3, 2 ago. 2004.

multidisciplinar - Concordância do Estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a manutenção do estado sexual originalmente inscrito na certidão de nascimento negativa ao portador de disforia do gênero do direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento que acaba por afrontar a lei fundamental Inexistência de interesse genérico de uma sociedade democrática em impedir a integração do transexual Alteração que busca obter efetividade aos comandos previstos nos arts. 1º, III, e 3º, IV, da Constituição Federal Recurso. do Ministério Público negado, provido o do autor para o fim de acolher integralmente o pedido inicial, determinando a retificação de seu assento de nascimento não só no que diz respeito ao nome, mas também no que concerne ao sexo. (Ac. da 1ª C. de Direito Privado do TJ/SP mv – AC 209.101 4/0 00 Rel. Des. Elliot Akel, j. 9/4/02 DJ-SPI 17/5/02 – IOB n.19/2002).

Certamente as razões do voto em ambas as decisões estão de acordo com a imparcialidade e os mais altos preceitos da consciência de cada julgador. A reflexão necessária, hoje, é que os preceitos da consciência são perpassados pelos motivos e registros inconscientes. Há fundamentos e argumentos objetivos para conceder a alteração do nome no registro civil, assim como há contra-argumentos e razões para negar a retificação do registro e ambos podem invocar a aplicação dos mesmos princípios constitucionais. A questão que fica e persiste é que na objetividade da argumentação, e o direito é também um exercício de argumentação, está presente uma motivação inconsciente para justificar este ou aquele princípio. Não há como fugir ou escapar desta não-neutralidade dos julgadores. Por mais objetividade e imparcialidade que se imprima à aplicação das normas, o sujeito do inconsciente estará sempre ali com suas subjetivações. Isto sempre foi e continuará sendo assim. A novidade é que ao trazer à consciência estas manifestações inconscientes quebra-se o mito da neutralidade e nos aproximamos cada vez mais da verdade, ou melhor, de uma verdade que não é absoluta e nem universal, até porque as verdades são construídas ideologicamente. Riobaldo, personagem de Guimarães Rosa em *Grande Sertões Veredas*, diz que a *verdade é a busca dela*. É a verdade do sujeito (de desejo). A passagem das ciências objetivistas e positivistas para uma ciência mais reflexiva significa, portanto, apontar para uma verdade, que é do sujeito e com ela o conteúdo das idiosincrasias da vida.

Capítulo 3

MORAL E ÉTICA – UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA PARA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

3.1 A ética inclusiva e a moral excludente

A história da organização jurídica da família moderna assenta-se em princípios que foram construídos e *desconstruídos*⁸⁵ através de uma ideologia movente ao longo dos séculos. Além dos aspectos políticos e econômicos que davam o tom patrimonializado e hierarquizado às famílias ocidentais, ela calcava-se também em uma moral que dizia o *dever-ser* e sustentava a ideologia patriarcal inclusive através de uma moral sexual civilizatória.⁸⁶ Foi através dessa moral sexual que se legitimou ou ilegitimou-se determinadas categorias de filhos e formas de constituição de famílias. Em nome da moral e dos bons costumes, podemos dizer que a história do Direito de Família é também uma história de exclusões e em nome dessa moral muita injustiça já se fez. Com a evolução do conhecimento científico, os ideais de liberdade e igualdade, e a descoberta do inconsciente associado ao pensamento filosófico moderno, particularmente o de Kant, pôde-se compreender que a dignidade da pessoa não está em sua posição social ou em sua conduta moral-sexual. Foi assim que a dignidade do sujeito humano pôde ser elevada à categoria de um macroprincípio jurídico. Isto significa a valorização do sujeito ético que deve preponderar sobre valores morais, muitas vezes estigmatizantes. Sem a consideração desta ética não haverá respeito às diferenças, confundir-se-á o que vem a ser dignidade e não haverá possibilidade de construção de uma sociedade onde haja espaço para as subjetividades e as identidades pessoais.

O discurso psicanalítico abalou profundamente algumas convicções e certezas das relações do homem com a ética do bem. A descoberta do inconsciente exigiu que se repensassem valores morais tradicionais que eram dados como certezas no laço social. Esta nova ética que se constrói a partir da valorização do sujeito de desejo colocou em *xequê* determinados valores morais. A desconstrução de conceitos e valores, até há pouco tempo inabaláveis para o Direito de Família, como indissolubilidade do casamento, família patrimonializada e hierarquizada, imutabilidade do regime de bens, ilegitimidade de filhos, etc, deve-se à construção de novos valores em que *a família é concebida, acima de tudo, como espaço de realização da dignidade das pessoas*

⁸⁵ A expressão desconstrução foi utilizada pela primeira vez, em 1967, pelo filósofo francês Jacques Derrida em sua gramatologia.

⁸⁶ FREUD, Sigmund. Moral sexual civilizada e doença nervosa moderna. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Maria Aparecida Moraes Rego. Rio de Janeiro: Imago, 1976, v. IX, p. 205.

humanas.⁸⁷ E na essência dos valores intrínsecos à dignidade humana está a concepção ética que é incluir a consideração do desejo e a instalação e questionamento dos valores morais. É neste sentido que se pode desatrelar a culpa do fim da conjugalidade e substituí-la por responsabilidade, já que a culpa paralisa e a responsabilidade constrói. Influenciadas por estas noções e pelo princípio do melhor interesse da criança, é que foi possível compreender que a determinação da guarda de filhos e a convivência familiar não podem estar condicionadas à imputação de culpa. Uma ética que esteja acima da moral nos obriga a entender que o cônjuge *culpado* não quer dizer necessariamente que não seja um bom pai ou uma boa mãe. É a ética que nos conduz a entender que não existe inocente ou culpado pelo fim da conjugalidade e que cada sujeito deve responder pelos seus atos.

A necessidade de se fazer uma distinção entre moral e ética instalando essas noções como princípios norteadores do Direito de Família é um *imperativo categórico* para não continuarmos repetindo a história de exclusões com moralidades que já fizeram tantas injustiças. O ponto de partida para a compreensão dessa nova ética para o Direito de Família, que inclui os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, é pressupor que a moral sexual dita civilizatória não pode excluir e nem tornar indigno o sujeito de direito. Por isso é que o macroprincípio da dignidade humana, tão tormentoso pela possibilidade de relativização, perpassa todos os outros princípios elencados neste trabalho e principalmente dá-nos um marco referencial para se buscar aquilo que é ético, acima dos valores morais. Às vezes aquilo que é ético não está de acordo com os valores morais vigentes em um dado ordenamento jurídico, e o que é moral pode não ser ético, e afrontar determinados princípios jurídicos. Por exemplo, negar a adoção de uma criança a um casal homossexual pode estar de acordo com as concepções morais do juiz, mas não é ético deixar a criança sem família porque isto contraria aquelas convicções morais; retirar a guarda do filho de uma mulher, ou de um homem, por eles terem uma vida sexual diferente dos padrões de normalidade sem investigar se isto interfere no princípio do melhor interesse da criança; proibir visitas/convivência familiar ou promover a destituição do poder familiar baseado em convicções morais ditas normais pode afrontar o melhor interesse da criança e contrariar também outros princípios, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

O conceito de mulher *honestas* traduzido pelo Direito brasileiro é um típico exemplo de que a moral sexual era excludente de determinados direitos. O art. 1.744, inciso III, do CCB/1916, estabelecia como causa de exclusão de herança a desonestidade da filha. O conceito de honestidade para as mulheres não estava relacionado ao cumprimento de seus deveres cívicos ou contratuais. Honestidade significava naquele dispositivo jurídico se ela tinha sua conduta sexual controlada pelo pai ou pelo marido. Este preceito não vigora mais em nosso ordenamento jurídico. Esta mudança de valores morais que ilegítimavam e excluía os sujeitos do laço social é uma vitória da ética sobre a moral.

⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 24, p. 138, jun. / jul. 2004.

Em síntese, para distinguir ética de moral e assim estarmos mais próximos do ideal de justiça, é preciso buscar nos clássicos elementos da filosofia, que hoje se entrelaçam com a Psicanálise e se apóiam no macroprincípio da dignidade humana, à procura da ética do sujeito.

3.2 Moral e ética: um princípio?

Os valores morais e éticos constituem por si mesmos um princípio? Como dissemos no Capítulo 1, os princípios gerais do direito são normas, e como tal contêm regras e valores de caráter universal. Isto nos leva a dois corolários. Primeiro é que os princípios são fundantes ou fundadores de outras regras. Por terem validade universal, logicamente são anteriores às regras. Não é por acaso que recebem esse nome: é a partir deles que as outras normas devem ser concebidas, e valores incompatíveis ou contrários devem ser combatidos. Assim, se a dignidade da pessoa humana é um princípio num dado ordenamento jurídico, não é possível conceber as demais regras sem o pressuposto da dignidade, que por sua vez vincula-se aos valores universais de liberdade, igualdade e autonomia. Assim, a existência de qualquer regra que recuse a igualdade de valor entre diferentes pessoas estará ferindo a concepção jurídica de dignidade da pessoa humana. Além de antijurídica, por ser um princípio constitucional, tal regra será, também, obviamente inconstitucional.

O segundo, é o reconhecimento de uma racionalidade na universalidade dos princípios, isto é, a ausência de contradições internas. Todo princípio é universal porque contém uma regra racional. Dizer que a dignidade da pessoa humana é um princípio implica reconhecer que essa idéia é racional e imune a contradições. Mas isto não é tão simples porque há diversas concepções sobre ela, algumas até contrárias entre si (item 4.1). A concepção de dignidade acolhida pela Constituição brasileira é decorrente daquela que fora absorvida pela doutrina brasileira: a concepção kantiana de dignidade da natureza humana.⁸⁸ Todo homem tem dignidade porque todo homem é racional. Tal concepção tem perdido espaço para as concepções de teor teológico, que propõem substituir

⁸⁸ Presente na *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785) de Immanuel Kant (1724-1804). Com Kant não é a primeira vez que se concebeu, na filosofia, essa idéia de dignidade universal de cada homem: a primeira concepção é de Pico della Mirandola (1463-1493), filósofo eminentemente cristão que provavelmente não concordaria com os juristas cristãos de hoje: “Pico della Mirandola procura conciliar filosofia e religião por meio da identidade entre o Ser, objeto do conhecimento, e o da religião, *philosophia veritatem quaerit, theologia invenit, religio possidet*. Seu sistema gira em torno de três elementos: Deus, universo e homem. Deus é o Ser definido pela Bíblia. O universo compreende o mundo intelectual (de Deus e dos anjos), o mundo celeste (as dez esferas celestes, das quais a última, empíreo, é a fonte do movimento) e o mundo elementar ou sublunar (dos Seres terrestres). O homem é um microcosmo, um mundo integral que, numa síntese de alma, espírito e corpo, possui elementos de outras ordens. Ele tem uma dignidade, a de poder sozinho dirigir o seu próprio destino. Apenas pelo arbítrio, pode atingir ao mesmo tempo a natureza do mundo animal, elevar-se até Deus, fonte de felicidade, e até tornar-se superior aos anjos cuja natureza é imutável” (HUISMAN, D. *Dicionário dos filósofos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 764, c. 2). Mas a concepção kantiana, certamente, tornou-se a mais conhecida e a primeira a exercer influência sobre a doutrina jurídica alemã e, a partir desta, sobre a doutrina jurídica italiana e a brasileira.

a idéia kantiana de racionalidade como base da dignidade humana pela idéia cristã de filantropia. Assim, segundo essa concepção de interesse teológico, uma pessoa é digna não por sua essência racional, mas pela existência ou não de um determinado comportamento social, pelo amor ao próximo. Segundo este critério teológico, um estuprador em série seria menos digno do que um cristão honesto, ou mesmo não teria dignidade alguma, merecendo por isto ser tratado como coisa.

Se tomarmos então as duas concepções que hoje têm-se confrontado na doutrina brasileira – a kantiana e a teológica –, qual delas se sustenta diante do critério da racionalidade? Embora a concepção kantiana já contenha em si mesma a idéia de racionalidade como indicador ou condição para a dignidade, e a concepção teológica seja contrária a essa concepção racionalista, qual delas é, em si mesma, racional? De fato, mesmo a concepção kantiana, por hipótese, poderia não resistir ao critério da racionalidade, e a concepção teológica sim; ou, ainda, poderiam se mostrar irracionais ou inconsistentes, sendo necessário daí encontrar uma terceira concepção que superasse a ambas. Se tomarmos, todavia, a concepção teológica, veremos que ela nasce já com um problema insolúvel, que é o de substituir a razão como critério para a identificação do conteúdo da essência humana.

Afinal, o que há de universal na essência de cada ser humano? Não será no exterior, certamente, que se poderá identificar algo dessa natureza, nem mesmo em suas características biológicas ou físicas, sob pena de adotarmos critérios de exclusão, gerando avaliações xenofóbicas, classistas, racistas, sexistas ou semelhantes. Para determinar a essência humana, portanto, é necessário um critério de inclusão, algo que seja de natureza interior, independente de mudanças físicas e de contingências externas. Esse algo é a razão humana, presente em todo indivíduo, dado que todo ser humano é racional e isso não pode ser mudado nem negado. Assim, se é possível encontrar um elemento essencial em todo ser humano, e que sirva de medida para um valor universal, como a dignidade, então esse elemento só pode ser a razão.

Na concepção teológica cristã da dignidade da pessoa humana há a exigência de que todo homem seja cristão e, ainda, estabelece que o valor de cada homem seja medido de acordo com sua prática cristã. Desta forma, um indivíduo seria mais ou menos digno que outro, de acordo com a sua maior ou menor obediência às regras da moral cristã. Esse critério de avaliação da dignidade da pessoa humana incorre numa irracionalidade, ao estabelecer que aquele que age contra a moral cristã vale menos do que o modelo de cristão virtuoso ou honesto. Ao não suportar a alteridade, a concepção teológica não consegue apontar um critério de validade universal para a definição da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, não consegue definir esse princípio. Não seria, portanto, capaz de explicá-lo ou até a sua inserção num sistema jurídico.

Querer explicar o princípio da dignidade da pessoa humana, como qualquer outro princípio, sem reconhecer a sua necessidade universal e sua racionalidade intrínseca não traz nenhuma contribuição à doutrina. O que faz a validade de um princípio não é o seu pressuposto jurídico, mas sim sua universalidade e racionalidade. Em outras palavras, ele não pode conter contradições e, ao mesmo tempo, considerar, por exemplo, que todo ser humano tem o mesmo valor.

Assim, um princípio jurídico deve ter um conteúdo de validade universal, uma vez que se houver exceções ao conteúdo ele não é um princípio, mas sim uma regra concorrente ou subordinada a outra que lhe é incompatível ou contrária. O conteúdo também deverá ser de validade racional, pois se houver contradições irá gerar uma infinidade de exceções. E, ainda, deve subordinar e não ser subordinado a outras regras.

O princípio da dignidade humana cumpre esses requisitos? Depende do que considerarmos ser esse princípio. A concepção teológica cristã, parece-nos, cumpre apenas um requisito formal.

Por outro lado, a concepção kantiana vem atender aos critérios para tornar a dignidade humana um princípio universal. Ao dizer que *Todo homem vale o mesmo que todo outro por ser racional* e que *Deve-se reconhecer um mesmo valor para cada homem por ser racional*, estabelece-se uma regra universal e racional.

Universal, porque não se dirige a um grupo de homens, como fazem os códigos de ética, códigos de etiqueta ou códigos de conduta. É também reconhecível por qualquer grupo de homens, uma vez que é inegável que todo homem é racional. Como não é possível encontrar exceção para essa regra, ela é necessariamente universal.

Racional, porque todo conhecimento da natureza humana mostra que qualquer ser humano é dotado de razão e é razão, consciente e inconsciente. Não há exceção, então, diz algo de verdadeiro em seu interior.

A regra cumpre ainda o critério da não-subordinação. Ao tomarmos como referência e origem a própria natureza humana, esta impossibilita a existência de regras anteriores ou superiores à mesma. Se, por hipótese, fosse retirado do conjunto de princípios oficialmente reconhecidos pela doutrina o princípio da dignidade da pessoa humana, isso significaria um retrocesso jurídico e político, além de ser uma inutilidade, pois não cabe ao jurista decidir o que deve ser a natureza humana e sim reconhecer o que ela é. Como todo homem é racional, não há jurista que possa decidir o contrário. Assim, sendo essa regra reconhecida como universal e racional, e estando absorvida na forma do princípio da dignidade da pessoa humana, seu lugar lógico é o de fonte das demais normas e de fonte paralela às normas, e não o de regra determinada por outra norma além da própria natureza humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, aqui escolhido como exemplo, serve para mostrar, também, o que está em jogo quando se definem ou se reconhecem os princípios jurídicos, e, portanto, também os princípios do direito de família.

A análise que fazemos aqui do princípio da dignidade da pessoa humana mostra claramente que quando se definem ou se reconhecem os princípios jurídicos, e, portanto, os princípios do Direito de Família, deve-se estar atento para *não substituir princípios éticos por princípios morais*.

Se para a definição de um princípio, consideramos como critérios a existência da universalidade e da racionalidade, além da formalização desse princípio enquanto regra (uma orientação para a ação), sempre teremos como resultado a definição do valor de uma ação (se deve ser feita ou não). O valor do princípio é dependente não só de sua universalidade e

racionalidade, mas principalmente é dependente de sua condição ética. E esta é a questão mais delicada na discussão de qualquer princípio geral do direito: saber se ele é ou não um princípio ético. Isso porque, certamente para espanto de muitos juristas, essa discussão pode trazer não apenas uma distinção entre moral e ética, *mas a negação da moral em favor da defesa da ética*.

3.3 Ética e moral na filosofia do direito

O que os jusfilósofos nos dizem a respeito da ética serve para esclarecer a distinção ou aproximação entre ética e moral? Miguel Reale, em sua *Filosofia do direito*, utiliza dois momentos argumentativos bem distintos para tratar tanto da ética quanto da moral. Sobre a ética, inspirado na filosofia aristotélica, é levado a concluir que ela é uma *teoria da conduta*:

Como diversos são os valores e, de conseqüência, os fins que o homem se propõe, a ação teleologicamente determinada ou o *ato*, pode ser discriminado segundo tenha por *fim*:

- a) conhecer ou realizar algo, sem visar direta e necessariamente a outras ações possíveis (ações de natureza *teorética*, ou de natureza *estética*);
- b) conhecer ou realizar algo, visando direta e necessariamente a outras ações possíveis (ações de natureza prática: ou *econômicas*, ou *éticas*).⁸⁹ (grifos do original).

É claramente uma concepção aristotélica não apenas porque vê na ética uma espécie de conhecimento em torno da ação, mas em especial porque classifica os tipos de ação de acordo com seus fins. É a concepção em torno da ação que mais se difundiu por toda a história da filosofia: as ações humanas visam determinados fins, e podem tanto ser conhecidas como julgadas em função destes fins. A ética aparece tanto na concepção aristotélica quanto na concepção de Reale como uma teoria em torno da ação, devendo tratar, assim, de uma certa classificação das ações como boas ou más. Conforme o próprio Reale afirma, é uma tarefa da ética a avaliação das ações, já que seu norte fundamental é a finalidade da ação:

Se passarmos ao exame da segunda das categorias fundamentais de ação acima discriminadas [ou seja, ações que visam outras ações], verificaremos que o que as distingue é o fato de não visarem a um resultado como tal, mas como simples momento que conduz a outros comportamentos possíveis: não é senão ponto de partida para novas ações complementares. Assim, por exemplo, o alcance de um bem econômico é condição ou estímulo para novas atividades tendentes à conquista de novas utilidades,

⁸⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 380.

pois, na realidade, só é econômica uma ação enquanto é momento ou elo no processo da produção das riquezas. Como se trata de ações que são base ou condição de ações sucessivas da mesma natureza, dizemos que são ações práticas.⁹⁰

Para Reale e outros autores brasileiros, a ação ética não é um fim em si mesmo, mas um *instrumento*, um *meio* para se chegar a algo. Esse fim a que se busca chegar é, de uma forma geral, um bem, ou seja, algo cuja natureza envolve necessariamente um valor.

Há uma semelhança sentida entre ação ética e ação moral, assim como entre ação ética e ação jurídica e entre ação moral e ação jurídica. Todas têm relação com fins e todas envolvem valorização e busca de determinado bem. Mas o que qualifica uma ação como ética, moral ou jurídica é uma ordem valorativa diversa. Enquanto a ação jurídica é aquela de acordo com o direito, a ação moral é aquela conforme determinada moral, e a ação ética, nessa concepção aristotélico-realeana, é aquela que visa, por convicção moral interior, realizar deveres admitidos interiormente. Para que haja ação ética, portanto, é preciso que haja um dever moralmente reconhecido pelo agente e que a ação seja um meio para cumprir esse dever; pode até mesmo ser um dever que coincida com deveres morais, jurídicos, cívicos, etc., mas o que também o torna um dever ético – um bem ético – é o seu reconhecimento interior pelo agente.

[...] podemos esclarecer que a *Ética* não é a *doutrina da ação* em geral, mas propriamente a doutrina da conduta enquanto inseparável de sua razão ou critério de medida, de sua *norma*, mediante a qual se expressa teleologicamente um valor. A *Ética* é, em suma, a ordenação da conduta, o que equivale a dizer: *a teoria normativa da ação*.

Fica assim delineada uma distinção essencial entre *Economia* (atividade prática de cunho opcional e técnico) e *Ética* (atividade não subordinada a fins particulares, e de caráter obrigatório), compondo ambas a esfera de estudos denominada *Teoria da conduta*.⁹¹

A ética, então, é uma forma de ação e uma forma de normatização. Essa concepção da ética é por vezes presente nos juristas brasileiros em função da influência ou autoridade do pensamento de Miguel Reale, mas em parte porque também reflete a concepção aristotélica, que é a tradição filosófica mais influente sobre o pensamento ocidental. O que a tradição aristotélica chama de ética parece ser o nosso campo da moral. Na verdade, a ética é uma forma muito específica de funcionamento da moral. Embora toda ação ética contenha valor moral, nem todo valor moral cabe numa ação ética. O dever ético é aquele dever moral reconhecido como válido, como racional pelo agente.

⁹⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 380-383.

⁹¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 385.

Há necessidade de reconhecer que em certas formas de comportamento sentimo-nos ligados a nós mesmos. A direção que seguimos brota do que há de mais singular e recôndito em nosso ser. Praticamos determinado ato e sentimos que é reflexo ou expressão de nossa personalidade, e que, por conseguinte, o motivo de nosso agir é um motivo que se põe radicalmente em nós. A instância última do agir é o homem na sua subjetividade consciente. Quando a ação se dirige para um valor, cuja instância é dada por nossa própria subjetividade, estamos perante um ato de natureza moral.⁹²

Como se trata de uma avaliação íntima, individual, pessoal, é inevitável resultar um relativismo nessas ações: “cada cabeça, uma sentença”. Cada pessoa julga moralmente de uma forma muito particular suas ações, seus fins, e ainda as ações e fins dos demais. Em relação à moral ou à ética, é necessário que haja o juízo individual do próprio agente. Ou seja, há juízo moral quando, ao menos, o próprio agente concebe correção ou incorreção às suas ações e aos seus fins; e há juízo ético quando esse juízo moral é empreendido segundo critérios racionais, também acessíveis ao próprio agente. Isso significa que determinada ação, ou seus fins, pode ser considerada correta pelo próprio agente, mas incorreta para outrem. Por se tratar de uma avaliação subjetiva da ação e dos fins, estamos em pleno relativismo. E reside aí a grande distinção entre juízo moral e juízo jurídico, ou entre moral e direito:

O que distingue a conduta moral é esta pertinência da estimativa do sujeito ao sujeito mesmo da ação. De certa forma, poderíamos dizer que no plano da conduta moral o homem tende a ser o legislador de si mesmo. Não é preciso, porém, que ele mesmo tenha posto a regra obedecida, porque basta que a tenha tornado sua. Quando o nosso comportamento se conforma a uma regra e nós a recebemos espontaneamente, como regra autêntica e legítima de nosso agir, o nosso ato é moral. Nem é certo afirmar que a recepção da regra seja sempre o resultado de uma compreensão ‘racional’: - basta que haja receptividade, que pode ser espontânea e natural, como a do homem rústico que jamais teve noção do ‘significado’ de uma norma. A conformidade ‘racional’ e deliberada do ato à regra é excepcional: no comum dos atos mortais, vive-se a regra em seu sentido pleno e espontâneo, tal como se oferece na riqueza de seus motivos e atrações.

(...) A idéia de pessoa vem exatamente desse reconhecimento do homem como um ser que deve ser autenticamente ele mesmo. O homem é pessoa enquanto age segundo sua natureza e motivos, na totalidade de seu ser, sem se alienar a outrem. O indivíduo é o homem enquanto causalmente determinado; mas a pessoa é o homem enquanto se propõe fins de ação, sendo raiz inicial do processo estimado.

⁹² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 396.

Por outras palavras, o homem enquanto mero indivíduo, como ser puramente biológico, não foge às regras determinadas causalmente, só superando o plano naturalístico quando se põe como instaurador de valores e fins. O homem, visto na essência de sua finalidade, é pessoa, isto é, um ser com possibilidade de escolha constitutiva de valores.

Vimos, portanto, que existe uma modalidade de conduta, cuja direção se encontra no homem mesmo como instância que valora o agir e dá a pauta do comportamento: é a conduta moral.⁹³

Neste momento, torna-se interessante observar que, para a Psicanálise, não recuar diante do desejo é uma das formas de definir a ética, a ética não visa o bem, como em Aristóteles, mas é uma ética do desejo. Podemos dizer então com Reale e com Lacan que toda vez que o sujeito recua, ele se afasta de seu desejo inconsciente, se perde, ou se aliena de si mesmo e se escraviza no outro (assujeitamento).

Tanto a conduta ética quanto a moral são guiadas por valores individuais ou subjetivos, sendo que a conduta ética é guiada necessariamente por uma avaliação racional das questões morais. Embora pareça ser apenas um detalhe, temos aí uma diferença gigantesca, que fica evidente quando chega o momento de decidir qual das duas orientações – a moral ou a ética – é a melhor para guiar ações.

3.4 Moral e direito

É comum para os juristas ver uma semelhança entre moral e ética, e uma diferença de ambas com relação ao direito: moral e ética seriam campos de regulação interior da conduta, e o direito seria o campo por excelência da regulação exterior da conduta.

Há, nos juristas, um tratamento de certa forma moralista da própria moral, vendo-a de uma forma mais vulgarizada e generalizada do que a exposição conceitual que se verifica, por exemplo, num filósofo como Miguel Reale. Na doutrina jurídica ou no discurso jurídico em geral, quando se fala em moral há uma tendência acentuada de se ver um campo de valores universalmente válidos, cuja validade estaria já comprovada pela sua origem na espontaneidade e abalizada pela sua condição de busca da virtude e do bom senso. Mesmo quando se referem à distinção entre moral e direito, tendem a ver na moral um paradigma para o direito, um campo de valores em que é possível ao indivíduo estar mais perto do verdadeiro em termos de virtude. Raramente os juristas desconfiam da moral. No entanto, é comum ao jurista encarregado de falar de valores universais para o direito – isto é, de *princípios gerais do direito* –, apontar a moral como um referencial de busca da justiça. A própria questão da justiça tende a ser tratada pelos positivistas como uma questão de moral e não como uma questão de direito. Um dos maiores juristas brasileiros de nosso

⁹³ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 396-397.

tempo, Caio Mário da Silva Pereira, mostra-nos com sua peculiar clareza e síntese os principais critérios para se distinguir direito e moral:

Sendo ambos – moral e direito – normas de conduta, evidentemente têm um momento de incidência comum. Mas, analisados intrinsecamente, os respectivos princípios se diferenciam, quer em razão do campo de ação, quer no tocante à intensidade da sanção que acompanha a norma quer no alcance ou nos efeitos desta. Moral e direito distinguem-se em que a primeira atua no foro íntimo e o segundo no foro exterior. Se a conduta do agente ofende apenas a regra moral, encontra a reprovção na sua consciência, e pode atrair-lhe o despreço dos seus concidadãos. Se a ação implica inobservância da norma jurídica, autoriza a mobilização do aparelho estatal, para a recondução do infrator à linha de observância do preceito, ou para a sua punição. Encarada do ângulo da intensidade, a norma jurídica é dotada de coercibilidade, que não está presente na regra moral, representando esta um estado subjetivo do agente, que pode ser adotado, ou que deve ser adotado voluntariamente, enquanto que a obediência ao preceito de direito de direito é imposta voluntariamente pelo ordenamento jurídico. Quanto ao efeito de uma e de outra, Ferrara acentua que da norma jurídica decorrem relações com um alcance *bilateral*, ao passo que da regra moral deriva conseqüência unilateral, isto é: a regra moral é ditada no sentido da realização do bem ou do aperfeiçoamento individual, sem atribuir um poder ou uma faculdade, ao passo que a norma jurídica, quando limita ou obriga, concede ao mesmo texto e correlatamente a *exigibilidade* de um procedimento. Quando a moral diz a um que ame a seu próximo, pronuncia-o *unilateralmente*, sem que ninguém possa reclamar aquele amor; quando o direito determina ao devedor que pague, proclama-o *bilateralmente*, assegurando ao credor a faculdade de receber. Por isso mesmo os irmãos Mazeaud observam que a moral procura fazer que reine mais do que a justiça, a *caridade* que tende ao aperfeiçoamento individual.⁹⁴ (grifos do original).

Enquanto a moral de um sujeito mostra para ele mesmo o que é o honesto, o direito vem impor a aceitação do que é honesto. Essa concepção da nobreza da moral, presente também em muitos autores e, a princípio, inatacável, contém alguns elementos daquela concepção apresentada por Miguel Reale: a moral é consciência individual, não tem coercibilidade externa, é uma avaliação que o indivíduo faz consigo mesmo.

Nos textos jurídicos é comum encontrarmos que somos seres morais, dotados de uma consciência moral, que nos permite conhecer e conceber o que é bom e o que é ruim, embora possamos no enganar e corrigir nossa desatenção moral. Caso a nossa consciência moral se equivoque e conceba erradamente o que é ou deve ser o correto, a solução estaria em subordinar a moral

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.11.

individual ao direito ou subordiná-la à moral individual a uma moral coletiva. Ou seja, sempre que a moral individual vai ao encontro de valores aceitos pela sociedade ou simplesmente sustenta uma ação contrária à lei, essa moral individual se torna insustentável no sistema jurídico. Assim, podemos ter nossa consciência moral individual, mas se ela concebe algo contrário ao que é adequado segundo o poder que existe sobre nós, devemos modificar nosso modo de ver as coisas antes que a vida em sociedade se torne insuportável para nós, já que ela é comandada por um poder que exige que mudemos o nosso próprio desejo.

Em síntese: é preciso ver racionalmente a relação entre moral e direito, longe de moralismos de qualquer tipo. Dizer que a moral deve guiar o raciocínio jurídico é uma forma de moralismo, assim como dizer que o direito designa o que é moralmente adequado ou não nesta sociedade. Cabe aqui um questionamento muito pertinente realizado pelo jurista belga Chaim Perelmann, diante da forma tradicional – e moralista – com que a moral é apontada como distinta, mas paradigma, do direito:

Tradicionalmente, os estudos consagrados às relações entre o direito e a moral insistem, dentro de um espírito kantiano, naquilo que os distingue: o direito rege o comportamento exterior, a moral enfatiza a intenção, o direito estabelece uma correlação entre os direitos e as obrigações, a moral prescreve deveres que não são origem a direitos subjetivos, o direito estabelece obrigações sancionadas pelo Poder, a moral escapa às sanções organizadas.

Os juristas, descontentes com uma concepção positivista, estatística e formalista do direito, insistem na importância do elemento moral no funcionamento do direito, no papel que nele desempenham a boa e a má-fé, a intenção maldosa, os bons costumes, a equidade, e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado.

Raros, em contrapartida, são aqueles que recomendam o estudo do direito como objeto de meditação, e às vezes até de inspiração, para o moralista. É, porém, neste último aspecto das relações entre o direito e a moral que eu gostaria de insistir.

Ao lado de princípios constitucionais que variam de um sistema para outro, ao lado de leis devidas a circunstâncias passageiras ou justificadas por considerações de pura oportunidade, os diversos sistemas de direito ocidentais contêm regras que se encontram, com pouca diferença, em cada um deles, que permanecem obrigatórias durante períodos muito longos, e à vezes remontam ao direito romano.

Algumas dessas regras foram promovidas à categoria de ‘princípios gerais do direito’ e alguns juristas não hesitam em considerá-las obrigatórias, mesmo na ausência de uma legislação que lhes concedesse o estatuto formal de lei positiva, tal como o princípio que afirma os direitos da defesa, e que expressaríamos pelo brocardo *audiatur et altera pars*. Outras são enunciadas por diversos artigos dos Códigos Civil, Penal, ou de Processo, referentes à responsabilidade, a diferentes espécies de delitos, à admissibilidade dos depoimentos, às diferentes formas de

presunções, e tantas outras matérias comuns aos países que possuem uma velha tradição jurídica.

É pensando nessas regras, relativamente permanentes, do pensamento jurídico que eu gostaria de expor a seguinte tese: antes de se lançar na elaboração de preceitos muito abstratos – tais como o imperativo categórico ou o princípio utilitarista –, aos quais se reportariam todas as regras morais, o moralista não teria interesse em assinalar, no conjunto das regras de direito, aquelas que, por sua perenidade e por sua generalidade, expressam valores que se impõem aos juristas? Não deveria ele admitir a presunção, que me parece razoável, de que tais regras, e os valores que elas protegem, as distinções que elas estabelecem, não deixam de ser pertinentes para o pensamento moralista?⁹⁵

3.5 Ética, justiça e razão além da sensibilidade

Toda discussão acerca da comparação entre moral e direito gira, na verdade, ao redor de uma preocupação em torno da existência ou não daquilo que é justo. A justiça é um valor moral e é, também, um valor jurídico; mas enquanto é vista somente como um valor, ela parece não ser alcançada como fim. O justo por ser relativo e relativizável, depende do ângulo pelo qual é visto, principalmente na *clínica* do Direito de Família. Por exemplo, os sujeitos de uma relação pensionária nunca acham que os valores estabelecidos para as partes estão na medida justa, isto é, quem paga sempre acha que está pagando muito e quem recebe sempre acha que está recebendo pouco.

Portanto, pode-se ver a justiça por vários ângulos. Mas a concepção clássica da justiça no nosso mundo jurídico – *dar a cada um o que lhe é devido, viver honestamente, não lesar a ninguém* – já contém a pista para o que pode ser essa concretude: *a justiça é uma prática de autoconservação*.

Em seu sentido original, a ética é o conhecimento mais completo da natureza de uma coisa, do conjunto de suas propriedades e atributos que não podem ser negados sem que a coisa deixe de ser o que é. É quase uma forma de metafísica, ou seja, de estudo do ser enquanto ser, ou de ontologia, estudo das essências, mas é algo mais específico do que qualquer estudo metafísico clássico: *a ética é o conhecimento da natureza de uma essência singular* (bem diferente da metafísica, que lida com universais e com transcendentais). Conhecer eticamente uma pessoa é descobrir o que constitui a sua natureza humana.

A ética, tomada nesse sentido originário (resgatado e consagrado definitivamente pela filosofia do holandês Baruch Espinosa, do século XVII), é o caminho mais seguro para conhecermos qual é a necessidade – ou quais as necessidades – de uma pessoa. Quando falamos aqui de

⁹⁵ PERELMANN, Chain. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina G. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 298-299.

necessidade, não queremos significar por essa palavra qualquer tipo de falta ou carência; a necessidade aqui também é tomada em seu sentido filosófico preciso e originário: necessidade é aquilo que não pode ser de uma maneira diferente daquela com que já é. Assim, dizer que algo é necessário na natureza humana significa, nestes termos, identificar algo que, se retirado, retira a própria natureza humana – ou faz com que o ser humano deixe de ser um ser humano. Quando alguém é tratado de uma maneira indigna, incompatível com a sua dignidade natural, ou seja, sua “dignidade da pessoa humana”, este é tratado como se fosse uma coisa. Tratar alguém com violência, por exemplo, é algo contrário à necessidade da natureza dessa pessoa por uma razão ética: não porque seja imoral, há quem ache bem moral tratar certas pessoas violentamente em certos casos, mas unicamente porque a natureza individual de uma pessoa não pede isso. A estrutura física e mental de uma pessoa é tal que, diante de qualquer ato violento, *sente dor, perturba-se, deteriora-se*. Para sofrer dor basta ser sensível e encontrar no caminho uma força contrária e mais forte. Cabe ao ser humano, dotado de razão, além de sensibilidade, saber via razão evitar ou lidar com a dor na medida de sua força.⁹⁶

Sendo a ética um conhecimento da essência singular, foi exatamente a peculiaridade da natureza humana, isto é, a singularidade do sujeito, que lhe imprimiu essa característica de estudo da conduta moral. O conhecimento racional – ético – da natureza de cada ser humano mostra que todo humano é um ser passional e racional (mas principalmente passional, ou seja, movido pelas próprias paixões e pelos próprios afetos), e que sua existência é marcada a todo momento pela ação. Por ser da natureza humana agir e julgar o que lhe cabe fazer, e por ser a ética um estudo na natureza da essência singular, *a ética é, na prática, um estudo racional da necessidade da ação*, de modo que concebê-la unicamente como estudo da conduta moral é um empobrecimento infeliz.⁹⁷

Se *a justiça é uma prática de autopreservação* diante de causas externas que perturbem sua natureza, essa é uma definição rigorosamente ética da justiça, e para isso buscamos diretamente em Espinosa, que em sua *Ética* (1677) afirma que as concepções de justiça e injustiça, enquanto valores morais, são inteiramente relativas ao gosto do sujeito moral (o que é justo para um pode não ser para outrem, e vice-versa); a concepção moral – ou moralista – da justiça e da injustiça é insuficiente, portanto, para dizer racionalmente o que a justiça é; ela só serve para viabilizar um juízo moral acerca da própria justiça. Em lugar de nos fiarmos apenas nesses valores morais, sempre relativos, mostra Espinosa, é o caso de conhecermos a necessidade das coisas. Para saber o que é justo ou injusto, basta verificar se se atua de maneira a preservar ou deteriorar a natureza. É “justo” para uma coisa aquilo que preserva a essência singular dessa coisa; é “injusto” para uma coisa aquilo que deteriora ou destrói a essência singular dessa coisa. Assim, chegamos a um uso

⁹⁶ ANDRADE, Fernando Dias. Sobre ética e ética jurídica. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 8, p. 110.

⁹⁷ ANDRADE, Fernando Dias. Sobre ética e ética jurídica. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 8, p. 120.

racional dos termos *justiça* e *injustiça*, porque chegamos a duas noções – *preservação* e *deterioração* – que, no plano da ética, substituem perfeitamente aquelas e não correm o risco de se relativizar conforme a flutuação do juízo moral de cada um, nessa perspectiva espinosana da ética, assim, em vez de se falar em justiça ou injustiça, é suficiente – e mais claro – falar em preservação ou deterioração; mas, entendidas aquelas como preenchidas pelo significado destas, o discurso em torno da justiça tem plenas condições de ser desenvolvido sem perigo de moralismo.

O que propomos e pretendemos aqui, em síntese, é tratar a questão da justiça, sem uma abordagem moralista. Não basta, para tanto, propor uma abordagem ética no lugar de uma abordagem moralista. É preciso que nos fixemos numa ética que em nada se permita confundir com uma moral subjetiva. É preciso separar radicalmente ética e moral, privilegiando a ética, que é uma forma de conhecimento, em detrimento da moral, que é o campo do relativismo e do subjetivismo. A ética tem na moral um dos seus objetos, mas não o único, como quer Reale e como querem a tradição aristotélica e a kantiana. A ética estuda a necessidade da natureza de qualquer essência singular. No caso do homem, todavia, estuda e descobre a sua natureza de agente constantemente envolvido na disputa entre a liberdade e a servidão.

Isso nos permite admitir que a ética, ao tratar do homem, trata das suas ações e da sua liberdade. Tudo o que disser respeito à liberdade humana e à busca da justiça é objeto, portanto, da ética, que se põe como caminho seguro para esclarecer o que está ou não em poder do ser humano e o que lhe cabe fazer segundo o que determina a sua natureza. Também, a ética permite que saibamos o que não é da nossa natureza, mas apenas imaginamos que seja – como quando imaginamos que devemos obediência a um poder que em nada nos é favorável ou útil, e que em nada nos é justo.

3.6 A concepção ética do direito de família

A discussão dos princípios gerais do direito, como observou Perelmann (ver item 3.4), vincula-se à discussão da moral e da ética. O princípio da dignidade humana, por exemplo, é uma concepção ética do que é a pessoa em seu sentido mais profundo, em sua essência, isto é, é o sujeito de direito em sua racionalidade e com o seu conteúdo de *ser-de-desejo*. Se tratarmos a dignidade no campo da moral, continuaremos a repetir a história de exclusões feitas pelo Direito de Família. Uma concepção moral da dignidade da pessoa humana certamente retiraria a guarda de uma criança do cônjuge *culpado*, contrariando o princípio do melhor interesse da criança/adolescente; um juízo moralista negaria pensão alimentícia a um cônjuge *culpado* ao passo que o juízo ético destitui a idéia de culpa; um juízo moral proibiria ou restringiria a convivência familiar dos filhos com uma mãe prostituta, enquanto o juízo ético desvincula a conduta moral sexual do exercício das funções maternas e paternas; um juízo moral dará preponderância aos laços biológicos e desconsiderará o que é a verdadeira paternidade/maternidade; um juízo moralista tratará as parceiras homossexuais como sociedade de fato para não considerá-la uma entidade familiar, ainda que isto

custe não distribuir um direito justo. Enfim, o juízo moral não duvida entre o justo e o legal e escolheremos sempre a letra fria da lei, ao passo que o juízo ético não duvida em escolher o justo. O moralista prefere sempre a formalidade e a lei em sua literalidade, enquanto o ético, a essência do Direito, e, por isso, buscará sempre nos princípios a fundamentação para a mais justa adequação.

A distinção entre ética e moral é um princípio não do Direito de Família, mas para o Direito de Família.⁹⁸ Em lugar de ser um dos princípios gerais do Direito de Família, ele é um princípio ético a partir do qual é possível chegar aos princípios neste campo específico do Direito que, por ser o mais humano de todos, é o mais sujeito a moralismos provocadores de injustiça. A ética constitui-se efetivamente em um princípio, à medida que sem essa distinção a concepção dos princípios do Direito de Família tenderá a transformá-los em princípios moralistas e moralizantes. Do ponto de vista ético, o que se deve buscar nos princípios, e através deles, é o respeito à dignidade e aos seus elementos fundamentais. Desta forma, a solução mais justa para os conflitos que se apresentam para a justiça da família é aquela que busca o verdadeiro respeito aos elementos fundamentais das relações de família. Optar pela ética em detrimento de juízos morais significa trazer para o campo jurídico o conceito de família como um grupamento cultural e não natural, como se concebia até recentemente. A dignidade da pessoa humana pressupõe um sujeito ético que está acima dos valores morais, muitas vezes estigmatizantes e excludentes do laço social e jurídico. É essa ética que impulsionou Lacan (1937) a construir, buscando na antropologia de Claude Levi Strauss, um conceito de família que pode ser visto e entendido acima de qualquer valor moral e em qualquer tempo ou espaço: a família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função.⁹⁹ Essas noções, trazidas ao Direito pelo discurso psicanalítico, traz uma outra compreensão da moral sexual das relações de família que dá ao afeto um valor jurídico, que se traduz também como um princípio jurídico norteador de todas as relações de família.

Afeto, igualdade e alteridade, pluralidade de famílias, melhor interesse da criança/adolescente, autonomia de vontade e intervenção estatal mínima são os princípios fundamentais e norteadores do Direito de Família contemporâneo, e sob os quais está o macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Esses são os ingredientes essenciais e necessários que nos guiarão para distinguir e recusar os juízos particularizados, como são os juízos morais, a moral do poder, a serviço dos bens.¹⁰⁰ São esses princípios que nos possibilitam, portanto, estabelecer e optar por razões mais universais, ou seja, pela ética.

⁹⁸ ANDRADE, Fernando Dias. Sobre ética e ética jurídica. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 8, p. 99-129.

⁹⁹ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 13.

¹⁰⁰ LACAN, Jacques. *O seminário - livro 7: A ética da psicanálise*. Trad. Antônio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 378.

Capítulo 4

OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

Na organização jurídica contemporânea da família não é mais possível prescindir de normas que não estejam assentadas ou não levem em consideração a dignidade da pessoa humana. Embora esta noção tenha se tornado princípio expresso somente com a Constituição da República de 1988, a sua conceituação já havia sido dada no século XVIII por Kant e é ela que nos dá ainda o suporte para sua compreensão mais profunda. A dignidade é também um princípio ético que paira, norteia e pressupõe vários outros princípios, já que não é possível pensar em ser humano sem dignidade.

Com a compreensão de que o sujeito de direito é também um sujeito desejante, isto é, que o sujeito do inconsciente está presente nos atos, fatos e negócios jurídicos e feita a distinção entre moral e ética, é possível e necessário elencar os princípios essenciais para o Direito de Família. Isto significa que toda e qualquer decisão deve, necessariamente, considerar os princípios aqui elencados. Sem isto as decisões e concepções doutrinárias certamente se distanciarão do ideal de justiça ou ficarão contraditórias com um sistema jurídico que se pretende ético, no sentido universalizante em contraposição aos perigosos particularismos morais.

Vejamos a seguir, começando pelo macroprincípio da dignidade humana (4.1), cada um dos sete princípios. Eles são essenciais. A ausência de qualquer um deles certamente provocaria injustiça. São eles: princípio da monogamia (4.2, na verdade um princípio jurídico organizador), do melhor interesse da criança/adolescente (4.3), da igualdade e respeito às diferenças (4.4), da autonomia e da menor intervenção estatal (4.5), da pluralidade de formas de família (4.6) e da afetividade (4.7).

4.1 O princípio da dignidade humana

4.1.1 Dignidade: o vértice do Estado Democrático de Direito

O princípio da dignidade humana é hoje um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Não é mais possível pensar em direitos desatrelados da idéia e conceito de dignidade. Embora essa noção esteja vinculada à evolução histórica do Direito Privado, ela tornou-se também um dos pilares do Direito Público, na medida em que é o fundamento primeiro da ordem constitucional e, portanto, o vértice do Estado de Direito.¹⁰¹

¹⁰¹ CUNHA, Alexandre do Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260.

A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. São, portanto uma coleção de princípios éticos. Isto significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Essas inscrições constitucionais são resultado e consequência de lutas e conquistas políticas associadas à evolução do pensamento, desenvolvimento das ciências e das novas tecnologias. É a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.

Uma das primeiras doutrinadoras brasileiras a destacar a dignidade como um superprincípio constitucional foi Carmem Lúcia Antunes Rocha, realçando que este princípio entranhou-se de tal forma no constitucionalismo contemporâneo, que ele estabeleceu uma nova forma de pensar o sistema jurídico, e com isto a dignidade passou a ser princípio e fim do Direito:

Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.¹⁰²

Mas o que é dignidade e qual a importância deste conceito e como ele interfere como uma fonte principiológica na doutrina, jurisprudência, enfim, na aplicação prática do Direito de Família?

4.1.2 A dignidade em Kant

Servindo-nos do fato de que a dignidade está incluída na Constituição Federal e, portanto, no nosso direito positivo, podemos partir de uma consideração do seu significado na própria lei. E na letra da lei, a dignidade é apresentada sem definição para ela mesma – ou seja, o art. 1º, III, da CF/1988 não diz o que a dignidade é –, mas unicamente traz a indicação de que ela é um dos princípios constitucionais, ou seja, uma das finalidades a ser sempre buscada ou preservada pelo Estado brasileiro. Como saber, então, que essa dignidade mencionada na lei significa um valor universal presente em todo ser humano por sua natureza racional? Por causa da origem da expressão “dignidade da pessoa humana”, que tem uma fonte muito precisa, tanto na nossa legislação quanto na de outros países: a filosofia de Immanuel Kant.

A expressão “dignidade da pessoa humana” é uma criação da tradição kantiana no começo do século XIX. Não é, diretamente, uma criação de Kant. *Em sua Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785), ao argumentar que havia em cada homem um mesmo valor por

¹⁰² ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: *Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 72, v. I, 2000.

causa da sua razão, empregou a expressão “dignidade da natureza humana”, mais apropriada para indicar o que está em questão quando se busca uma compreensão ética – ou seja, da natureza – do ser humano.¹⁰³

Kant afirma de forma inovadora que o homem não deve jamais ser transformado num instrumento para a ação de outrem. Embora o mundo da prática permita que certas coisas ou certos seres sejam utilizados como meios para a obtenção de determinados fins ou determinadas ações, e embora também não seja incomum historicamente que os próprios seres humanos sejam utilizados como tais meios, a natureza humana é de tal ordem que exige que o homem não se torne instrumento da ação ou da vontade de quem quer que seja. Em outras palavras, embora os homens tendam a fazer dos outros homens instrumento ou meios para suas próprias vontades ou fins, isso é uma afronta ao próprio homem. É que o homem, sendo dotado de consciência moral, tem um valor que o torna sem preço, que o põe acima de qualquer especulação material, isto é, coloca-o acima da condição de coisa. Ao tratar disso na *Fundamentação da Metafísica dos costumes*, Kant é explícito em seus termos. O valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas (que podem receber preço) é a dignidade; e considerar o homem um ser que não pode ser tratado ou avaliado como coisa implica conceber uma denominação mais específica ao próprio homem: pessoa. Assim, o homem, em Kant, é decididamente um ser superior na ordem da natureza e das coisas. Por conter essa dignidade, esse valor intrínseco, sem preço e acima de qualquer preço, que faz dele pessoa, ou seja, um ser dotado de consciência racional e moral, e por isso mesmo capaz de responsabilidade e liberdade.¹⁰⁴

As coisas têm preço e as pessoas, dignidade. Isto significa dizer que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, podemos substituí-la por qualquer outra como equivalente; mas o homem, superior à coisa, está acima de todo preço, portanto não permite equivalente, pois ele tem dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento; aquilo, porém, que constitui a condição, graças a qual qualquer coisa, pode ser um fim em si mesmo, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, ou seja, a dignidade.¹⁰⁵

Essa concepção tem, como tudo em filosofia, antepassados teóricos, dos quais o mais antigo pode ser considerado Pico Della Mirandola, e dois mais próximos e relevantes são os ingleses John Locke e David Hume. Mas não importa aqui investigar a fonte onde Kant bebeu,

¹⁰³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. 1, p. 139-140. (Coleção Os Pensadores).

¹⁰⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. 1, p. 139. (Coleção Os Pensadores).

¹⁰⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. 1, p. 140. (Coleção Os Pensadores).

porque a expressão “dignidade da pessoa humana”, que chegou até nós, vem de uma tradição fundada diretamente nele. Foi ele quem demonstrou que a dignidade humana decorre da natureza humana e não de variáveis externas.

Quando a expressão “dignidade da pessoa humana” passou a ser empregada pelo Direito, ela tinha a missão de designar uma personalidade, que em Direito também envolvia a imagem pública de alguém. A personalidade de alguém, em função de sua imagem pública passa a dar ao termo dignidade um caráter de relatividade que, de maneira nenhuma, seria permitido pela ética. Mas foi o significado vulgarizado que fez fortuna, e desde então a expressão “dignidade da natureza humana” foi substituída pela expressão mais digerível “dignidade da pessoa humana”, que, dependendo do significado que se dê tanto à “dignidade” quanto à “pessoa”, permite concepções variadas e distantes do índice original da natureza humana.

Independente disso, a expressão “dignidade da pessoa humana” foi cunhada como versão da expressão “dignidade da natureza humana”, mas trata-se, em essência, da mesma coisa. É certo que uma vulgarização dessa expressão prejudica em muito a sua compreensão, mas diante disso basta esclarecer do que se trata. E a dignidade da pessoa humana é, e sempre será um valor idêntico que todo ser humano tem porque é racional. Não há relatividade da capacidade que permita eliminar a razão de um ser humano; é por isso que, do ponto de vista ético, no Direito todo ser humano tem o mesmo valor. Se a dignidade é hoje um princípio constitucional, isso é resultado de uma conquista histórica. É o reconhecimento de que não importa quais sejam as circunstâncias ou qual o regime político, todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa, e a garantia, na prática, de uma personalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder. Exigir, por meio de preceito constitucional que o Estado reconheça a dignidade da pessoa humana, é exigir que ele garanta a todos direitos que podem ser considerados válidos para um ser humano capaz de compreender o que é o bem.

Como se disse, a noção de Direitos Humanos só pôde ser desenvolvida porque em sua base de sustentação está a dignidade de todo e qualquer ser humano, ou seja, na idéia dos Direitos Humanos está a certeza de que determinados direitos devem ser atribuídos às pessoas por uma mesma causa universal e acima de qualquer arbítrio humano. Trata-se de necessidades humanas determinadas pela sua natureza, e que nenhum Estado tem o poder de modificar. Nenhum Estado é capaz, por exemplo, de modificar a necessidade que todo ser humano, vivendo em uma sociedade, tem de moradia, educação, saúde e liberdade. Os Direitos Humanos são, portanto, fruto do reconhecimento da existência da dignidade da pessoa humana.

Assim, não é por acaso que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional. Ela é acima de tudo um princípio ético, que a história mostrou ser necessário incluir entre os princípios do Estado. Na verdade, a dignidade da pessoa humana é mais que um direito, pois ela é a prova de que deve haver certos direitos de atribuição universal, por isso é também um princípio geral do direito. Uma Carta de Direitos que não reconheça essa idéia ou que seja incompatível com ela é incompleta ou ilegítima, pois se tornou um valor e uma necessidade da própria democracia.

4.1.3 Dignidade, direitos humanos e inclusão social

A expressão “dignidade da pessoa humana”, com o sentido que ela tem hoje, é de uso recente no mundo jurídico. Podemos dizer que seu marco inaugural para os ordenamentos jurídicos está na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, embora a Constituição da República italiana, um ano antes (1947), em seu art. 3º, já tivesse se utilizado de tal expressão: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais”. Um ano depois, a Constituição da República da Alemanha (1949) em seu art. 1.1 também já proclamava esta expressão: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. Daí em diante todas as constituições democráticas começaram a utilizar tal expressão, tornando-se, então, uma exigência essencial para a noção de cidadania. A inscrição da dignidade humana nos ordenamentos jurídicos é o resultado e consequência de uma reflexão filosófica acumulada nos séculos anteriores, cuja grande contribuição, como se disse, foi dada por Kant com sua *Metafísica dos costumes*, colocando o homem como fim e não meio de todas as coisas. Além disso, esse ideal de dignidade só foi positivado nos ordenamentos jurídicos contemporâneos porque significou também a consequência de um processo de lutas políticas, ideais de liberdade, igualdade e exigências de organizações políticas econômicas e sociais do pós-guerra.¹⁰⁶

E, assim, a dignidade da pessoa humana tornou-se indissociável das constituições democráticas, que por sua vez são também indissociáveis dos preceitos basilares dos Direitos Humanos, em cuja Declaração de 1948 estão traduzidos a essência e o espírito daquilo que se pretende ideal para uma sociedade justa: todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação aos outros com espírito de fraternidade.

Uma sociedade justa e democrática começa e termina com a consideração da liberdade e da autonomia privada. Isto significa também que a exclusão de determinadas relações de família do laço social é um desrespeito aos Direitos Humanos, ou melhor, é uma afronta à dignidade da pessoa humana. O Direito de Família só estará de acordo e em consonância com a dignidade e com os Direitos Humanos a partir do momento em que essas relações interprivadas não estiverem mais à margem, fora do laço social. Os exemplos históricos de indignidade no Direito de Família são muitos: a exclusão da mulher do princípio da igualdade, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não-reconhecimento de outras formas de família que não fosse o casamento.

¹⁰⁶ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 16, p. 5-11, jan./fev./mar. 2003.

Como se vê, o Direito de Família está intrinsecamente ligado aos “Direitos Humanos” e à dignidade. A compreensão dessas noções, que nos remetem ao conceito contemporâneo de cidadania, é que tem impulsionado a evolução do Direito de Família. Cidadania pressupõe não exclusão. Isto deve significar a legitimação e a inclusão no laço social de todas as formas de família, respeito a todos os vínculos afetivos e a todas as diferenças. Portanto, o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.

4.1.4 Dignidade e subjetividade

O princípio da dignidade, como todos os princípios, contém valores e, portanto, traz consigo, além de seu conteúdo normativo, um conteúdo axiológico. *In casu*, o valor é a dignidade que se dá ao bem, isto é, ao homem. E é por conter valor que a dignidade está também no perigoso terreno da relatividade e subjetividade e “já não esconde o grande desacordo sobre seu conteúdo”.¹⁰⁷ Os exemplos são muitos: invoca-se o princípio da dignidade humana para justificar a mudança de sexo e de nome de um transexual, mas este mesmo princípio é invocado para justificar o contrário; a adoção por homossexuais pode ter como invocação o princípio da dignidade e da igualdade de tratamento e, ao mesmo tempo, pode ser invocado para negar tal adoção (ver cap. 2); a eliminação de embriões excedentários pode ser considerada por alguns como afronta ao princípio da dignidade, como também conservá-los pode ser indigno; o aborto legal, isto é, em casos de estupro e grave risco de saúde da mãe - o feto pode ser expulso, sendo que em outras situações proíbe-se o aborto com base na dignidade da pessoa humana; os ordenamentos jurídicos que não recepcionam a pena de morte sustentam-se no princípio da dignidade humana com o seu valor máximo, a vida. Por outro lado, os Estados que adotam a pena de morte relativizam até mesmo este valor máximo que é a vida. Os tribunais decidiram, reiteradas vezes, que obrigar o suposto pai a submeter-se ao exame em DNA afronta o princípio da dignidade humana e, no entanto, o CCB de 2002, em nome do princípio do melhor interesse da criança, positivou em seus arts. 231 e 232 uma quase obrigatoriedade de realização desse exame, o que significa também uma relativização da tão invocada dignidade.

Como se vê, a verdade sobre o valor da dignidade é relativa e é construída ideologicamente na medida em que as concepções subjetivas vão mudando. Como bem disse o jurista Antônio Junqueira, no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, em Ouro preto/MG, “a confusão é geral”:

¹⁰⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2002, p. 329-351.

É preciso, pois, aprofundar o conceito de dignidade da pessoa humana. A pessoa é um bem e dignidade, o seu valor. O direito do século XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do ‘bando dos quatro’ – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa fé, interesse público – preenchendo-os pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, surge agora, no século XXI problema idêntico com a expressão dignidade da pessoa humana.¹⁰⁸

Antônio Junqueira, neste mesmo trabalho, diz que há duas concepções de pessoa humana que tentam dar o suporte à idéia de dignidade. A primeira é a chamada concepção insular, baseada em que o homem como razão e vontade ou autoconsciência leva ao entendimento de que ele e a natureza são respectivamente sujeito e objeto e somente o homem é racional e capaz de querer. A esta concepção ele propõe um *réquiem*. A segunda é a concepção de uma nova ética, em que o homem deve se integrar à natureza, é a ética da vida e do amor, e para os quais cada pessoa humana é condição de existência, pois sem vida não há pessoa, e sem pessoa não há dignidade. O princípio jurídico da dignidade, como fundamento de um Estado Democrático, exige como “pressuposto a intangibilidade da vida humana”.¹⁰⁹

Por mais que se aceite como absoluta a intangibilidade da vida humana, na aplicação dos princípios ao caso concreto, haverá sempre uma relativização, pois independentemente das estruturas do Estado de Direito, o que se encontrará numa interpretação jurídica “é um sujeito singular diante de um conflito humano igualmente singular”.¹¹⁰

Compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra não é tarefa nada fácil. É que o ângulo pelo qual se vê e se atribui o valor à dignidade é um ângulo do sujeito singular com toda a sua carga de subjetividade, isto é, sua particularidade, seus motivos e registros inconscientes que produziram aqueles determinados valores do sujeito desejante, inclusive com o seu conteúdo ideológico. As decisões abaixo ilustram e nos ajudam a refletir sobre a relatividade do conceito de dignidade que, às vezes, em nome de outros princípios, atribui diferentes dignidades sociais:

¹⁰⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2002, p. 329-351.

¹⁰⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2002, p. 334.

¹¹⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação ao subjetivo. In: BOUCAULT, Carlos A.; RODRIGUEZ, J. R. (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 292.

a) Anulação de Casamento - Erro Essencial - Interpretação Constitucional - Estado Civil - Atributo da Personalidade - Predicado da Dignidade da Pessoa Humana - Casamento Não Consumado - Cônjuge Abandonado logo após o Casamento - Recurso Provido.

O estado civil revela atributo da personalidade e predicado da **dignidade da pessoa humana**, consubstanciando um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III). A não-consumação do matrimônio, ante a recusa do cônjuge à convivência, à coabitação e ao consórcio carnal, abandonando a esposa logo após a cerimônia, enseja a anulação do casamento, porquanto configurado o erro essencial sobre a pessoa do outro, apresentando-se a inação conjugal hábil ao acolhimento da pretensão deduzida em juízo.

(...) Sob todos os pontos de vista - ético, moral e legal - reprovável a conduta do ora apelado em abandonar a ora apelante exatamente no dia em que convolaram núpcias, fazendo configurar respectiva conduta recusa de coabitação em seu sentido amplo. Ora, a interpretação constitucional do dispositivo que envolve a matéria não comporta essa premissa. O raciocínio hermenêutico e jurídico-social não admite essa conclusão. O estado civil revela atributo da personalidade e integra a **dignidade da pessoa humana**, consubstanciando um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III). Exigir que a apelante - mesmo com o reconhecimento judicial sobre a não-consumação do casamento - ostente o estado civil de 'separada judicialmente' (seria esse o caminho?!) seria afrontar a sua dignidade, mediante forma sem conteúdo, literalidade sem sentido e formalismo desatrelado da realidade.

(TJMG Apel. Cível n.1.0694.01.002065-9/001, Rel. Des. Nepomuceno Silva, pub. 20/8/2004) (grifos nossos).

b) A Execução. Impenhorabilidade. Aparelho de som e antena parabólica. Bens excluídos da proteção da Lei n.8009/90, instituída para garantia da **dignidade** da família. Aparelho de som e antena parabólica não são considerados indispensáveis a garantia da **dignidade da pessoa humana**, e, portanto, estão excluídos da Impenhorabilidade Absoluta, conferida na Lei n.8009/90. Sentença Reformada.

(Apel. Cível n.70000768119, 9ª CC, TJRS, Rel. Mara Larsen Chechi, julgado em 26/4/2000). (grifos nossos).

c) Execução. Agravo de Instrumento. Penhora de Bens de Residência. Impenhorabilidade dos Bens Móveis Essenciais ao Convívio Familiar. Televisão e Aparelho de Som. Nulidade. Art. 659 § 20, do CPC e Lei n.8009/90. Exegese. A penhora de bens móveis que guarnecem a residência não pode incidir sobre aqueles essenciais ao convívio familiar. A Lei n.8009/90 é de ordem pública e visa garantir um mínimo de existência digna. Um único televisor e um único aparelho de som, bens móveis que guarnecem o imóvel não podem ser objeto de constrição porque essenciais ao lazer, direito individual garantido pelo artigo 60, da Carta Magna. A proteção da Lei 8009/90 excepciona os veículos

de transporte, obras de arte e adornos suntuosos (artigo 2º, caput), que não se confundem com os bens constritos nos autos. O artigo 659, § 2º. do CPC, decorre do princípio da economia processual, enquanto a Lei n.8009/90 decorre do **princípio da dignidade da pessoa humana** (artigo 1º, da CF/88).

(TJRJ, AI n. 2003.002.21211, 1ª CC, Rel. Des. Maria Augusta Vaz, julgado em 17/2/2004). (grifos nossos).

Maria Celina Bodin de Moraes deu uma grande contribuição para ajudar a elucidar e trazer uma resposta que pudesse conjugar relatividade e subjetividade à objetividade do conceito de dignidade. Buscando na filosofia, particularmente em Kant, e citando Marilena Chauí, sugere que o substrato material da dignidade seja desdobrado em quatro postulados, e assim será possível trazê-lo para o campo de uma maior objetividade:

D) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; II) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; III) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; IV) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica, da liberdade e da solidariedade.

Esta decomposição serve ainda a demonstrar que, embora possa haver conflito entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparada por um desses princípios, e, portanto, conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, a priori, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, assim como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, se bem feita aquela ponderação.¹¹¹

A importância do pensamento esboçado pela autora de *Danos à pessoa humana*, Maria Celina Bodin de Moraes, está posto quando ela estabelece que o macroprincípio da dignidade da pessoa humana nunca poderá sofrer qualquer tipo de relativização, mas apenas os subprincípios que compõem seu conteúdo. No caso concreto, o que deve haver, portanto, é uma ponderação de princípios, de modo a se precisar a forma em que será alcançada a dignidade.

Essa concepção inovadora não invalida o que falamos anteriormente, considerando que é possível relativizar-se, também, o conteúdo do princípio da dignidade, que varia em cada situação. Isso porque, como já dissemos, além dos parâmetros hermenêuticos estabelecidos pelo

¹¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

ordenamento jurídico, há a inevitável interferência da subjetividade na objetividade, que também está a compor o conteúdo de cada princípio, associando-se a uma interpretação racional. Desse modo, a construção do conteúdo da dignidade varia de caso a caso, como verificamos através das jurisprudências aqui transcritas exemplificativamente.

É importante salientar que este uso indiscriminado da dignidade humana, embora possa acarretar uma banalização deste fundamental princípio, tem relevância ímpar, por colocar em pauta a proteção e a promoção da pessoa humana. Além disso, é inevitável que isso ocorra, pois, em face de ter obtido *status* de fundamento da República, através do art. 1º, III, da Constituição, deve informar todo o sistema jurídico. Por ser princípio jurídico, tem, também, inevitável aplicação direta a todas as relações ou, mais que isso, passou a informar todas as relações jurídicas, tendo em vista que toda e qualquer aplicação normativa deve atender preponderantemente à pessoa, antes de atentar-se a qualquer outro valor. Caso contrário, estar-se-á desatendendo o preceito constitucional, privilegiando a ordem jurídica pré-Constituição de 1988, que tinha como valor principal o patrimônio. A dignidade, portanto, é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana. Está em seu bojo a ordem imperativa a todos os operadores do Direito de despir-se de preconceitos – principalmente no âmbito do Direito de Família –, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente na seara do Direito de Família, que tem a intimidade, a afetividade e a felicidade como seus principais valores.

4.2 O princípio da monogamia

4.2.1 A essência da monogamia

O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. Se fosse mera regra moral teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários Estados não adotam a monogamia.

Não cabe aqui enveredar por uma investigação antropológica para saber se a monogamia humana surgiu de uma necessidade ecológica ou se foi imposta pela lei ou religião. Entretanto, interessa ao Direito saber que em sua essência está uma proibição de ordem sexual. Freud, em texto de 1917, nos diz que a origem da monogamia está associada à virgindade da mulher e à idéia de posse e propriedade:

Poucas particularidades da vida sexual dos povos primitivos são tão estranhas a nossos próprios sentimentos quanto a valorização da virgindade, o estado de intocabilidade da mulher(...). A exigência de que a moça leve para o casamento com determinado homem qualquer lembrança de relações sexuais

como outro nada mais é, realmente que a continuação lógica do direito de posse exclusiva da mulher, que **constitui a essência da monogamia**, a extensão desse monopólio para incluir o passado.¹¹² (grifos nossos)

A monogamia ultrapassa interesses antropológicos, psicológicos e jurídicos. Podemos dizer que ela é, hoje, também uma questão filosófica e abrange praticamente tudo o que de fato interessa. Adam Phillipis, em seu livro *Monogamia*, ao escrever mais de uma centena de aforismos sobre as controvérsias correntes na contemporaneidade dos valores da família, diz que todas essas discussões são, em síntese, uma reflexão sobre a monogamia:

Honestidade, assassinato, afeto, segurança, escolha, desejo, lealdade, mentiras, risco, dever, filhos, emoção, amor, promessas, preocupação, curiosidade, ciúmes, direitos, culpa, êxtase, princípios, castigo, dinheiro, confiança, inveja, paz, solidão, lar, humilhação, respeito, concessão, regras, continuidade, sigilo, chance, compreensão, traição, intimidade, consolação, amizade, aparências, suicídio e, claro, a família. A monogamia não é simplesmente sobre essas coisas, entre outras; mas quando falamos de monogamia não há como deixar de falar dessas coisas também(...) a monogamia é a única questão filosófica séria.¹¹³

4.2.2 Monogamia e poligamia

Quando falamos em monogamia estamos nos referindo a um modo de organização da família conjugal. O seu negativo, ou, o avesso deste princípio não significa necessariamente o horror de toda organização social, ou seja, a promiscuidade. Traição e infidelidade não significam necessariamente a quebra do sistema monogâmico. A caracterização do rompimento do princípio da monogamia não está nas relações extraconjugais, mas na relação extraconjugal, em que se estabelece uma família simultânea àquela já existente, seja ela paralela ao casamento, união estável ou a qualquer outro tipo de família conjugal. Tomamos aqui a expressão conjugal para fazer uma diferenciação à família parental. Uma pode conter ou estar contida na outra, mas se diferenciam por ser a família conjugal assentada no amor conjugal, isto é, que pressupõe o amor sexual.

O sistema monogâmico, antes de ser um sistema de regras morais, como já dissemos, é um sistema organizador das formas de constituição de famílias, que se polariza com o sistema poligâmico. A palavra *polygamia* tem origem grega e, literalmente, significa a união de uma pessoa com muitos cônjuges ao mesmo tempo, referindo-se tanto ao homem quanto à mulher. Assim, poligamia é o gênero que comporta duas espécies: a poliginia, um homem vivendo com várias

¹¹² FREUD, Sigmund. O tabu da virgindade - Contribuições à psicologia do amor III. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1995, v. XI, p. 179.

¹¹³ PHILLIPS, Adam. *Monogamia*. (Prefácio). Trad. Carlos Sussekind. São Paulo: Companhia da Letras, 1997.

mulheres; poliandria, pluralidade de maridos. Todas as definições encontradas em dicionários, doutrina jurídica, artigos e livros técnicos específicos referem-se sempre a maridos, esposas ou cônjuges, como se o regime monogâmico ou poligâmico se definisse apenas através do casamento. Com a evolução dos costumes, e principalmente após a Constituição da República Federativa do Brasil, houve o reconhecimento e a legitimação do Estado a outras formas de constituição de família, e à expressão cônjuge deve ser estendida a compreensão de qualquer forma de família conjugal.

Feita a distinção entre monogamia e poligamia, torna-se necessário distinguir a monogamia de fidelidade e infidelidade, nestes dois sistemas culturais e jurídicos. A proibição de relações extraconjugais é uma das formas e instrumentos de garantia do sistema monogâmico, e também do poligâmico. No regime monogâmico brasileiro, a infidelidade constitui o tipo penal de adultério; no regime poligâmico infiel é aquele que mantém relações extraconjugais, com outrem além do número de cônjuges previsto no ordenamento jurídico. Como se percebe, a variação é sobre a natureza do pacto sociocultural, poli ou monogâmico, mas, de qualquer forma, nesta ou naquela maneira de organização de família, a premissa de fidelidade está sempre presente como uma condenação moral pela infração àquele pacto social.

4.2.3 Interditos ao desejo, fidelidade e promiscuidade

Não há cultura, socialização ou sociabilidade sem que haja proibições e interdições ao desejo. É neste sentido que o Direito funciona como uma sofisticada técnica de controle das pulsões e podemos dizer, então, que a primeira lei de qualquer agrupamento, tribo ou nação é uma lei de Direito de Família: a Lei-do-pai, ou seja, o interdito proibitório do incesto. É essa Lei primeira, presente em todas as sociedades, que possibilita a passagem do estado de natureza para a cultura. Somente quem passa por esse interdito proibitório é capaz de ter acesso à linguagem, às relações sociais, jurídicas, enfim, tornar-se sujeito. Essa proibição, como tão bem já investigada na Antropologia e na Psicanálise, especialmente por Claude Levi Strauss e Freud, é uma lei universal e está presente em todas as culturas.¹¹⁴ As variações de cada cultura são apenas em relação à organização parental, isto é, em uma determinada sociedade a proibição é em relação a pais e filhos, em outra o interdito é entre irmãos, tios, etc, mas sempre presente uma proibição. Sem esse interdito primevo e primeiro estaria instalada a promiscuidade, que geraria o caos e inviabilizaria qualquer organização social e jurídica. Assim, essas proibições estão na origem de toda e qualquer sociedade. Jaques Lacan, em um de seus primeiros escritos (1938), é categórico ao dizer que não se pode afirmar que havia uma promiscuidade no início das civilizações:

¹¹⁴ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 16-21.

desde a origem existem interdições e leis. As formas primitivas da família já continham seus traços essenciais e que o conserva até hoje, ou seja, autoridade concentrada no patriarca ou matriarca, modo de parentesco e transmissão de herança.¹¹⁵

Assim como o incesto é um interdito que possibilita a existência de relações sociais, a monogamia ou mesmo a poligamia constituem-se também como um interdito viabilizador da organização da família, e sua essência não é apenas de um regramento moral ou moralizante, mas de um interdito proibitório, sem o qual não é possível organização social e jurídica. A proibição poderia ser, por exemplo, um homem não ter mais de três mulheres ou uma mulher não ter mais de três homens. Qualquer que seja a proibição ela será apenas uma variação em torno do mesmo tema, ou seja, da necessidade de se barrar um excesso, fazer uma renúncia pulsional para que possa haver civilização. Portanto, não é apenas uma questão moral, mas de necessidade de alguma interdição, pois se não houver proibições não será possível a constituição do sujeito e, conseqüentemente, de relações sociais. Assim, um dos instrumentos de manutenção do regime monogâmico, a fidelidade, faz-se à custa de uma renúncia pulsional.

4.2.4 O avesso do direito

A desinstalação do caos só foi possível em razão de leis e interditos primevos. Portanto, desde o início de tudo, desde a origem, há proibições e interditos, como já disse Lacan. Os dez mandamentos da lei de Deus são interditos proibitórios viabilizadores de uma civilização. “Não cobiçar a mulher do próximo”, por exemplo, só foi necessário estar ali porque, certamente, desde o início, já se cobiçava a mulher alheia. O porquê dessa proibição é que há um desejo subjacente a ela. Freud, em *Totem e tabu*, afirma com sua clareza e clarividência costumeira que, “afinal de contas não há necessidade de se proibir algo que ninguém deseja fazer e uma coisa que é proibida com a maior ênfase deve ser algo que é desejado”.¹¹⁶ Interessante observar que essas proibições, segundo o próprio Freud, dirigem-se especialmente em oposição à liberdade do prazer.¹¹⁷

Poucos anos depois da publicação de *Totem e tabu*, em que Freud coloca a idéia do desejo que se contrapõe à lei jurídica, Giorgio Del Vecchio, jusfilósofo e então reitor da Universidade de Roma, publica em sua obra *Lições de filosofia do direito*, cuja primeira edição é de 1930, as

¹¹⁵ LACAN, Jacques. *Complexos familiares*. Trad. Marco A. C. Jorge e Potiguara M. da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 14.

¹¹⁶ FREUD, Sigmund. Totem e tabu. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Orizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1995, v. XIII, p. 91.

¹¹⁷ FREUD, Sigmund. Totem e tabu. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Orizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1995, v. XIII, p. 41.

mesmas idéias de Freud. Certamente é uma coincidência de pensamento, pois Del Vecchio nenhuma referência faz à Freud e naquela época a Psicanálise não era ainda muito conhecida pelos juristas. Curiosa coincidência, que reafirma nossa convicção do profícuo encontro destes dois campos do conhecimento, Direito e Psicanálise. Em outras palavras, ele disse o mesmo que Freud havia dito, ou seja, que a todo desejo há uma lei que se lhe contrapõe. Nas palavras do jurista, o Direito só existe porque existe o torto e que essas noções são complementares e interdependentes. “Por muito que pareça extraordinário, o Direito é essencialmente violável e existe por graça de sua violabilidade. Se fosse impossível o torto desnecessário seria o Direito.”¹¹⁸

A fidelidade, com certeza, só tornou-se lei jurídica, isto é, um dos deveres do casamento, porque o “impulso” da infidelidade existe. Para determinadas pessoas a fidelidade é intrínseca à sua personalidade e funciona como um pressuposto natural de respeito e para elas não haveria a menor necessidade de colocá-la como um dever, já que ele é inerente a essas pessoas. Para outros, ela torna-se necessária como um dever legal, pois são naturalmente fiéis ao parceiro, ou têm uma propensão natural à infidelidade e, portanto, precisam sofrer um interdito proibitório, que tem também a função de barrar ou conter os excessos daquilo que extrapola o convencionalizado no campo social. Este é também um dos sentidos da lei jurídica, ou seja, um interdito proibitório dos impulsos inviabilizadores do convívio social. Para aqueles que não têm determinadas leis internas, a lei externa, ou melhor, a lei jurídica deve existir.

Neste encontro, ou desencontro, do desejo e da lei, há uma questão relevante que merece ser indagada. É possível à lei jurídica regular o desejo, ou é o desejo que faz a lei? Em outras palavras, a necessidade da lei moral pressupõe a regulação do desejo, ou é a lei jurídica que institui um desejo de transgressão? Esta questão já havia sido posta por Del Vecchio quando ele disse que a idéia do Direito é concebível apenas se tiver correlação com o seu contrário, da mesma forma que o torto é inconcebível sem a noção do direito. Citando Schopenhauer, mas reconhecendo que ele se excedeu, afirma que a noção verdadeiramente positiva é a de injustiça e a sua negação é que seria a justiça, o Direito.

Nenhum esforço de dialética poderá superar esta necessidade lógica que nos impede de antepor a noção do torto à noção do Direito(...) É pois absurdo falar de precedências com relação a noções que são por própria natureza correlativas. Na realidade, a determinação do torto e do Direito são concomitantes, pois constituem, uma só e a mesma coisa. O mesmo juízo, a mesma linha lógica levam-nos, pois, a distinguir o Direito do torto e a contrapô-los entre si.¹¹⁹

¹¹⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1959, v. II, p. 72-73.

¹¹⁹ SCHOPENHAUER *apud* DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1959, v. II, p. 73.

Em outras palavras, o desejo precisa ser regulado? É possível regulá-lo? Não regulá-lo seria permitir uma degradação da lei moral? Freud, em um de seus mais conhecidos textos, *Mal-estar na civilização*, nos diz que a construção cultural pressupõe uma renúncia pulsional, que ele chamou de sublimação dos fins instintivos. É a sublimação, segundo ele, que torna possível as atividades psíquicas superiores, científicas, artísticas ou ideológicas. Portanto, o desenvolvimento da civilização impõe restrições ao instinto e ao desejo, e o Direito deve exigir que ninguém fuja a essas restrições. Não é fácil privar de satisfação um instinto, e não se faz isso impunemente, ou seja, paga-se um alto preço por isso que é o *mal-estar da civilização*.¹²⁰

4.2.5 O justo e o legal na monogamia

Para se manter uma organização jurídica sobre a família, em que o eixo estrutural gira em torno da monogamia, é necessário que haja interditos, insista-se. Neste sentido, a infidelidade torna-se interesse do Estado na medida em que ele pretende dar proteção às famílias. Por outro lado, é o pacto particular do casal que deveria determinar essas regras. Daí surge uma outra questão que devemos enfrentar, ou seja, qual o limite entre o público e o privado? Até que ponto o Estado pode intervir nestas questões que deveriam dizer respeito apenas ao casal. Sobre isto, especificamente, trataremos no item 4.5 sobre o “princípio da menor intervenção estatal”.

Se o casal tem livre determinação para estabelecer em um pacto de convivência, ou pacto antenupcial, as regras econômicas da relação, não poderia então, estabelecer livremente sobre os deveres pessoais, entre eles o da infidelidade, por exemplo? Se se estabelecer em um pacto antenupcial ou de união estável, que após dez anos de convivência, um dos dois poderia ter relações extraconjugais, seria válido? Se fosse em um pacto antenupcial esta cláusula invalidaria o tipo penal adultério? Se a relação extraconjugal for apenas eventual, uma simples aventura, provavelmente isto ficaria na ordem do privado, e entre o próprio casal deveria ser resolvido se aquele “arranjo” é viável e suportável, ou se levaria ao rompimento da relação. Situação diferente é se daquela relação extraconjugal originasse uma outra família conjugal. Aí estaria ferindo o princípio jurídico da monogamia, ainda que tivesse a permissão do cônjuge ou companheiro. Em contrapartida, aquela outra família, paralela ao casamento ou à união estável, foi constituída de fato. Tornou-se uma realidade jurídica. Como é possível conciliar o justo e o legal, ou seja, como compatibilizar o princípio da monogamia com essas situações fáticas?

Infidelidade, independentemente das causas ou conseqüências que ela pode ter, remete a todos que sobre ela falam, pensam, ou se deparam, aos fantasmas mais ocultos. Há aqueles que a relativizam, condenam, são complacentes, têm horror, medo, enfim, ela desperta os mais variados sentimentos e fantasias, alguns não reveláveis a ninguém.

¹²⁰ FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. José Octavio de A. Abreu. Rio de Janeiro: Imago, v. XXI, p. 111-118.

Voltando à objetividade, para além de uma regra moral, cuja “sanção” pode não passar de um sentimento de culpa, a fidelidade é uma regra jurídica, e constitui-se como um dos deveres do casamento. É o que está estabelecido na maioria dos códigos civis ocidentais:

- Código Civil espanhol – Art. 68. *Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardar-se fidelidad y socorrerse mutuamente.*

- Código Civil francês – Art. 212. *Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.*

- Código Civil português – Art. 1.672. Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

- Código Civil argentino – Art. 198. *Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.*

- Código Civil brasileiro – Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca.

O Código Civil brasileiro de 2002 repetiu, neste aspecto, o art. 231 do Código Civil de 1916, acrescentando apenas o inciso V – respeito e consideração mútuos. Este inciso, na verdade, contém o inciso I, pois respeito e consideração deveria pressupor fidelidade conjugal.

A infração ao dever de fidelidade pode significar alegação de causa da separação. Entretanto, os ordenamentos jurídicos mais modernos, e entre eles o brasileiro, têm adotado cada vez mais uma tendência de abolição de culpa pelo fim da conjugalidade. Se dever de fidelidade perde sua força como regra jurídica para alegação de separação, qual a sanção aplicável à quebra deste dispositivo? É possível obrigar alguém a ser fiel? Maria Berenice Dias, sempre desbravando e inovando o pensamento jurídico brasileiro, é quem nos remete a esta reflexão:

mesmo sendo indicada na lei como requisito obrigacional a manutenção da fidelidade, trata-se de direito cujo adimplemento não pode ser exigido em juízo. Ou seja, desatendendo um do par o dever de fidelidade, não se tem notícia de ter sido proposta, na constância do casamento, demanda que busque o cumprimento de tal dever. Tratar-se-ia de execução de obrigação de não fazer? E, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado? Ademais, se eventualmente não cumprem um ou ambos os cônjuges dito dever, tal em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial. Mas não é só. Cabe figurar a hipótese de não ser consagrado dito dever em norma legal, seria de admitir-se que deixou de existir e de se poder exigir a fidelidade, quem sabe o mais sagrado compromisso entre os cônjuges? Deixaria de haver a possibilidade de se buscar a separação se não estabelecido em lei esse direito dever ou dever-direito dos consortes?¹²¹

¹²¹ DIAS, Maria Berenice. O dever de fidelidade. *Revista AJURIS* n. 85, t. I, p. 477-479, mar. 2002.

4.2.6 A natureza monogâmica

Pensando a fidelidade como uma expressão natural da monogamia, é de se indagar se existe uma *natureza* monogâmica, se o impulso à infidelidade é uma propensão natural e se isto é diferente para o gênero masculino e feminino. Do ponto de vista jurídico, com a proclamação da igualdade de direitos entre homens e mulheres, a obrigação de fidelidade é recíproca. Na prática, sempre houve pesos e valores diferentes para homens e mulheres. Atualmente, esses “pesos” tendem a se equilibrar entre os gêneros, embora ainda estejamos neste processo histórico da luta pela igualdade (ver item 4.4). O acesso da mulher ao mercado de trabalho remodelou a relação homem e mulher, comprovando a teoria de Friedrich Engels, de que a monogamia está entrelaçada com a questão econômica:

(...) desde que a grande indústria arrancou a mulher do lar para atirá-la ao mercado de trabalho, e à fábrica, convertendo-a, freqüentemente, em sustentáculo da casa, ficaram desprovidos de qualquer base os restos da supremacia do homem no lar proletário, excetuando-se, talvez, certa brutalidade no trato com as mulheres, muito arraigada desde o estabelecimento da monogamia.¹²²

Engels, um dos autores que melhor escreveu sobre a origem da monogamia e sua introdução no cenário da Idade Antiga, Média, Moderna e Contemporânea, nos diz que a monogamia entra na História não como uma forma mais elevada do matrimônio e não é também uma reconciliação entre o homem e a mulher. Ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, aplacando um conflito, ignorado na pré-história, mas principalmente para garantir que a paternidade seja indiscutível e que os filhos na qualidade de herdeiros terão assegurada a transmissão da herança.¹²³

A monogamia foi um grande progresso histórico, mas foi também uma forma de garantir as riquezas privadas e paradoxalmente a escravidão e o regime patriarcal se instalaram às custas da dor e da repressão de outros. “A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos (...) o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia.”¹²⁴

¹²² ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 78.

¹²³ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 66.

¹²⁴ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 71.

O sistema monogâmico surgiu, portanto, por razões econômicas, e com uma divisão sexual do trabalho que atribuiu ao homem uma preponderância. Este sistema só se sustentou até hoje porque suas regras de fidelidade eram válidas para a parte economicamente mais fraca. A partir do momento em que não houver mais diferenças econômicas entre os gêneros e na medida em que as leis vão proclamando a igualdade, certamente as regras da fidelidade também sofrerão modificações, como parece que já está acontecendo. A infidelidade masculina provavelmente terá o mesmo peso e valor que a feminina. Até pouco tempo, ela era quase um enaltecimento da masculinidade, enquanto a feminina poderia ter, por consequência, a própria morte. Essa diferença chegou a dar à mulher o título de honesta ou desonesta, segundo disposições do Código Civil de 1916, vigente até janeiro de 2003.¹²⁵

O rebaixamento das mulheres, a suposta superioridade masculina e a facilitação da infidelidade dos homens no sistema monogâmico, fazem-nos acreditar, ou pelo menos perguntar, se os homens são mais infiéis por uma questão de sua própria natureza. Independentemente da resposta que se encontre para essas perguntas, uma constatação é certa: nos processos de separação litigiosa requeridos por homens, 90% deles são em razão da infidelidade da mulher. Por outro lado, das separações requeridas por mulheres, apenas 20% têm como causa a infidelidade do marido. Tais dados significam que os valores no sistema monogâmico realmente têm pesos diferentes para um homem e mulher.

De uma forma ou de outra, as previsões feitas por Engels, no final do século XIX, para a evolução do sistema monogâmico e sua condição de sustentação, parecem hoje mais claras para uma sociedade do século XXI.

Por isso, quando chegarem a desaparecer as considerações econômicas em virtude das quais as mulheres foram obrigadas a aceitar essa infidelidade masculina habitual – a preocupação pela própria subsistência e, ainda mais, pelo futuro dos filhos – a igualdade alcançada pela mulher, a julgar por toda nossa experiência anterior, influirá muito mais no sentido de tornar os homens monógamos do que no de tornar as mulheres poliandras.¹²⁶

4.2.7 O amor *on line*, *off line* e a ciberinfidelidade

Enquanto houver desejo, haverá quem cobice a mulher do próximo, tenha relações extraconjugais e infrinja o dever de fidelidade, elo de sustentação do sistema monogâmico. As razões são as mais variadas, mas sejam quais forem, transitam sempre pela ordem do desejo. O

¹²⁵ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Mulher honesta. *Estado de Minas*, Caderno 1, 10 jun. 1997.

¹²⁶ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p.89.

desejo encaminha, às vezes desencaminha ou segue caminhos tortuosos e escapa ao normatizável. Embora os escritos de Engels tenham sido anteriores aos de Freud, e ele ainda não tivesse, portanto, a compreensão teórica das razões inconscientes e subjetivas, a elas se referiu várias vezes em sua mencionada obra. Afirmava ele que o adultério e a prostituição são elementos complementares da monogamia.¹²⁷

A prostituição é proibida na ordem jurídica. Porém, todos sabem que ela existe, sempre existiu, e é, inclusive, conhecida como a profissão mais antiga do mundo. Alguns apontam para a necessidade desta profissão e, em razão disso, apesar da proibição, ela é tolerada. Daí o nome “casa de tolerância”. Mais que toleradas, na sociedade atual elas são aceitas e há até movimentos organizados para reivindicação de reconhecimento de tal profissão, que, hoje, numa tentativa de desestigmatização, recebem outros nomes, tais como, garotas ou garotos de programa.

O adultério, ou melhor, a infidelidade - pois adultério é um tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro, e quando Engels a ele se referiu, era no sentido de infidelidade e não no sentido técnico jurídico da esfera penal -, é um complemento indispensável da monogamia. Neste sentido, ele cumpre até mesmo uma função social de manutenção da família conjugal monogâmica. A prática, proibição e formas dessas infidelidades, ao longo do tempo, são variações em torno do mesmo tema: cintos de castidade, excomunhão, sanções civis, penais ou morais e recentemente uma nova modalidade, a infidelidade virtual, surgida a partir de uma nova realidade cibernética.

Para o filósofo Aaron Ben-Ze'ev, em seu livro *Love on line*, a realidade cibernética terá como consequência uma modificação inevitável das formas sociais atuais, como casamento, sexo casual, namoro e infidelidade. Isto não significa que as relações *on line* se tornarão a nova essência das experiências modernas, mas certamente trazem uma nova dimensão para estas experiências, que serão cada vez mais populares. Um dos grandes desafios da sociedade será o de aprender a integrar o ciberespaço e o espaço real no domínio romântico. Teremos que aprender a lidar com duas formas de relacionamentos românticos, o *on line* e o *off line*. A prevalência dos *affairs* virtuais tornará as relações extraconjugais mais comuns e por causa disso, mais aceitáveis. O relaxamento das normas morais será particularmente evidente em questões que dizem respeito à exclusividade romântica. Será difícil evitar inteiramente a vasta quantidade de alternativas atraentes disponíveis. A noção forte e muito negativa de “traição” se tornará menos comum em conexão com os *affairs* românticos; já outras noções, como “pular a cerca”, serão mais comuns.¹²⁸

Em uma pesquisa sobre monogamia e relacionamentos *off line*, realizada em Belo Horizonte/MG pela socióloga Agenita Ameno para seu livro *Função social dos amantes*, foram entrevistadas pessoas com mais de cinco anos de casamento, cujo universo social escolhido foi o

¹²⁷ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 81.

¹²⁸ ZE'EV, Aaron Ben. *Love on line*. *Folha de S. Paulo*, Caderno Mais, p. 5-6, 18 jul. 2004.

de classe média, com renda familiar entre 10 e 20 salários mínimos, escolaridade superior ou segundo grau, e idade entre 25 e 55 anos. Dos entrevistados, 40% tinham ou tiveram amantes. Desses 40%, a maioria é homem, e respondeu que entre os fatores mais estimulantes para o estabelecimento da relação extraconjugal é o fato de ser proibido ou de não poder vivenciá-lo publicamente.¹²⁹ Paradoxalmente, relações extraconjugais ajudam a “suportar” a relação oficial, e com isto a relação que interessa ao sistema monogâmico e aos valores morais vigentes permanecerá. Esse arranjo “moralista” tem funcionado como um dos pilares de sustentação da monogamia.

Dito de outra maneira, a infidelidade permeia e afeta a estrutura monogâmica, que é também sustentáculo da vida socioeconômica. Esta interferência interessa à ordem jurídica na medida em que ela afeta a organização social das famílias, para barrar impulsos “gozozos” desorganizadores.

Dos relacionamentos extraconjugais, podemos elencar três tipos em razão de suas conseqüências serem diferenciadas na ordem jurídica. O primeiro, e mais comum, é quando há uma relação eventual, passageira; o segundo, é quando a relação extraconjugal é mais duradoura, mas trata-se de uma relação sem conseqüências jurídicas patrimoniais, é a amante ou o amante; o terceiro e mais significativo para a ordem jurídica, quando a(o) amante constitui com o cônjuge uma família simultânea ao casamento, ou união estável. Daí pode nascer o concubinato.

4.2.8 O concubinato adúltero

A expressão concubina atravessou a história, trazendo consigo uma estigmatização, exatamente por ter significado uma relação paralela ao casamento, ou seja, por indicar que há ali uma infidelidade e, portanto, uma relação proibida e condenável socialmente. Entretanto, os valores econômicos se fizeram valer acima dos valores morais, e mudaram os rumos da história jurídica do concubinato. No final do século XIX, na França, foi reivindicado e concedido pela primeira vez direito ao partilhamento de bens adquiridos na constância de uma relação paralela a um casamento.¹³⁰ Este foi um marco importante, pois a partir daí, sob a teoria do enriquecimento ilícito e depois da sociedade de fato, a história do concubinato ficou modificada no Direito ocidental. No Brasil, isto se consolidou principalmente a partir da década de 60, quando o Supremo Tribunal Federal publicou a Súmula 380, dizendo que os bens adquiridos pelo esforço comum, decorrentes de uma sociedade de fato em um concubinato, são partilháveis.

Esta súmula do STF, além de marco referencial, e esteio do direito concubinário no Brasil por muitos anos, trouxe elementos importantes para a compreensão da distribuição do direito, principalmente ao fazer uma diferenciação entre concubinato, sociedade de fato e esforço comum, embora o assunto tenha continuado até o final da década de 80 sendo discutido no campo do

¹²⁹ AMENO, Agenita. *A função social dos amantes*. Belo Horizonte: Autêntica, 1999, p. 12-15.

¹³⁰ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 17.

Direito Obrigacional. A distinção entre esses elementos foi importante para ajudar a desatrelar os aspectos morais do concubinato, possibilitando uma visão mais jurídica do que moral e, portanto, mais justa. Na esteira da evolução jurisprudencial, passou-se a compreender também que o esforço comum, palavra-chave para o entendimento do concubinato, poderia ser direto ou indireto. Com isto fez-se uma das maiores evoluções do Direito Civil no século XX, que foi atribuição de um conteúdo econômico ao trabalho doméstico. A mulher, em geral a parte economicamente mais fraca, exercia as tarefas domésticas, que de alguma forma davam suporte para que o “concubino” pudesse buscar fora de casa o sustento e aquisição patrimonial. Ficou definitivamente incorporada no Direito brasileiro a idéia de que a contribuição indireta, ou seja, o trabalho doméstico, constituiu-se numa parcela importante para aquisição do patrimônio do casal. O reconhecimento da importância do trabalho doméstico, atribuindo-lhe um conteúdo econômico, significou um passo significativo na divisão sexual do trabalho, como anunciado por Engels, e acima de tudo um passo adiante na compreensão da eterna luta pela igualdade de direitos dos gêneros (ver item 4.4).

A atual noção de concubinato e união estável é fruto de um processo evolutivo do Direito, e em cujo eixo gravitacional está a monogamia. Inicialmente, não se fazia distinção entre concubinato como uma relação paralela ao casamento e concubinato não-adulterino como mais uma forma de constituir família, sem o selo da oficialidade do casamento. Essa diferenciação foi viabilizada com a Constituição de 1988, que substituiu a expressão concubinato por união estável. A partir daí, a doutrina e a jurisprudência começaram a designar o concubinato de puro e impuro. Estes adjetivos, sem dúvida, retratam uma estigmatização, com a qual não concordamos. Entretanto, é necessário para manter coerência com o princípio da monogamia, fazer uma diferenciação entre concubinato adulterino e não-adulterino. São relações que têm pesos e conseqüências patrimoniais diferentes.

O concubinato não-adulterino, ou seja, a união estável, é aquela relação sem casamento oficial mas que constitui uma família e cujas conseqüências patrimoniais, caso não haja contrato firmado entre as partes, são as mesmas de um casamento pelo regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o art. 1.723 e segs. do Código Civil de 2002. Da mesma forma constitui uma união estável se uma das partes é casada, mas aquele casamento é mera reminiscência cartorial, seja porque já há uma separação de fato, ou mesmo não tendo uma separação de fato o casamento é uma mera aparência. É que o direito deve proteger a essência muito mais que a forma ou a formalidade das relações.

O concubinato adulterino, ou simplesmente concubinato, como estabelece o art. 1.727 do Código Civil de 2002 é aquela relação que originou uma família, fazendo com que existam duas famílias ao mesmo tempo, seja paralela ao casamento ou a uma união estável. O elemento definidor aí é a simultaneidade das relações de família, que fere a monogamia, um dos princípios norteadores do Direito de Família. Não estaria quebrando um princípio basilar na medida em que confere direitos aos sujeitos dessa relação paralela ao casamento, se para isto é necessário reconhecer aquela relação como uma forma de família? Por outro lado não conceder direitos aos concubinos (geralmente à concubina) estar-se-ia fazendo injustiça e inclusive beneficiando os sujeitos da relação

protegida oficialmente, seja o casamento ou a união estável. E aí estaríamos de volta ao começo como a teoria do enriquecimento ilícito, novamente, para socorrer essas pessoas, como em 1883, na França, onde começou a história recente do direito dos concubinos. Este paradoxo, assim como pode ser paradoxal a regulamentação das uniões estáveis, já que isto significa aproximá-las do casamento, e portanto afastá-las de sua essência que é exatamente estarem livres de regulamentações, teremos que nos haver com ele (ver item 4.5).

Não há dúvida de que o concubinato (adulterino) fere o princípio da monogamia, bem como a lógica do ordenamento jurídico ocidental e em particular o brasileiro. O mais simples e elementar raciocínio nos faz concluir isto. Aliás, é somente por causa desse princípio que foi possível à doutrina e jurisprudência construir um pensamento para o concubinato não-adulterino e trazê-lo para o campo do Direito de Família. Até que isto ficasse definitivamente esclarecido (Lei 8.971/94), fomos obrigados a conviver com os ridículos pedidos de indenização por serviços prestados, que era uma fórmula camuflada de se conceder alimentos, já que a união estável/concubinato não estava no elenco das fontes da obrigação alimentar e uma base principiológica para o Direito de Família não estava suficientemente assentada e forte como está hoje e a cada dia mais. Mas, se o fato de ferir este princípio significar fazer injustiça, devemos recorrer a um valor maior que é o da prevalência da ética sobre a moral para que possamos aproximar do ideal de justiça (ver cap. 3 - Moral e ética - uma distinção necessária para aplicação dos princípios). Ademais, se considerarmos a interferência da subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos, concluiremos que o imperativo ético passa a ser a consideração do sujeito na relação e não mais o objeto da relação. Isto significa colocar em prática o que disse antes, ou seja, que o Direito deve proteger a essência e não a forma, ainda que isto custe “arranhar” o princípio jurídico da monogamia. Se o fim dos princípios jurídicos é ajudar a atingir um bem maior, ou seja, a justiça, este paradoxo do concubinato adulterino deve ser resolvido, então, em cada julgamento, e cada julgador aplicando outros princípios e a subjetividade que cada caso pode conter é quem deverá aplicar a justiça, dentro de seu poder de discricionariedade. Assim, estaremos preservando o princípio jurídico da monogamia, eixo gravitacional sob o qual todo o Direito de Família está estruturado.

4.2.9 Multiculturalismo e direito internacional privado

O concubinato adulterino não é o único paradoxo jurídico que o princípio da monogamia traz consigo. Um outro, e que desperta bastante curiosidade, está relacionado ao Direito Internacional Privado. Trata-se do problema do multiculturalismo, e que no mundo globalizado está cada vez mais comum. Como conciliar o casamento poligâmico em ordenamentos jurídicos monogâmicos? Por exemplo, é possível proceder ao registro do casamento em cartório de registro civil de um cidadão marroquino, casado naquele país com três mulheres, e que fixou residência no Brasil? O Professor de Direito Internacional, Carlos Boucault, tratou deste tema durante o III Congresso Brasileiro de Direito de Família, dizendo o seguinte:

A dicotomia casamento monogâmico-poligâmico parece enfrentar novos enquadramentos teóricos e assumir outras formas de organização familiar que se distanciam dos conceitos tradicionais doutrinários e da visão jurisprudencial plasmada no princípio de ordem pública como mecanismo de limitações à eficácia do direito estrangeiro. Os critérios tradicionais que se fundamentam na ordem pública parecem estar concentrados nos mecanismos da fraude à lei, para limitar a aplicação de normas de direito estrangeiro, vez que situações de Direito de Família anteriormente inadmissíveis já comportam o reconhecimento por parte de ordenamentos jurídicos(...)¹³¹

O problema não é singelo. A legislação que regulamenta a matéria, ou seja, a Lei de Introdução ao Código Civil, é de 1942, de uma época em que o multiculturalismo não tinha, nem de longe, a tônica que tem hoje com a economia globalizada e que, conseqüentemente, tem um outro fluxo de pessoas e famílias cada vez mais internacionalizadas. A legislação do Direito Internacional Privado está anacrônica perante esta realidade. Os critérios de domicílio e nacionalidade estão assentados na perspectiva clássica do conceito de soberania nacional e os tribunais têm sido conservadores na aplicação do Direito estrangeiro, salienta Boucault.¹³²

Provavelmente, o único artigo da LICC que pode ser invocado para socorrer o caso aqui exemplificado seja o art. 5º, por determinar ao juiz que atenda, na aplicação da lei, aos fins sociais a que ele se destina. Mesmo assim, não temos a solução do problema, que só encontrará resposta, obviamente, na invocação de uma base principiológica.

Mas afinal, qual princípio a ser invocado se há um encontro, ou desencontro de dois princípios polarizados? A aplicação aqui deverá ser a do princípio da menor intervenção estatal em consonância com a hermenêutica constitucional que dá ao brasileiro e estrangeiro residente no Brasil os mesmos direitos (art. 5º). Entre esses direitos garantidos está o da cidadania e liberdade, pressupondo aí o respeito à identidade cultural diferente. Sendo assim, entendemos possível o registro de casamento poligâmico estrangeiro em cartório brasileiro, aliás requisito obrigatório para que eles tenham eficácia no Brasil, da mesma forma que é possível o registro de um casamento francês, espanhol, etc. Esse direito sustenta-se, em síntese, no respeito à identidade cultural dos povos, cuja base principiológica está na Constituição da República. A França e a Inglaterra, certamente em razão de um multiculturalismo mais intenso, há muito já autoriza o registro de casamentos estrangeiros poligâmicos.¹³³

¹³¹ BOUCAULT, Carlos. Multiculturalismo e direito de família nas normas de direito internacional privado. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.) *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 168.

¹³² BOUCAULT, Carlos. Multiculturalismo e direito de família nas normas de direito internacional privado. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.) *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 170.

¹³³ BOUCAULT, Carlos. Multiculturalismo e direito de família nas normas de direito internacional privado. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.) *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 169.

4.3 Princípio do melhor interesse da criança/adolescente

4.3.1 Contornos atuais da família e o papel da criança e do adolescente

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente tem suas raízes na mudança havida na estrutura familiar nos últimos tempos, através da qual ela despojou-se de sua função econômica para ser um núcleo de companheirismo e afetividade,¹³⁴ “*locus* do amor, sonho, afeto e companheirismo”.¹³⁵

A família, enquanto instituição, perdeu seu valor intrínseco. A falsa paz doméstica não tinha mais que ser preservada. A família passou a valer somente enquanto fosse veiculadora da valorização do sujeito e a dignidade de todos os seus membros. Diante deste quadro, o menor ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho. Precisa dos pais – ou de alguém que exerça a função materna e paterna¹³⁶ – para lhe conduzir ao exercício de sua autonomia.

Em face deste novo perfil da família contemporânea, a ordem jurídica não ficou alheia a tantas transformações definidoras. A arquitetura transitou para um contexto maior, em que a pessoa humana, o sujeito, passou a ser valorizada como a figura central da ordem jurídica, efeito dos grandes acontecimentos mundiais, inclusive as duas grandes guerras.

Diante de seguidas aniquilações do ser humano, a ordem social e jurídica não poderia ser mantida da forma até então estabelecida. Os critérios jurídicos eram insuficientes para alavancar a pessoa humana ao seu verdadeiro posto. Por isso, a Constituição Federal de 1988 captou os valores estabelecidos, inaugurando uma nova era no Direito brasileiro. A primazia da Dignidade Humana perante todos os institutos jurídicos provocou uma releitura das situações jurídicas.

Em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, o objetivo era promover sua realização enquanto tal. Por isso, deve-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Assim, têm posição privilegiada na família, de modo que o Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadoras deste intento. Muito pertinentes, por isso, as palavras de Rosana Amara Girardi Fachin:

¹³⁴ De acordo com João Baptista Villela, a família passou a ser “um núcleo de companheirismo e serviço das próprias pessoas que o constituem, um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros, onde reina a camaradagem.” (VILLELA, João Baptista. *A família hoje*. In: BARRETO, Vicente (Coord). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 71)

¹³⁵ VILLELA, João Baptista. *Repensando o direito de família*. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 18.

¹³⁶ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, *passim*.

De acordo com a Constituição, o modelo institucional de família é atenuado para residir na relação entre pais e filhos o poder paternal, que está centrado na idéia de proteção. A paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe está em assegurar aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolver de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional...¹³⁷

Nada melhor, para dar garantia jurídica a tais mudanças, do que o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente,¹³⁸ veiculador da Doutrina da Proteção Integral, que contém em seu bojo o Princípio da Paternidade Responsável.

4.3.2 O teor do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Como averiguar o conteúdo deste princípio? Afinal, o conceito de melhor interesse é bastante relativo. O entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor. Ficar sob a guarda paterna, materna, de terceiro, ser adotado ou ficar sob os cuidados da família biológica, conviver com certas pessoas ou não? Essas são algumas perguntas que nos fazem voltar ao questionamento inicial: existe um entendimento preconcebido do que seja o melhor para a criança ou para o adolescente? A relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos. Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética (ver cap. 4).

A própria concepção de princípios, já delineada no Capítulo 1, leva a resposta negativa à pergunta acima formulada. Isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser *prima facie*. Os princípios, por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto. Por isso, o conceito de “Melhor Interesse” pode sofrer variações no tempo e no espaço. Afinal,

¹³⁷FACHIN, Rosana Amara Girardi. Da filiação. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da; DIAS, Maria Berenice (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 111.

¹³⁸Nos textos originais da Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 1959, bem como na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, utilizou-se a expressão *best interest of the child*, ou seja, o melhor interesse da criança. Registramos a opção doutrinária de algumas versões em português de nomear interesse superior da criança ou maior interesse da criança. Entretanto, optamos pela tradução literal da versão em inglês, tendo em vista que ela retrata uma opção qualitativa e não quantitativa pelo interesse do menor.

Nesse novo quadro de referências, o estalão geral que tudo determina e orienta é o *bem do menor*. Portanto, enquanto as prerrogativas dos pais, tutores, guardiães sofrem todas as limitações que se revelem necessárias à preservação daquele valor, amplia-se a liberdade do menor em benefício de seu fundamental direito de chegar à condição adulta sob as melhores garantias materiais e morais.¹³⁹ (grifos do original).

O que se pode predeterminar em relação a este princípio é sua estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente. Estes, além de detentores dos direitos fundamentais “gerais” – isto é, os mesmos a que os adultos fazem jus –, têm direitos fundamentais especiais, os quais lhes são especialmente dirigidos. Garantir tais direitos significa atender ao interesse dos menores. Merece ser citado, aqui, o art. 227 da Constituição Federal de 1988, que contém a síntese dos direitos fundamentais dos menores, além de registrar que eles são a prioridade absoluta para a ordem jurídica:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Seguindo as diretrizes constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu normas protetivas à criança e ao adolescente, em seus arts. 3º e 4º:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O que se constata desses dispositivos é que eles se consubstanciam em uma Declaração de Princípios, como o preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20/11/1989. Esta Convenção foi ratificada no Brasil

¹³⁹ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. III, série Monografias, n. 2. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 30.

em 26/1/1990, através do Decreto Legislativo n. 28, de 14/9/1990, vindo a ser promulgada pelo Decreto Presidencial n. 99.710, de 21/11/1990, cuja dicção inicial é a seguinte:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Em suma, o que a Convenção proclama é a prioridade absoluta e imediata da infância e da juventude, conduzindo a criança e o adolescente a uma consideração especial, sendo seus direitos fundamentais universalmente salvaguardados. Além disso, impõe aos pais e responsáveis o dever de dirigir às crianças cuidados especiais, corolário do Princípio do Melhor Interesse da Criança.¹⁴⁰

Paolo Vercelone anuncia os três princípios contidos nestes artigos:

a) crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana; b) eles têm direito, *além disso*, à proteção integral que é a eles atribuída por este Estatuto; c) a eles são garantidos também todos os instrumentos necessários para assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade.¹⁴¹

A consequência do reconhecimento de tais dispositivos como fonte de princípios é que eles informarão a interpretação de todo o ordenamento jurídico pátrio, além de serem fonte de orientação das decisões judiciais a serem tomadas, em que envolvam crianças e adolescentes, sem olvidar da atividade legislativa, que também deve tê-los como seu norte hermenêutico.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino concatenou três razões para sua tese de que o filho é o alvo da tutela prioritária por parte do ordenamento e protagonista do próprio processo educacional, uma vez que: a) o legislador fixou como critério interpretativo do Estatuto da Criança e do Adolescente a tutela incondicionada da formação da personalidade do menor, mesmo se em detrimento da vontade dos pais; b) os filhos são chamados a participar com voz ativa na própria educação, de modo que possam opinar sobre os métodos pedagógicos aplicados; c) os pais e educadores são submetidos a um controle ostensivo, de forma a reprimir atos ilícitos e abuso de direito.¹⁴²

¹⁴⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 26.

¹⁴¹ VERCELONE, Paolo. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 6. ed. rev. atual. pelo novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33.

¹⁴² TEPEDINO, Gustavo. A tutela jurídica da filiação: aspectos constitucionais e estatutários. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 273.

Assim, a doutrina da proteção integral encontra estreita consonância com a cláusula de tutela da pessoa humana,¹⁴³ a qual tem em seu conteúdo não apenas uma conduta omissa do intérprete – de respeitar o crescimento da criança e do adolescente –, mas, principalmente, um comportamento comissivo, de modo que os responsáveis possam promover a personalidade do menor.

Justifica-se a doutrina da proteção integral, principalmente, na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, isto é, encontram-se em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar. Neste sentido, afirma a doutrina:

É esta vulnerabilidade que é a noção distintiva fundamental, sob a ótica do estabelecimento de um sistema especial de proteção, eis que distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção de *homo medio*.

É ela, outrossim, que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal.¹⁴⁴

São várias as circunstâncias em que se confere lugar de destaque ao melhor interesse do menor, principalmente em disputas de guarda e na fixação do direito de visitas. No fim da conjugalidade, em que os restos do amor são levados ao Judiciário, percebemos a utilização dos processos judiciais como instrumento para se atingir o outro. São histórias de degradação em que se vê o quanto é lamentável que o amor que um dia existiu tenha se transformado apenas em ódio. Entretanto, as pessoas investidas deste ódio e de uma relação malresolvida não conseguem dissociar o fim da família conjugal da família parental, e utilizam os filhos como moeda de troca. “As crianças, muitas vezes, são literalmente usadas como armas na negociação e retaliação dos afetos malresolvidos daquele vínculo que se desfaz.”¹⁴⁵

Houve um tempo em que o bem-estar dos filhos coincidia com a guarda materna. As concepções jurídicas e culturais se misturavam. Por força da divisão sexual do trabalho, consagrada por séculos em nossa sociedade, a mulher foi relegada aos limites do lar, ao passo que ao homem foi dado desempenhar o papel de provedor. Por isso, o papel de criação de filhos estava intrinsecamente vinculado à figura materna.

¹⁴³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 61.

¹⁴⁴ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais*. Barueri: Manole, 2003, p. 119.

¹⁴⁵ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. Litígio de família: quem protege as crianças? In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; BRUNO, Denise Duarte; SILVEIRA, Maritana Viana. *Infância em família: um compromisso de todos*. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004, p. 167.

Com a subversão desses papéis, causada pelo feminismo e pelo ingresso da mulher no mercado de trabalho, houve uma redefinição dos “deveres” secularmente definidos. Por conseguinte, foi colocado em questão o exercício da paternidade, que se humanizou, pois que perpassado pelos laços de afeto. Ademais, o pai foi chamado a compartilhar com a mulher das atividades domésticas, inclusive a atividade de criação dos filhos. O processo educacional passou a ser compartilhado entre os pais, não devendo haver preferência entre eles quanto à atribuição da guarda. Esta deve ser concedida àquele que revelar melhores condições para cuidar do filho, o que inclui, maior abertura e possibilidade para que o menor conviva, também, com o genitor não-guardião, de modo que possa exercitar seu direito fundamental à convivência familiar.

Diante disso, o atendimento ao princípio em comento deve ser feito não somente na tomada de decisões jurisdicionais, mas também, quando da sua efetivação, como lembra Flávio Guimarães Lauria:

O princípio do melhor interesse não tem apenas a função de estabelecer uma diretriz vinculativa para se encontrar as soluções dos conflitos, mas, também, implica a busca de mecanismos eficazes para fazer valer, na prática, essas mesmas soluções. Trata-se do aspecto “adjetivo” do princípio do melhor interesse.¹⁴⁶

É comum vermos os filhos se tornam “moeda de troca” dos pais no processo judicial. A ordem jurídica começou a perceber a necessidade de separar a figura conjugal da figura parental. Tanto que dissociou a culpa da guarda de filhos, ou seja, mesmo o cônjuge “declarado culpado” pode ser quem se encontra mais apto para cuidar dos filhos. O critério definidor da guarda é unicamente o bem-estar da criança ou do adolescente ou, em última análise, o Princípio do Melhor Interesse do Menor, conforme pacífica jurisprudência:

Não são inflexíveis as disposições legais sobre a guarda dos filhos, devendo o problema ser solucionado, caso a caso, com prevalência dos interesses dos menores e de todo modo a minimizar as conseqüências da separação dos pais no que afeta à felicidade dos filhos. (TJMG, 4ª CC, AC 68.506, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior, J. 12/12/85.)

Em caso de disputa entre cônjuges separados, não se atende à vontade dos pais, mas à conveniência e bem-estar dos filhos, de modo a deferir a guarda a quem, realmente, tenha melhores condições de exercê-la. (TJMG, AC 68.891, Rel. Des. Vaz de Melo. J. 17/4/1986)

Muito pertinente, por isso, a discussão acerca do cabimento da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio. Este novo arranjo familiar atenderia aos Princípios do Melhor

¹⁴⁶ LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 37.

Interesse do Menor? A guarda compartilhada é um modelo novo, cuja proposta é a tomada conjunta de decisões mais importantes em relação à vida do filho, mesmo após o término da sociedade conjugal. Afinal,

o interesse maior da criança aponta como seu direito não divorciar-se dos seus pais, conservando a ambos no lugar estruturante que lhes cabe em sua formação enquanto sujeito em constituição. A maternidade e a paternidade são sempre irreversíveis e irrenunciáveis na estrutura do romance infantil.¹⁴⁷

O que se garante é a continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental da criança e, por seu turno, um dever fundamental dos pais. A convivência, neste íterim, não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além, ou seja, participar, interferir, limitar, enfim, educar. Estes deveres não se rompem com o fim da conjugalidade, por força do art. 1.632 do Código Civil de 2002,¹⁴⁸ por ser atributo inerente ao poder familiar, que apenas se extingue com a maioridade ou a emancipação do filho. Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores – desde que a convivência entre eles seja saudável, ou seja, que não exista nada que os desabone. Portanto, a finalidade da guarda compartilhada já estaria resguardada pelo Código Civil, através do dispositivo supracitado e que vai ao encontro também do princípio da igualdade entre os pais (ver item 4.4).

Garantir o melhor interesse da criança é, também, romper todas as barreiras de preconceitos que possam, porventura, existir, evitando que um julgamento moral pejorativo possa interferir quando se trata do destino de um menor. Um caso paradigmático, que colocou o assunto em discussão e os operadores do Direito a refletir na forma em que se concretiza o Melhor Interesse da Criança, ocorreu com o falecimento da conhecida cantora Cássia Eller, no qual se discutiu qual seria o futuro de seu filho, Francisco Ribeiro Eller, mais conhecido como Chicão.

Tal discussão originou-se da condição de homossexual da cantora, que vivia com sua companheira, Maria Eugênia. Com a morte de Cássia, foi iniciada uma disputa pela tutela de Chicão¹⁴⁹ entre o avô materno da criança e Maria Eugênia, já que o pai era também falecido. O que era melhor para Chicão: ficar sob os cuidados da companheira da mãe, com quem convivia

¹⁴⁷ BARROS, Fernanda Otoni. Convivência familiar: “Ali se” visita os pais... Nem sempre tão maravilhosos. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, p. 44-51. abr./maio/jun. 1999.

¹⁴⁸ Art. 1.632, CCB/02. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

¹⁴⁹ No caso em debate, a disputa era da tutela porque o genitor de Francisco também já tinha falecido, antes mesmo da morte de Cássia Eller. Na falta de alguém para exercer o poder familiar, o instituto jurídico aplicável é a tutela, por força do que dispõe o art. 1.728, I, CCB/02, que repetiu os artigos do Código Civil de 1916, que vigorava à época daquela discussão, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela:

I – com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes.”

diariamente e tinha com ela um vínculo familiar ou com seu distante avô? Afinal, quais as conseqüências desta convivência para a vida da criança? A homossexualidade da mãe e de sua companheira poderiam influenciar maleficamente na formação fisiopsíquica da criança? Além disso, pela ordem de prelação do então Código Civil de 1916 e depois repetido no art. 1.731 do Código Civil de 2002, os avós, por indicação legal, seriam os tutores do menor.¹⁵⁰

Em decisão inédita, o juiz da 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, Leonardo Castro Gomes, concedeu a guarda provisória da criança a Maria Eugênia. No trâmite do processo, ouviu a criança em primeiro lugar e, após, as partes e as testemunhas. Posteriormente, fizeram um acordo, na qual o avô concordou que a companheira de Cássia fosse a tutora de Chicão, o que se pode considerar uma vitória da ética sobre a moral:

Teria sido acertada esta decisão judicial homologatória? Estaria preservado o bem-estar de Chicão? Não há dúvidas que sim. Foram considerados os vínculos afetivos e familiares existentes entre eles. Afinal, era ela a mãe socioafetiva da criança, pois a mãe biológica sempre viajava pelo país a trabalho. Era Maria Eugênia quem cuidava da sua educação, quem estava ao seu lado no dia-a-dia, acompanhando seu desenvolvimento e crescimento. O avô, por seu turno, tinha pouco contato com o neto e não havia nenhum laço relevante entre eles.

O que deveria ter sido verificado era se Cássia, Eugênia e Chicão formavam, verdadeiramente, uma família. Afinal, família não é um agrupamento natural, mas cultural. O que importa é a existência de pessoas que cumpram na vida uma das outras o papel paterno e materno, inexistindo vinculação destes com os genitores biológicos. Neste caso, portanto, não há dúvidas de que foi atendido o Princípio do Melhor Interesse da Criança. As partes souberam despir-se de preconceitos, para buscar o bem-estar de Chicão, pois é claro que ele se sentiria muito melhor dando continuidade à sua vida, no seu ambiente social, com a pessoa que lhe nutre grande afetividade, e lhe é fundamental para sua estruturação psíquica, do que estar em companhia de alguém que, embora ‘tenha seu sangue’, não tivesse com ele ligações afetivas.¹⁵¹

Zelar pelo interesse do menor é cuidar da sua boa formação moral, social e psíquica. É a busca da saúde mental, a preservação da sua estrutura emocional e de seu convívio social. As

¹⁵⁰ Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:

I – aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II – aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

¹⁵¹ DOLTO, François *apud* BAPTISTA, Silvio Neves. Guarda e direito de visita. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 5. abr./maio/jun. 2000.

partes no processo, portanto, agiram acertadamente, pois evitaram mais mudanças e separações na vida desta criança, que já estava bastante abalada com a ausência da mãe. François Dolto, através do seu “olhar interdisciplinar”, sustenta que a disciplina da matéria deve atender a três referenciais de continuidade:

- *o continuum* de afetividade;

- *o continuum* social, que indica a necessidade de preservação do ambiente e do relacionamento social, até então vivido pela criança;

- *o continuum* espacial, determinando que o espaço da criança deve ser preservado, porque a personalidade do menor é construída dentro de um certo espaço. Quando há mudança de espaço, do lugar onde vive, pode perder um dos seus referenciais.

Também sob a ótica da experiência estrangeira, não há dúvidas de que o espaço, os relacionamentos sociais, os vínculos de amizade dos filhos devem ser preservados, sendo esta uma das formas de garantir-lhes o cuidado condizente com seu maior interesse:

O conjunto de factores indicados pelo legislador deve abranger a relação afectiva da criança com cada um dos pais, a disponibilidade de cada um deles para prestar ao filho os cuidados necessários à sua saúde, alimentação e educação social, cultural e moral, o grau de desenvolvimento da criança e as suas necessidades, a preferência do menor, a continuidade das relações afectivas e do ambiente em que tem vivido a criança.¹⁵²

Enfim, em casos de disputas judiciais em que estejam envolvidos menores, o que se deve primar é pela consideração do que é melhor para aquela criança ou adolescente envolvidos em determinada circunstância. O interesse dos maiores está em segundo plano.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber¹⁵³ trazem à baila interessante discussão sobre a adoção por homossexuais, com base em julgado prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Tratava-se de adoção de uma criança que vivia em um educandário no Rio de Janeiro, por um homossexual, razão pela qual teve sua legitimidade para adoção questionada pelo Ministério Público, em razão da sua condição sexual, que poderia prejudicar a formação do caráter e da personalidade do menor. Com fulcro em estudos sociais que atestaram o atendimento ao bem-estar deste menor, foi decidido que:

Será preferível a nosso juízo correr o risco da dúvida a deixar o adotado em uma instituição de abandonados (...) e encaminhá-lo a uma escola de delinqüência, como acontecerá aos seus doze anos, no Educandário Romão

¹⁵² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 35.

¹⁵³ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. *Minorias no direito civil brasileiro*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 109.

Duarte, é muito mais indigno e aterrorizante do que confiar na competência dos técnicos que emitiram os pareceres favoráveis e manter a decisão que o entregou a uma adoção cujas desconfianças e suspeitas parecem não haver considerado a realidade e as circunstâncias do fato, além de, *data venia*, fundadas em preconceito que a lei veda.” (TJRJ, Ap. Cível 14.332/98, Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães, J. 23/3/1999.)

Para se atender ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, devemos abandonar o preconceito e livrarmos de concepções morais e estigmatizantes. A comparação do lúcido desembargador foi bastante salutar: será preferível que a criança fique em abrigos do que deixá-la sob os cuidados de alguém que, embora revele aptidão para dela cuidar, tem uma opção sexual diferente do que é convencionalizado como “normal”? Qual a garantia de que, se ele for adotado por uma pessoa de preferência heterossexual, terá suas necessidades biopsíquicas atendidas? Na verdade, não há garantias, mas apenas tendências. A possibilidade de adaptação de uma criança – que se encontra abandonada ou que está institucionalizada - em um núcleo familiar é enorme. E se ali não existe violência nem abusos, se as pessoas que o compõem desejam cuidar daquele menor, se têm uma conduta ética, certamente o seu melhor interesse estará sendo atendido.

O que se deve priorizar é o atendimento ao art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina o deferimento da adoção quando esta apresentar reais vantagens para o adotando, além de fundar-se em motivos legítimos. *A priori*, identifica-se ambos os pressupostos no julgado acima citado, pois a única condição que pode ser obstativa à adoção seria a condição sexual do adotante. Portanto, o caso foi decidido por um imperativo ético, e não por um padrão moral que destituísse a dignidade da pessoal do adotante. Mas antes de tudo, o que se resguarda é o direito da criança e do adolescente de ter uma família, como anota Pietro Perlingieri:

Afirma-se, depois de tantas incertezas, o direito do menor à família e, ainda mais em geral, o direito de qualquer pessoa de ter uma família. A importância desse reconhecimento assume o papel de pressuposto jurídico-cultural para a solução do problema da família e dos direitos fundamentais.¹⁵⁴

Assim, o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente orienta o intérprete para que atribua a eles, em primeiro lugar, o direito de ter uma família, que por força do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, adquire o *status* de direito fundamental. Além disso, deve-se recorrer, também, ao contexto social e axiológico em que vive a criança ou o adolescente do qual se trata, de modo a se averiguar em que consiste seu real bem-estar.

¹⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246.

Enfim, em se tratando de aplicação de princípio seria impróprio trazer soluções preconcebidas e predeterminadas do que seja o Princípio do Melhor Interesse do Menor. A função da matéria principiológica é exatamente poder pairar sobre interesses maiores, ainda que eles contrariem regras, já que eles são mandados de otimização do direito. São eles que vão autorizar que o direito seja justo acima do legal. É o intérprete, através de uma escolha racional e valorativa, que deve averiguar, no caso concreto, a garantia do exercício dos direitos e garantias fundamentais pelo menor.

4.4 O princípio da igualdade e o respeito às diferenças

4.4.1 Igualdade, alteridade e o direito a ser humano

A igualdade e o respeito às diferenças constituem um dos princípios-chave para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito de direito, conseqüentemente não há justiça.

O discurso da igualdade está intrinsecamente vinculado à cidadania, uma outra categoria da contemporaneidade, que pressupõe também o respeito às diferenças. Se todos são iguais perante a lei, todos estão incluídos no laço social.

O necessário discurso da igualdade traz consigo um paradoxo: quanto mais se declara a universalidade da igualdade de direitos, mais abstrato se torna a categoria desses direitos. Quanto mais abstrato, mais se ocultam as diferenças geradas pela ordem social. Para se produzir um discurso ético, respeitar a dignidade humana e atribuir cidadania é preciso ir além da igualdade genérica. Para isso devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças. Necessário desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro. A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade. Em outras palavras, a formação e construção da identidade se fazem a partir da existência de *um outro*, de *um diferente*. Se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar de igualdade. Portanto, é a partir da diferença, da alteridade, que se torna possível existir um sujeito. Enfim, é a alteridade que prescreve e inscreve o direito a ser humano.

Em razão dos limites do objeto deste trabalho, nossa reflexão ficará restrita à particular questão da igualdade de direitos entre homens e mulheres. A igualização das várias formas de famílias e dos filhos, biológicos ou não, estão sendo tratados nos itens 4.3, 4.6 e 4.7. E a igualdade de todas as outras categorias como classe social, raça, etc, embora necessárias para a construção da cidadania, e do Estado Democrático de Direito, não integram o objeto deste trabalho.

4.4.2 Igualdade dos gêneros e o aforismo lacaniano: *a mulher não existe*

A aplicação do princípio da igualdade dos direitos entre homens e mulheres como um imperativo ético do nosso tempo, tornou-se um princípio constitucional a partir de 1988. Tal inscrição na Carta Magna (art. 5º, I e 226 § 5º, I) é fruto de uma evolução histórica que está estreitamente vinculada

ao patriarcalismo, aos modos de produção e mais recentemente ao movimento feminista, que foi a revolução do século como dizia Norberto Bobbio. Mesmo sendo um imperativo ético, um princípio constitucional e apesar dos vários textos normativos, particularmente o Código Civil de 2002, a igualização de direitos dos gêneros ainda não se efetivou. A dificuldade prática está em que a pretensa igualdade é entremeadada de uma complexidade que o pensamento jurídico, por si só, não é capaz de responder.

A aplicação do princípio da igualdade pressupõe adentrar um pouco no complexo universo masculino e feminino que, entrelaçados aos fatores culturais e econômicos, construiu uma ideologia autorizadora da desigualdade dos gêneros sustentada em uma suposta superioridade masculina.

A história da mulher no Direito é de um *não-lugar*, uma história de ausência, já que ela sempre esteve subordinada ao pai ou ao marido, sem autonomia e marcada pelo regime da incapacidade ou capacidade jurídica.

Uma nova redivisão sexual do trabalho, alterando a economia doméstica e de mercado, influenciando também as noções e os limites do público e privado, têm, aos poucos, dado à mulher um lugar de cidadã. A reivindicação da igualização de direitos é a reivindicação de um lugar de sujeito, inclusive de um “lugar social”. Foi este assujeitamento histórico da mulher aos homens que levou Lacan a construir um aforismo que até hoje provoca muito incômodo e inquietação: *a mulher não existe*.

A importância desse aforismo de Lacan está em sua provocação, pois foi a partir dele que se começou a pensar que as mulheres não apresentaram ao mundo um discurso feminino, já que todo ele é baseado e identificado com o discurso fálico masculino. Mas esta questão não é tão simples e não temos ainda uma solução. Em meio ao processo histórico de redefinições de papéis e lugares do masculino e feminino, temos mais questões que soluções.

A Psicanálise trouxe uma grande contribuição para a compreensão do princípio da igualdade e com isto, sua aplicabilidade poderá ser mais efetiva. O seu grande mérito foi apontar para o desconhecido mundo feminino, já que todas as referências de identidades sociais foram feitas a partir do patriarcalismo, ou seja, da cultura falocêntrica. Quando Lacan anuncia seu aforismo, ele parte da teoria freudiana, que revelou o desconhecido mundo feminino. Freud constrói sua teoria da sexualidade dizendo que o feminino é simbolizado como aquele que *não tem*. Esse não ter, ou melhor, essa falta representada a partir das anatomias do menino e da menina, faz com que a mulher busque se identificar com o outro (homem) que ela pensa que tem. A explicação psicanalítica da construção da identidade feminina vale também para ajudar-nos a compreender como foi possível engendrar e manter, até recentemente, um sistema de dominação de um gênero sobre o outro e como se acreditou na suposta superioridade masculina. Os fatos geradores do *apartheid* feminino, hoje muito menos acentuado nas sociedades ocidentais, estão na essência da própria cultura e cuja tradução fazem parte os ordenamentos jurídicos.¹⁵⁵

¹⁵⁵ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas. In: *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 1999, p. 161-173.

A *desconstrução* da suposta superioridade masculina foi desencadeada principalmente pelo movimento feminista, que está entrelaçado com os elementos políticos, econômicos, religiosos, éticos e estéticos da sociedade. Essa desconstrução e reconstrução das novas possibilidades de relações pessoais e sociais não é nada simples, pois ela parte de uma ideologia que engendrou e autorizou a desigualdade dos gêneros.

Apesar da proclamação da igualdade pelos organismos internacionais e pelas constituições democráticas do pós-feminismo, a desigualdade dos gêneros não está dissolvida. A mulher continua sendo objeto da igualdade enquanto o homem é o paradigma deste pretenso sistema de igualdade. Isto por si só já é um paradoxo para o qual o Direito ainda não encontrou uma saída, mas poderá evoluir quando considerar que:

Na medida em que as configurações culturais e sociais de gênero se modificam, que o comportamento e investimento das figuras parentais mudem, configurações e arranjos energéticos – pulsionais que constroem as mais diversas posições identificatórias de gênero também mudarão. Portanto, não há estrutura universal naquilo que se refere à esfera da sexualidade e das posições identificatórias de gênero: existe um balanço crítico entre forças culturais e identificatórias que se transformam em função da mudança nas formações erótico – libidinais, morais e ético – estéticas de determinados períodos da história e da cultura.¹⁵⁶

4.4.3 Igualdade formal e diferenças psíquicas

Teoricamente a desigualdade dos gêneros está superada no Direito brasileiro. Até mesmo a discussão instalada por alguns juristas após 1988, se o princípio constitucional da igualdade era auto-aplicável ou não, foi enterrada com a vigência do Código Civil de 2002. Neste aspecto, o novo Código Civil implantou de vez as regras da igualdade de direitos entre homens e mulheres, e resolveu ainda as últimas dúvidas que o princípio constitucional, por si mesmo, não tinha a solução exata. Referimo-nos aos casos específicos da idade mínima para o casamento, que no CCB de 1916, art. 183, XIII, era 18 anos para os homens e 16 para as mulheres, e a idade-limite para a livre escolha do regime de bens, que era 60 anos para homens e 50 para mulheres. A aplicação do princípio constitucional da igualdade deveria considerar a idade estabelecida aos homens ou às mulheres? Ou dividiria a razão, fixando 17 anos e 55 para ambos? Esta era uma questão que a principiologia não tinha uma solução exata. Mas até mesmo isto já foi resolvido com o CCB/2002, que estabeleceu a idade núbil de 16 anos e de 60 para ambos os sexos. Ficou resolvida a dúvida das idades, mas não significa que tenha sido uma boa solução para a questão da idade que limita a livre escolha do regime de bens. Pelo contrário,

¹⁵⁶ MATOS, Marlise. *Reinvenções do vínculo amoroso: cultura e identidade de gênero na modernidade tardia*. Belo Horizonte: UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2000, p. 243.

significa uma semi-interdição à capacidade do sujeito e afronta o princípio da autonomia. É indigno atribuir esta incapacidade a alguém apenas por ter completado 60 anos de idade. Tal concepção é ainda um resquício da ordem jurídica patrimonializada ainda que passasse por cima da dignidade da pessoa. Embora o princípio da igualdade tenha encontrado uma resposta no texto infraconstitucional, para a desigualdade entre homens e mulheres com 60 e 50 anos de idade, não houve a solução integral do problema. É que a igualdade depara-se com outros princípios que são também norteadores do Direito de Família como o da autonomia e o da dignidade da pessoa humana.

Mas a igualdade que está resolvida é a igualdade formal. Isto constitui um passo importante para a continuação da dialética dos gêneros e das fundamentais diferenças do mundo masculino e feminino. Paulo Luiz Netto Lôbo, buscando os registros históricos da legislação brasileira, desde o período colonial com as “Ordenações Filipinas (1603-1916) até o advento do CCB/2002, lembra que após séculos de tratamento assimétrico as desigualdades diminuíram, mas ainda há muito que se percorrer para que tenhamos uma prática social em que a comunhão de vida, de amor e de afeto possam ser exercidos no plano da igualdade, liberdade e solidariedade recíprocos. Continuando seu raciocínio, ele organiza o princípio da igualdade em duas dimensões:

- a) a igualdade de todos *perante a lei*, considerada conquista da humanidade, a saber, a clássica liberdade jurídica ou formal, que afastou os privilégios da razão da origem, do sangue, do estamento social, e dotou a todos de iguais direitos subjetivos. Todavia, são iguais os que a lei considera tais. Assim, compreende-se que, até a Constituição de 1988, as mulheres recebiam tratamento desigual, pois a lei as consideravam iguais entre si mas não em relação aos homens;
- b) igualdade de todos *na lei* no sentido de vedar-se a desigualdade ou a discriminação na própria lei, como por exemplo a desigualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, na sociedade conjugal.¹⁵⁷
(grifos do original)

Com isto podemos desenvolver um raciocínio que nos levará à melhor compreensão de que a igualdade *na lei*, como diz Paulo Lôbo no referido texto, não quer dizer que as diferenças dos gêneros não serão consideradas. O desafio passa a ser, então, como considerar as saudáveis e naturais diferenças dos gêneros dentro do princípio da igualdade. Sem esta consideração não estaremos aplicando corretamente o princípio da igualdade e, conseqüentemente, ferindo o macroprincípio da dignidade ao retirar da *cena* jurídica as peculiaridades e singularidades psíquicas e culturais de cada gênero.

¹⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 26, out. nov./2004.

4.4.4 As ações inclusivas

O princípio da igualdade e da diferença pressupõe a igualdade formal, isto é, perante a lei e a igualdade material que é o direito à equiparação mediante a redução das desigualdades. Como dissemos, a igualdade formal não se constitui propriamente um problema para o Direito de Família brasileiro, já que o Código Civil de 2002 aparou as arestas da visível desigualdade formal entre homens e mulheres.

A questão que ainda persiste é o cumprimento do princípio da *igualdade material*. A viabilização dessa igualdade implica em tratamento diferenciado em determinadas situações para que o princípio possa se fazer valer. Exemplos de efetivação desta igualdade são os textos normativos que concedem às mulheres um tempo menor de trabalho para aposentadoria; a licença-maternidade maior que a licença-paternidade, etc. Entretanto, os mecanismos de promoção da igualdade dos gêneros ainda não são suficientes e por isso o gênero historicamente mais fraco ainda não atingiu a igualdade material, que deverá ser efetivada com a busca e verificação das imposições das disparidades sociais.

Uma idéia muito difundida na Europa, EUA e que tem tomado corpo no Brasil, inclusive por recomendação da Conferência das Mulheres, realizada na China, em 1995, são políticas de inclusão através de *benefícios legislativos* objetivando diminuir desigualdades sociais decorrentes do gênero. A estas políticas têm-se denominado *ações afirmativas* ou *discriminações positivas*, que nada mais são do que a afirmação através de quotas, incentivos fiscais e medidas legais visando a aproximação da igualdade. Maria Berenice Dias foi uma das precursoras e incentivadoras desta idéia no Brasil:

Indispensável a adoção de mecanismos compensatórios como única forma de superar as diferenças. A proteção à mulher deve constituir uma das preocupações primeiras do legislador, mediante *positive discrimination*, em face da necessária proteção à maternidade, reconhecimento da importância da mulher no lar, na execução dos trabalhos domésticos e na assistência aos filhos.¹⁵⁸

Uma das primeiras ações afirmativas no Brasil, resultado da recomendação da Conferência Mundial sobre a Mulher, em Beijing, foi a que assegurou a obrigatoriedade da quota mínima de 20% de mulheres candidatas aos cargos legislativos para as eleições municipais, através da Lei n. 9.100/96 (art. 11, § 3º). O contra-argumento a essa política antidiscriminatória é o mesmo adotado para a polêmica reserva de quotas para negros nas universidades públicas, ou seja, que ao invés de diminuir a desigualdade pode estar reforçando o preconceito através da diferença. Rosemiro

¹⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 74.

Pereira Leal referindo-se à aplicação dessas medidas no Direito processual, entende que essas ações são retóricas pois “nunca se poderá falar num piso de igualdade para incluídos e excluídos, como ponto de partida do reconhecimento cognitivo, por igual tempo de argumentação processual (isonomia), de direitos a serem alegados ou pretendidos pelas minorias diferentes”.¹⁵⁹ Polêmica e preconceitos à parte os dados estatísticos demonstram que o mercado de trabalho e a vida doméstica retratam ainda uma desigualdade para a qual o princípio isonômico constitucional não traz consigo a solução. Por outro lado, pode-se entender que este princípio é autorizador de ações afirmativas. Um dos últimos atos dentro desta política *inclusiva* foi a Lei n. 10.886 de 17/6/04 criando o tipo penal *violência doméstica*. Embora esta lei refira-se a um aspecto criminal, ela significa e revela que a desigualdade dos gêneros se traduz ainda em um assujeitamento da mulher ao homem.

4.4.5 De dona de casa à dona da casa

O declínio do patriarcalismo e o movimento feminista trouxeram reflexões e impuseram mudanças e retificações nos sistemas jurídicos ocidentais que abalaram profundamente as tradicionais concepções da igualdade. Para a afetivação e aplicação do princípio da igualdade é necessário entender também, sob a perspectiva de gêneros, a revolução que isto tem provocado no mundo masculino.

A submissão e a resignação das mulheres mantinham os casamentos a qualquer custo. E era um custo alto. Era a negação de suas possibilidades desejantes e alienação no desejo do outro. Até mesmo sua identidade era retirada, ao adotar o sobrenome do marido, em nome de uma falsa fusão dos espíritos. Falsa, porque somente a mulher mudava o nome. O CCB/2002 numa tentativa de aparar esses equívocos históricos, passou a autorizar também a mudança de nome do cônjuge masculino (art. 1.565, § 1º) cumprindo assim uma igualdade formal. Do ponto de vista da Psicanálise, essa mistura dos nomes está na contramão da história, uma vez que a conjugalidade saudável significa exatamente a preservação das individualidades, e o nome traz consigo o maior significante dessas singularidades e individualidades.

A partir do momento em que a mulher se coloca na relação amorosa e conjugal como sujeito e não mais na condição de assujeitada, isto repercute no ordenamento jurídico com a quebra do princípio da indissolubilidade do casamento e exige um novo contrato social-conjugal e um eterno renovar dos pactos amorosos, implícitos ou explícitos. Os casamentos, como quaisquer outras relações conjugais, só se manterão por uma contínua renovação da parceria, já que agora o pacto amoroso pressupõe condições de igualdade e não mais de subordinação como era até há pouco tempo, como tão bem descreve o Filósofo e Professor da Universidade de São Paulo, Renato Janine Ribeiro:

¹⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, p. 39-40, jul./ago.2004.

antes a mulher, logo após se casar, gerava um ou mais filhos, e com isso sua vida sexual já não era visível à comunidade. E, depois de mãe, seria avó. Não apenas ocorria bem cedo a deserotização da mulher – convertida de objeto de desejo em mãe -, como essa passagem não tinha retorno: seria mais tarde, avó, bisavó. Uma série de estratégias separava, assim, a mulher adulta do erotismo.¹⁶⁰

Esta mudança da concepção da relação conjugal deve-se, portanto, à conquista e ao reconhecimento de que ambos os parceiros, além de iguais direitos, são também sujeitos de desejo. É este sujeito desejante que possibilitou à mulher sair da *cena* exclusivamente doméstica para participar também da cena pública e do mercado de trabalho. Brincando com as palavras, podemos dizer que ela passou de dona de casa à dona da casa. Isto faz toda a diferença e traz para a organização jurídica da família novos questionamentos que provocam uma mudança no cotidiano e na prática das relações jurídicas e judiciais. De questões do feminino passamos às questões do masculino.

Um dos exemplos mais claros da conseqüência da igualdade e das mudanças daí advindas é em relação à guarda de filhos e convivência familiar. Até a incorporação do princípio da igualdade não se questionava com quem o filho ficaria em caso de separação dos pais, já que a mulher tinha todo o tempo disponível para cuidar do filho. Com o acesso da mulher ao mercado de trabalho, a redivisão das tarefas domésticas e a introdução do princípio do melhor interesse da criança deixaram de ser uma verdade inabalável. As *visitas*, ou melhor, a convivência familiar dos filhos com o pai separado deixou de ser uma relação fria e distante, começando pela mudança da expressão introduzida pelo Estatuto da Criança e Adolescente, que substituiu visitas por convivência, que por si só já ajuda a mudar o *significante*.¹⁶¹

A ampliação das conseqüências do movimento feminista é a reflexão que o homem se viu obrigado a fazer, não apenas sobre as relações amorosas, mas também de sua relação com a paternidade. Entra aí uma outra grande influência que é o discurso psicanalítico, trazendo as noções de que paternidade e maternidade não são propriamente um dado instintual e da natureza, mas uma função exercida. O exercício dessas funções em um sistema jurídico, cuja base está no princípio da igualdade, faz surgir uma nova nomenclatura para a melhor tradução deste princípio ao conciliá-lo com o princípio do melhor interesse da criança, ou seja, guarda compartilhada.

¹⁶⁰ RIBEIRO, Renato Janine. A família na travessia do milênio. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM – OAB/MG, p. 21, 2000.

¹⁶¹ Significante para Saussure, é a representação psíquica do som tal como nossos sentidos o percebem, ao passo que o significado é o conceito a que ele corresponde. KAUFMANN, Pierre. *Dicionário enciclopédico de psicanálise – O legado de Freud e Lacan*. Trad. Vera Ribeiro, Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 472.

4.4.6 Guarda conjunta ou o fim do instituto da guarda como consequência do princípio da igualdade

A guarda compartilhada ou conjunta surge, então, como consequência do pós-feminismo e em decorrência de uma redivisão do trabalho doméstico. Ela traz uma nova concepção para a vida dos filhos de pais separados: a separação é da família conjugal e não da família parental, ou seja, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa e significa que ambos os pais continuarão participando da rotina e do cotidiano dos filhos. Esta modalidade de guarda interessa à mãe por retirar dela uma sobrecarga de trabalho, e ao pai para que ele possa verdadeiramente exercer a função paterna. Isto derruba a velha concepção de pai de fim de semana, que acabava se tornando apenas uma *visita*. Ora, a educação de crianças e adolescentes se faz é no cotidiano. Quando a separação está bem resolvida entre o casal e os filhos não se tornam moeda de troca, não há por que pai e mãe não continuarem participando igualmente do dia-a-dia dos filhos. Vemos aqui o encontro saudável do princípio do melhor interesse da criança/adolescente em sua melhor conjugação com o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Se em nosso ordenamento jurídico o poder familiar é exercido pelo pai e pela mãe, independentemente de estarem juntos ou separados e diante do princípio da igualdade, não há mais necessidade de continuarmos falando em duas categorias: guardiães e pai *visitante*. Esta é também a posição da Psicóloga e Professora na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Leila Maria Torraca de Brito, que assim se expressa:

A exemplo do que foi decidido em outros países, podemos abolir o termo guarda, mantendo apenas a expressão poder familiar. Caso o termo guarda seja necessário, este deve estar acompanhado do adjetivo ‘conjunta’, facilitando a interpretação da igualdade entre pai e mãe, assim como a indicação de um amplo contato da criança com ambos os genitores. Não há porque pensar que a guarda conjunta só pode ocorrer em ocasiões especiais, ou quando os pais concordam em relação a toda a educação da criança, quem sabe quando ainda representam uma só voz. Entende-se que o especial, o diferente, é pensarmos em um dos pais tendo o acesso ao filho regulamentado, ou seja, com dia e hora marcados por decisão judicial.¹⁶²

Assim, a verdadeira igualdade e isonomia dos gêneros significa que o poder familiar deve ser exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe. Neste sentido, limitar, restringir visitas/convivência familiar sem um motivo desabonador e que desautorize tal convivência, além de ser uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança, desrespeita também o princípio da igualdade. Aliás, o verdadeiro respeito à conjugação desses dois princípios, até que se exclua do nosso ordenamento jurídico o instituto da guarda como forma evoluída do exercício do poder familiar, é o compartilhamento da guarda.

¹⁶² BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004, p. 365.

4.5 Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal

4.5.1 Direito de família – direito público ou direito privado

A crucial importância do exame e da aplicação dos princípios fundamentais do Direito de Família radica na circunstância de que é no seio da família que o indivíduo nasce e se desenvolve, moldando sua personalidade ao mesmo tempo em que se integra ao meio social. Durante toda a sua vida, é na família que o indivíduo geralmente encontra amparo, conforto e refúgio para sua sobrevivência e convivência. *A chave da compreensão da interação entre o desenvolvimento pessoal e a mudança social reside na família*, como leciona Diogo Leite de Campos.¹⁶³

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, embora cada vez menos, a família é uma instituição, isto é, um grupo social ordenado e organizado segundo a disciplina própria que é o Direito de Família, que se encontra suscetível às mudanças da sociedade, o que dá vazão à presença do Estado na disciplina de suas relações jurídicas.

Considerando que são prevalentes os interesses da sociedade e do Estado na proteção da família, uma das grandes questões com a qual nos deparamos hoje no Direito de Família é sobre o limite entre o público e o privado, isto é, sobre a inserção, ou não, das regras que disciplinam e regem as relações de família no Direito Civil como ramo do Direito Privado. Alguns autores chegam a defender sua inclusão no âmbito do Direito Público, com maior ingerência do Estado, considerando a tutela de interesses maiores que só pode ser realizada por um poder superior.

Orlando Gomes afirma que “pelos sujeitos das relações que disciplina, pelo conteúdo dessas relações, pelos fins de seu ordenamento e pela forma de atuação, o *Direito de Família é direito privado*, e parte integrante do *direito civil*”.¹⁶⁴

Pontes de Miranda ressalta que o Direito de Família tem por objeto a *exposição de princípios jurídicos que regem as relações de família*,¹⁶⁵ e que, para tanto, vale-se de normas que não pertencem rigorosamente ao Direito Civil, mesclando-se aos demais ramos (Direito Penal, Direito Comercial, Direito Processual). Conclui que tais acréscimos, no entanto, não tiram o seu caráter preponderante de Direito Civil, situado na esfera do Direito Privado.

¹⁶³ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995, p. 50.

¹⁶⁴ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 6.

¹⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, v. 7, p. 188-189.

Em sentido diametralmente oposto, Silvio Rodrigues leciona que:

o interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de Direito de Família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares.¹⁶⁶

Caio Mário da Silva Pereira, com sua lucidez eterna, é categórico ao dizer que as normas do Direito de Família são normas de Direito Privado, na medida em que os interesses protegidos são predominantemente individuais, tratando-se de uma relação entre particulares, embora haja interesse coletivo. É certo que os interesses da família e dos membros que a compõem não devem sofrer a intervenção direta e ostensiva do Estado, a quem compete apenas tutelá-los.¹⁶⁷

Não se deve confundir, pois, esta tutela com poder de fiscalização e controle, de forma a restringir a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos indivíduos. Muito menos se pode admitir que esta proteção alce o Direito de Família à categoria de Direito Público, apto a ser regulado por seus critérios técnico-jurídicos. Esta delimitação é de fundamental importância, sobretudo para servir de freio à liberdade do Estado para intervir nas relações familiares.

4.5.2 Família, dignidade humana e aplicação do princípio da mínima intervenção do Estado

A aplicabilidade do princípio da mínima intervenção estatal vincula-se à questão da autonomia privada, que vai muito além do direito patrimonial, e tornou-se, na contemporaneidade, uma das questões mais relevantes. Ela nos traz de volta, como se disse, a séria discussão dos limites entre o público e o privado. Um dos opositores à aplicação desse princípio é o Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Francisco Amaral:

Sua esfera de aplicação é, basicamente, o direito patrimonial, aquela parte do direito civil afeta à disciplina das atividades econômicas da pessoa. Não se aplica, assim, a autonomia, ou aplica-se de modo restritíssimo, em matéria de estado e capacidade das pessoas e família. Seu campo de realização é o direito das obrigações por excelência, onde o contrato é a lei, nas suas diversas espécies de liberdade contratual, nas promessas de contratar, nas cláusulas gerais, nas garantias, etc.¹⁶⁸

¹⁶⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. Atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 7.

¹⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, p. 3-4.

¹⁶⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 349.

Sem dúvida, até o advento da Constituição Federal de 1988, os pilares do Direito Civil eram centrados na propriedade e no contrato. Porém, com a nova Carta Magna fez-se presente a crise nas categorias jurídicas pré-constitucionais, que entraram em choque com as recém-criadas, cuja tônica e preocupação era com a preservação da dignidade da pessoa humana. Isto fez que com que fossem revistos as regras e institutos do Direito Civil, a partir de uma despatrimonialização e de uma ênfase na pessoa humana, isto é, na compreensão da dignidade como cerne do sujeito e conseqüentemente das relações jurídicas. Neste sentido, ampliou-se o campo de aplicação da autonomia privada, que também se curva sobretudo no âmbito das relações familiares.

No seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta órbita interna exsurtem disposições que farão com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualizadamente.

Para prosseguir na defesa da autonomia privada em detrimento da intervenção do Estado na família, é preciso fazer um sintético retrospecto da roupagem destas instituições no contexto histórico. Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁶⁹ foi quem melhor conseguiu fazer esta síntese ao lembrar-nos que o Estado pode ser dividido em três fases históricas: absolutista, liberal e social. O Estado absolutista era marcado pela vontade soberana do monarca. O liberal – “antípoda do Estado absolutista” –, pela mínima intervenção estatal, que se justificava pela ascendência da burguesia ao poder e a defesa da cidadania, do respeito à dignidade humana e da liberdade de aquisição, domínio e transmissão de propriedade. Por fim, o Estado Social retomou o processo intervencionista do Estado absolutista, em que o poder político variava da democracia social ao socialismo. A família, por óbvio, sofreu influência dessas vicissitudes do Estado.

A família antiga era numerosa, edificada no casamento, tendo o pai o poder de vida e de morte sobre a mulher, filhos e escravos. “Até a Revolução Industrial, a mulher, filhos, bens, tudo era considerado propriedade do homem e, no caso de separação do casal, naturalmente os filhos ficavam com o pai.”¹⁷⁰

O Código Civil de 1916 regulava essa família patriarcal sustentada pela suposta hegemonia de poder do pai, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo.

Era interesse do Estado que esta família monolítica, como unidade produtiva e esteio econômico da nação, fosse regulada ostensivamente. Mas, a partir das modificações políticas, sociais e econômicas, foi inevitável o declínio do caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma

¹⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 24, p.136-156, jun. / jul. 2004.

¹⁷⁰ NAZARETH, Eliana Riberti. Com quem fico, com papai ou com mamãe? – Considerações sobre a guarda compartilhada. *Caderno de Estudos*, São Paulo: Jurídica Brasileira, n. 1, p. 78, fev. 1997.

unidade até então baseada no casamento. Surgiu uma nova família, que valoriza o afeto, a solidariedade e a cooperação entre seus membros. Vê-se o fim da hierarquização de seus componentes, que se igualam em direitos e deveres, em que se encontra presente uma autonomia de vontade que deve ser respeitada, sobretudo, pelo Estado.

O indivíduo passou a ser o centro da família e, por conseguinte, da sociedade e não mais apenas um elemento de força produtiva. Em outras palavras, passou-se a valorizar o sujeito das relações e não mais o seu objeto. Ocorreram, pois, a personificação e a despatrimonialização da família e, a partir dessas vertentes, surgiu a necessidade de uma nova concepção pública, impondo limites à atuação do Estado nesta esfera relacional. A recolocação de valores na relação de família, isto é, uma valorização maior do sujeito em detrimento das relações patrimoniais, não significa a não-consideração dessas relações, mas tão-somente uma retificação em direção ao princípio da dignidade humana, como muito bem esclarece a professora da Universidade Federal do Paraná, Carmem Lúcia Silveira Ramos:

Essa despatrimonialização do Direito Civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valorização qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana e distribuir as riquezas com maior justiça.¹⁷¹

Sob nova roupagem e assumindo novo papel, a família contemporânea não admite mais ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros. Conforme salienta Luiz Edson Fachin, está-se diante de um notório processo de privatização das relações, com propagação da interferência mínima do Estado no âmbito das relações privadas, notadamente nas relações de família. É a chamada “privatização do Estado” e “desinstitucionalização da família”, discorre o jurista fazendo referência a Bobbio e a Prost:

Num mesmo arco, duas pontas de análise ligam o núcleo deste trabalho: de um lado, a denominada privatização do Estado, e de outro, a desinstitucionalização da família. Quanto à primeira, tem-se que a nova vestimenta do liberalismo se mostra, na teoria política, como ‘fautor do Estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário). Quanto à segunda, leva-se em conta que a família ‘perdeu suas funções públicas e passou a ter apenas funções privadas, deixando de ser uma instituição para chegar à informalidade.¹⁷²

¹⁷¹ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56.

¹⁷² FACHIN, Luiz Edson. Da função pública ao espaço privado: aspectos da ‘privatização’ da família no projeto do Estado mínimo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Direito e neoliberalismo - elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 144-145.

O Estado abandonou sua figura de *protetor-repressor*, para assumir postura de Estado *protetor-provedor-assistencialista*, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal).

A intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: *A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.*

A Constituição Federal de 1988 definiu e não deixou margem para dúvidas quanto à concepção da intervenção do Estado e assunção deste papel de “Estado-protetor” e não um “Estado-interventor”, ao dispor no art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Ficou muito claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade através do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é que deve interessar ao Estado.

No texto constitucional está prevista também a liberdade do casal, no que concerne ao planejamento familiar, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Do Código Civil atual pode-se extrair o fundamento legal para recepcionar a autonomia privada como princípio fundamental do Direito de Família: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Conforme salienta o Professor Gustavo Tepedino, ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e subordinar as relações jurídicas patrimoniais a valores existenciais, consegue assim despatrimonializá-las. Nesta esfera, o Estado deve conferir a proteção à família fora da órbita patrimonial, o que importa, sobretudo, em respeitar a autonomia privada e acatá-la como princípio fundamental.

4.5.3 “Senso e contra-senso” da intervenção (mínima) do Estado

A intervenção estatal justifica-se apenas como uma função instrumental para constituir meio garantidor de realização pessoal de seus membros. No entanto, pode-se detectar nas legislações que regem e dispõem sobre as relações familiares inúmeras situações contrapostas, em que ora é respeitado o limite protecionista, ora ele é ultrapassado para atingir o princípio da autonomia privada aplicável a tais relações.

A Constituição Federal de 1998, ao dispor sobre entidades familiares, estendeu sua proteção àquelas relações originadas pelo casamento ou união estável e às famílias monoparentais. A descrição dessas três modalidades de família tem levado alguns autores ao entendimento de que o Estado deve negar proteção a outras formas de constituição de família (ver item 4.6), como por exemplo naqueles em que não há a diversidade de sexo, como se pudesse negar que o *animus familiae*, o afeto, o desejo de constituir família não estivessem ali presentes.

É de se indagar também se ao “regularizar”, normatizar as uniões estáveis – até então consideradas livres – o Estado não estaria adentrando na autonomia privada do indivíduo que, contrapondo-se à solenidade, ao formalismo consubstanciado no casamento, optou por unir-se sem interferência do Estado. Este é um paradoxo criado em nome de se proteger a parte econômica e historicamente mais fraca.

Outra excessiva intervenção do Estado é a imputação de culpa pelo fim do casamento. Não cabe ao Estado impor a forma como a família irá se constituir, muito menos poderá normatizar sobre as causas que servem como motivação à sua desconstituição ou impor a união perpétua, como fazia até 1977, antes da lei do divórcio.

O Código Civil de 2002, ao mesmo tempo em que fez presente o vértice evolucionista consubstanciado nos princípios da livre estipulação e da mutabilidade do regime de bens do casamento (art. 1.639, *caput* e § 2º), manteve dispositivos que retratam a intervenção do Estado na família para além de seu papel de proteção. O mais flagrante é o que limita às pessoas com idade superior a 60 anos a livre estipulação do regime de bens no casamento, ao estabelecer que a partir desta idade é obrigatório o regime de separação de bens. (ver item 4.4).

Da mesma forma ocorreu em relação à positivação da irrenunciabilidade do direito aos alimentos entre cônjuges (art. 1.707 do CCB/2002), que já havia sido afastada por notória construção doutrinária e jurisprudencial, em razão dos princípios da igualdade, da independência e da autonomia privada dos membros da família, maiores e capazes. Neste sentido, já havia pronunciado com clareza e autoridade o Professor João Baptista Villela, repudiando a irrestrita intervenção estatal na família por ocasião da discussão sobre a validade e notável na Súmula 379¹⁷³ do STF a que faz alusão:

Como tem observado a melhor doutrina, irrenunciáveis são apenas os alimentos devidos ‘jure sanguinis’, já que se funda no parentesco, que igualmente não se renuncia. Mas os que têm caráter indenizatório, como são aqueles devidos pela extinção do dever conjugal de mútua assistência, não encontram motivo para se subtraírem ao império da autonomia vontade.

¹⁷³ Súmula 379 – “No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.”

A orientação do Supremo Tribunal Federal infantiliza os cônjuges e lhes retira o poder de autodeterminação até mesmo quando, superados todos os desencontros de um casamento que se inviabilizou, identificam este magro e derradeiro consenso, que é a separação por acordo.¹⁷⁴

Apesar de o Código Civil de 2002, em seu art. 1.513, proibir a interferência do Estado na comunhão de vida do casal, esse mesmo Código estabelece a obrigação de coabitação, que inclusive transveste-se na exigência do *debitum conjugale*, ou obrigatoriedade da manutenção do relacionamento sexual durante a convivência no lar comum, como se vê na decisão abaixo transcrita:

AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO. PROCEDÊNCIA. MULHER QUE TEM AVERSÃO AO ATO SEXUAL, NEGADO-SE, TERMINANTEMENTE, AO 'DEBITUM CONJUGALE'. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE VIDA EM COMUM (COABITAÇÃO). EXISTÊNCIA DE CAUSA INIBITÓRIA PARA O CONGRESSO SEXUAL, POR MOTIVOS DE ORDEM PSICOLÓGICA DIAGNOSTICADOS NA REQUERIDA. PROVA PERICIAL DEMONSTRADORA DA ANOMALIA. Estando provada a reiterada recusa da mulher ao ato sexual com seu marido, anula-se o casamento, porque, em tais condições, este não chegou a consumir-se. O dever de vida em comum dos esposos no domicílio conjugal, previsto no art. 231 do Código Civil, exige comunhão total, notadamente de natureza íntima, e, uma vez inviabilizada essa comunhão, por falta de cumprimento do 'debitum conjugale', fica caracterizada a nulidade do casamento realizado. Reexame necessário improvido. Segredo de justiça. Decisão: unânime – negaram provimento (TJPR, 2ª Câmara Cível, Acórdão 11033, publ. 10/4/1995).

A coabitação, embora esteja no elenco das obrigações conjugais, já se afigura como um dever superado, à medida que está cada vez mais freqüente a realidade de casais que não compartilham o mesmo teto, sendo por vezes salutar à própria família este ajuste (leia-se, livre manifestação de vontade), muito se distanciando de uma infração conjugal. Por outro lado, enquanto obrigatoriedade da relação sexual, tal exigência faz-se ainda mais intervencionista pois contrária ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana e a um dos corolários da personalidade jurídica, qual seja a livre disposição do próprio corpo e da privacidade mais íntima. Além de contrariar o princípio da menor intervenção estatal, tal obrigação conjugal se coloca totalmente na contramão da *lei do desejo*.

Com a costumeira clarividência, a doutrinadora e desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, afastou a correlação entre a coabitação e o *debitum conjugale*, além de registrar a ingerência do poder estatal numa e noutra hipótese. *Ipsis litteris*:

¹⁷⁴ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. III, série Monografias, n.2. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 36.

Ainda que forçoso seja reconhecer como indevida a intromissão na intimidade da vida do par, pela via legislativa – como ao impor, por exemplo, o dever de fidelidade e de vida em comum – não há como afirmar que tenha o Estado imposto a obrigação de manter relações sexuais. Na expressão ‘vida em comum’, constante do inc. II do art. 231 do Código Civil, não se pode ver a imposição do débito conjugal, infeliz locução que não pode ser identificada como a previsão do dever de sujeitar-se a contatos sexuais.¹⁷⁵

Em sentido oposto à opinião retromencionada, vemos no julgado abaixo transcrito a negação da autonomia de vontade dos membros da família em pactuarem a inaplicabilidade do *dever* de manutenção de relações sexuais, o que significa dizer que não se levou em consideração o princípio da autonomia e da menor intervenção estatal:

Casamento. Contrato. Cláusula. Não homologação. Casal pretendendo se desobrigar mutuamente do débito sexual conjugal. Inadmissibilidade. Coabitação em leito que consiste um dos esteios do casamento. Declarada extinção do feito com fulcro no art. 269, III, do Código de Processo Civil. Recurso não provido (TJSP, rel. Des. Silvério Ribeiro, Apelação Cível n.140.548, j. 4/2/1991).

Como pode o Estado ditar normas e dispor sobre a vida íntima e sexual do casal, inclusive afastando a livre manifestação de vontade de pessoas capazes? A quem interessa a “prestação sexual” além dos próprios cônjuges? Uma resposta é dada pelo jurista luso Pedro Vaz Patto, que com clareza proclama a não-intervenção do Estado na intimidade dos membros da família, sobretudo no sentido da (in)exigibilidade de um regime copular intramatrimonial:

O respeito da dignidade da pessoa humana exprime-se de modo particularmente relevante no âmbito da conduta sexual. Tal respeito implica a consideração do outro não como objeto de prazer e de gozo hedonístico, mas como destinatário de um amor desinteressado.¹⁷⁶

Por fim, a aplicabilidade do princípio da autonomia privada da família como instrumento de *freios e contrapesos* da intervenção do Estado funda-se, ainda, no próprio direito à intimidade e liberdade dos sujeitos que a compõem, que resulta também da personificação do indivíduo. Paulo Luiz Netto Lôbo, com o objetivo de sepultar a intromissão estatal na esfera da família, faz a seguinte referência a uma decisão da Suprema Corte americana sobre o assunto:

¹⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. *Casamento ou terrorismo sexual*. Disponível em: www.ajuris.org.br. Acesso em: 21/9/02.

¹⁷⁶ PATTO, Pedro Vaz. Direito penal e ética sexual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa: Universidade Católica, v. XV, t. 2, p. 134, 2001.

No direito americano, a concepção de privacidade como direito fundamental, no âmbito da família, culminou com a decisão Griswold em 1963, da Suprema Corte. Nela declara-se o casamento como associação que promove um modo de vida, não o causa; uma harmonia de existência, não fatos políticos; uma lealdade bilateral, não projetos comerciais ou sociais. São situações cobertas pelo direito à privacidade, que não admite a interferência do Estado ou de terceiros.¹⁷⁷

O desafio fundamental para a família e das normas que a disciplinam é conseguir conciliar o direito à autonomia e à liberdade de escolha com os interesses de ordem pública, que se consubstancia na atuação do Estado apenas como protetor. Esta conciliação deve ser feita através de uma hermenêutica comprometida com os princípios fundamentais do Direito de Família, especialmente o da autonomia privada, desconsiderando tudo aquilo que põe o sujeito em posição de indignidade e o assujeite ao objeto da relação ou ao gozo de outrem sem o seu consentimento.

4.6 Princípio da pluralidade de formas de família

4.6.1 A tutela histórico-constitucional da família matrimonializada

A primeira Constituição do Brasil, outorgada pelo imperador D. Pedro I em 1824, não fez referência à família ou ao casamento, a não ser à própria família imperial. A referência à família matrimonializada foi somente a partir da Constituição de 1891 - a primeira republicana -, que apenas fez menção ao casamento sem, no entanto, configurar propriamente uma proteção à família. Mas foi uma referência importante, pois foi o marco histórico da separação Igreja/Estado. Dizia então, o art. 72, § 4º: *A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.*

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16/7/1934, inseriu a temática da família, da educação e da cultura. Normas sobre a família foram, então, dispostas no Capítulo I, “Da Família”, do Título V, arts. 144 a 147. Sinteticamente, a preocupação do constituinte centrou-se mais no casamento, do que propriamente na família. Ateve-se aos aspectos formais, esquecendo-se da substancialidade da instituição. Introduziu a expressão *proteção especial do Estado*, repetida nos textos constitucionais posteriores, e permitiu o reconhecimento de filhos naturais (não-adulterinos).

Já a Carta Magna de 1937, através dos arts. 124 a 127, manteve o que tinha sido garantido ao povo brasileiro e procurou adequar o instituto ao contexto do Direito Constitucional da época.

A Constituição da República de 1946, embora tenha sido considerada a Constituição mais democrática até então, não trouxe alterações em relação à anterior, com exceção da garantia

¹⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p.142, jun. / jul. 2004.

da possibilidade de estender os efeitos civis ao casamento celebrado em cerimônia religiosa – o que, na verdade, veio restabelecer um direito garantido na Constituição de 1934 e suprimido na Constituição de 1937.

O legislador constituinte de 1967 teve como intuito maior “legitimar” e garantir o exercício do poder político do regime militar. Mas, no que se refere à família não houve introdução de novas normas. Cuidou apenas de reduzir em apenas um único artigo e quatro parágrafos o espaço dedicado ao tema, mantendo os direitos já conferidos pela Constituição anterior. Em plena vigência do regime militar, implantado a partir de março de 1964, foi promulgada, em 17/10/1969, a Constituição da República Federativa do Brasil, com origem na Emenda Constitucional n. 1. Incorreu na mesma imprecisão dos textos constitucionais anteriores ao omitir o que seria uma família para o Direito Constitucional. Trouxe pequenas alterações de forma e não de conteúdo. Na vigência desta Constituição foi promulgada a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26/12/1977), permitindo a dissolução do vínculo matrimonial e a celebração de um novo casamento.

Enfim, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5/10/1988, impulsionada pelas expressivas modificações do contexto político, econômico e social do País, tratou de forma mais pontual a família, provocando uma verdadeira revolução no Direito de Família. Afinal, “o direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentre deles.”¹⁷⁸ Era imperioso que a norma constitucional entrasse em compasso com os fatos sociais e os sentidos axiológicos dados por seus destinatários, sob pena de nascer velha e tornar-se ineficaz.

Neste sentido, houve o rompimento com a premissa de que o casamento era o único instituto formador e legitimador da família brasileira, e do modelo de família hierarquizada, patriarcal, impessoal e, necessariamente, heterossexual, em que os interesses individuais cediam espaço à manutenção do vínculo. Esta Constituição trouxe, além de novos preceitos para as famílias, princípios norteadores e determinantes para a compreensão e legitimação de todas as formas de família.

4.6.2 A aplicabilidade do princípio da pluralidade das formas de família

O princípio da pluralidade das formas de família, embora seja um preceito ético universal no Brasil, teve seu marco histórico na Constituição da República de 1988, que trouxe inovações ao romper com o modelo familiar fundado unicamente no casamento, ao dispor sobre outras formas de família: união estável e família monoparental.

Alguns doutrinadores defendem que o art. 226¹⁷⁹ da Constituição é uma “norma de clausura”, na medida em que elenca as entidades familiares que são objeto da proteção do Estado.

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 7, p. 170.

¹⁷⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes

Não se afigura adequada tal argumentação, pois várias outras entidades familiares existem além daquelas ali previstas, e independentemente do Direito. A vida como ela é vem antes da lei jurídica. Jacques Lacan, em 1938, demonstrou em seu texto *A família* (publicada no Brasil com o nome *Complexos familiares*), a dissociação entre família como fato da natureza e como um fato cultural, concluindo por essa última vertente. Ela não se constitui apenas de pai, mãe e filho, mas é antes uma estruturação psíquica em que cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente. Desfez-se a idéia de que a família se constituiu, unicamente, para fins de reprodução e de legitimidade para o livre exercício da sexualidade.

Paulo Luiz Netto Lôbo, com sua autoridade de um dos grandes civilistas brasileiros da atualidade, baseando-se na principiologia constitucional, conclui que “*a exclusão não está na Constituição, mas na interpretação.*”¹⁸⁰ Ao contrário dos textos constitucionais anteriores, a Carta Magna de 1988, embora não tenha nominado todas as entidades de família existentes (tarefa de difícil execução), chancelou-lhes proteção ao suprimir a locução “constituída pelo casamento”, presente nas Constituições de 1967 e de 1969. O jurista alagoano garante que a enumeração é apenas exemplificativa.

No mesmo sentido, também a autoridade hermenêutica do jurista carioca Gustavo Tepedino, invocando o macroprincípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio deve ser o lume das entidades familiares:

A família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado, a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.¹⁸¹

A família passou a ser, predominantemente, *locus* de afeto, de comunhão do amor, em que toda forma de discriminação afronta o princípio basilar do Direito de Família. Com a personalização dos membros da família eles passaram a ser respeitados em sua esfera mais íntima, na medida em que disto depende a própria sobrevivência da família, que é um “meio para a realização pessoal de seus membros. Um ideal em construção”, conforme salienta Rosana Fachin.¹⁸² É na busca da felicidade que o indivíduo viu-se livre dos padrões estáticos para constituir sua família.

¹⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 12, p. 44, jan./ mar. 2002.

¹⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *In: Temas de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 328-329.

¹⁸² FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família no novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 147.

É, portanto, da Constituição da República que se extrai o sustentáculo para a aplicabilidade do princípio da pluralidade de família, uma vez que, em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade. Sobretudo da garantia da liberdade e da igualdade, sustentadas pelo macroprincípio da dignidade, é que se extrai a aceitação da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal.

Diante da hermenêutica do texto constitucional e, sobretudo, da aplicação do princípio da pluralidade das formas de família, sem o qual estar-se-ia dando um lugar de indignidade aos sujeitos da relação que se pretende seja família, tornou-se imperioso o tratamento tutelar a todo grupamento que, pelo elo do afeto, apresente-se como família, já que ela não é um fato da natureza, mas da cultura, repita-se (ver item 4.7). Por tratamento tutelar entenda-se o reconhecimento pelo Estado de que tais grupamentos não são ilegítimos e, portanto, não estarão excluídos do laço social.

4.6.3 Famílias plurais e a reinvenção do vínculo amoroso

Uma das dificuldades e resistências de se reconhecer a pluralidade e as várias possibilidades dos vínculos parentais e conjugais reside no medo de que estas novas famílias signifiquem a destruição da “verdadeira” família. Esse apego ao tradicionalismo, que provoca o saudável debate com a modernidade, é mais uma questão fundamental para o século XXI. O filósofo francês, Jacques Derrida em um diálogo com a Historiadora e Psicanalista, Elisabeth Roudinesco, dá um tom importante a esta reflexão:

Eu não diria sem hesitar que a família é eterna. O que é inalterável, o que continuará a atravessar a História, é que exista ou que haja a família, o laço social organizado em torno da procriação. (...) Pode-se fazer muitas coisas com um homem e uma mulher! Com a diferença sexual (e a homossexualidade não é a indiferença sexual) pode-se imaginar tantas configurações ditas ‘familiares’! E mesmo no que consideramos ‘nosso’ modelo mais estável e mais familiar, existem tantas subespécies! Os progressos da genética libertam ou aceleram nossa imaginação – deliciada, aterrada, ou ambos ao mesmo tempo, diante de todo tipo de coisas que não diria desconhecidas, sobretudo do inconsciente, mas ainda não gravadas pelo que poderíamos chamar, no sentido amplo, de estado civil...¹⁸³

¹⁸³ DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã: diálogo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 52-53.

Considerando o desafio que se propõe neste presente trabalho, torna-se dispensável tratar das famílias já tipificadas no texto constitucional – casamento, união estável e entidade monoparental. A elas já foi dispensado tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial e, portanto, já têm o selo de legitimidade concedido ideologicamente pelo Estado.

A proposta é, então, colocar como figuras centrais outras formas de famílias, cujo tratamento e proteção passa pela aplicação do princípio ora tratado, partindo-se da premissa da sua inegável existência e da tutela que a ela deve ser dispensada pelo Estado, em decorrência do que prevê o *caput* do art. 226 da Constituição Federal.

Mesmo quando a legislação brasileira disciplinava apenas a família fundada no casamento, essas outras famílias já existiam, e continuarão existindo independentemente de sua positivação pelo Estado. E, da mesma forma que as famílias positivadas possibilitam a seus membros estabelecerem-se como sujeitos e desenvolverem relações na *polis*, a estas outras deve ser dada legitimidade como um imperativo da noção de cidadania.

Necessária se torna a reformulação do tratamento jurídico dispensado à família, no sentido de afastar qualquer disposição legal doutrinária e jurisprudencial que não acolha as variedades e peculiaridades das famílias, em decorrência da aplicação do princípio da pluralidade. Novamente é a autoridade de Gustavo Tepedino que vem iluminar nossa reflexão:

Ao reverso, as normas que têm a sua ratio vinculada às relações familiares devem ser estendidas a toda e qualquer entidade familiar, nos termos constitucionais, independentemente da origem da família; tenha sido ela constituída por ato jurídico solene ou por relação de fato; seja ela composta por dois cônjuges ou apenas por um dos genitores, juntamente com os seus descendentes. Não há razão, por exemplo, para que um conflito relacionado a qualquer das modalidades constitucionais de entidade familiar seja submetido a uma vara cível, quando na comarca haja vara especializada em matéria de família. Tratar-se-ia de discriminação intolerável por parte da lei estadual de organização judiciária.¹⁸⁴

Como se vê, a família no Brasil como instituição perdeu muito de sua força, que acabava normatizando os comportamentos afetivos e sexuais. Segundo a socióloga, psicanalista e professora na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Marlise Matos, cinco grandes fatores macrossociais contribuíram para a transformação dessa realidade. O *primeiro*, refere-se às transformações no próprio sistema capitalista e a expansão do mercado que acaba inserindo a todos na dinâmica do trabalho e principalmente incorporando as mulheres ao trabalho remunerado. O *segundo* fator, cuja origem vem da França, Inglaterra, ganhando força nos EUA e chegando também ao Brasil, é a luta pelos direitos civis e pelas minorias, que traduzem, em síntese, o direito

¹⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *Temas de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 406.

à vida, igualdade, liberdade, segurança, etc, acima e independentemente de cor, sexo e religião. O *terceiro* advém do crescente e contínuo movimento de individualização das mulheres, o que se traduz em seu maior acesso ao mercado de trabalho e à escolarização. O *quarto* é a consequência do feminismo associada ao controle tecnológico de reprodução humana, separando reprodução do exercício da sexualidade. O *quinto* é uma maior visibilidade das alternativas identitárias de gênero, especialmente homossexuais, bissexuais ou transexuais.¹⁸⁵

Com isto os modelos familiares, em decorrência da fragmentação e diversificação de experiências de vida privada, ficaram alterados. As novas sociabilidades se pautaram pela tolerância, solidariedade, e principalmente respeito pelas diferenças. Isto traz também como consequência uma coexistência conflituosa entre tradição, com sua eterna nostalgia à estabilidade perdida, e modernidade com seu acelerado processo de reconstrução e alternativas para experiências do sujeito, “por intermédio de reinvenções criativas do vínculo amoroso”.¹⁸⁶

Para melhor compreensão, vamos classificar essas entidades familiares em três grupos: família conjugal, família parental e família unipessoal ou *single*. Qualquer tipo de família possível estará necessariamente em uma dessas três categorias.

4.6.4 Famílias conjugais e a *resignificação da sexualidade humana*

Família conjugal é aquela que se estabelece a partir de uma relação amorosa, na qual estão presentes, além do afeto, o desejo e o amor sexual. O amor conjugal assenta-se também na sexualidade, que não está necessariamente na genitalidade. Isto ajuda o Direito a ampliar a noção de amor conjugal. Pode haver, por exemplo, um casal que, em decorrência de fatores como impotência ou frigidez causadas pela idade, doença ou por razões que não se pode ou não se deve indagar, o exercício de sua sexualidade não necessariamente está nos atos sexuais genitalizados tradicionais. Mas isto não anula ou invalida o amor conjugal. A sexualidade é da ordem do desejo.¹⁸⁷

Essas outras famílias podem ser recompostas, reconstituídas, binucleares, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, casais sem filhos, casais homossexuais... A lista dos diversos arranjos familiares é grande. Fundamental é verificar se os sujeitos que se dispuseram a unir-se o fazem pelos laços afetivos e se constituíram uma entidade familiar que está além de um convívio superficial e desprezioso. Se assim for, devem ser tomados e protegidos como família.

Pouco relevante é a obediência a uma padronização, mesmo porque, quando se trata de afeto, isso é impensável. Necessário é compreender que a sociedade comporta a pluralidade de

¹⁸⁵ MATOS, Marlise. *Reinvenções do vínculo amoroso: cultura e identidade de gênero na modernidade tardia*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2000, p. 18-19.

¹⁸⁶ MATOS, Marlise. *Reinvenções do vínculo amoroso: cultura e identidade de gênero na modernidade tardia*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2000, p. 21.

¹⁸⁷ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 62.

família, num movimento histórico, a partir das demandas íntimas de cada indivíduo. Ao se relacionar e afeiçoar-se a alguém, não deveria fazer parte da preocupação da pessoa a titulação que será dada a este elo. O importante é verificar se há ali um núcleo familiar compondo uma estrutura psíquica, seja com alguém de seu sexo ou de sexo oposto, com filhos ou sem eles, para se ter uma nova vivência afetiva, não obstante a dor de um rompimento anterior.

Um dos assuntos mais polêmicos é a caracterização da entidade familiar derivada de uma união de pessoas do mesmo sexo, notadamente em razão do crescente contingente de situações que são levadas ao crivo do Estado – através do Poder Legislativo e, principalmente, do Judiciário – no clamor de uma solução. Abaixo, uma decisão paradigmática do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que está dando um outro rumo à história das famílias plurais:

Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. (TJRS, Ag. 599075496, Ac. 8ª Câmara Cível, rel. Des. Breno Moreira Mussi, RTDC2/155).

A melhor hermenêutica civil constitucional vai em direção à caracterização destas uniões como família. O caráter de inclusão da norma contida no art. 226 da Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana sobre o qual se sustenta a tábua axiológica do Texto Maior, além da mínima intervenção do Estado – sobretudo na esfera íntima, na liberdade e autonomia de vontade dos indivíduos – devem afastar dúvidas que ainda teimam em sobreviver. Maria Berenice Dias, com sua antevisão e coragem, é assertiva: “Um estado democrático de direito não pode desrespeitar seus princípios, servindo sua lei maior para assegurar a realização dos direitos e liberdades fundamentais”¹⁸⁸.

Se a família encontra-se dissociada do casamento e da procriação, se a união homoafetiva contém respeito, consideração mútua, assistência moral e material recíprocas, não se justifica deixar ao desabrigo essa entidade familiar sob as normas de ordem moral ou por não se tratar de diversidade de sexos, sobretudo diante da liberdade de opção sexual consubstanciada no direito à privacidade. Novamente é a pioneira posição de Maria Berenice Dias que pacifica a discussão:

Abstraindo-se o sexo dos conviventes, nenhuma diferença entre as relações homo e heterossexuais, pois existe uma semelhança no essencial, a identidade de motivos entre os dois casos. Ambos são vínculos que têm sua origem no afeto, havendo identidade de propósitos, qual seja a concretização do ideal de felicidade de cada um... A omissão legal não

¹⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 71.

pode ensejar negativa de direitos a vínculos afetivos que não tenham a diferença do sexo como pressuposto. A dimensão metajurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tem como protegidos pela Constituição relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens.¹⁸⁹

A importância da aplicação do princípio constitucional da pluralidade de formas de família às uniões de pessoas do mesmo sexo, assim como a qualquer outro vínculo amoroso que tenha estruturação psíquica de família, vai muito além da simples salvaguarda de direitos patrimoniais, pessoais ou previdenciários. Esta importância está, principalmente, na legitimação e desmarginalização das relações familiares, o que significa, em última análise, o cumprimento da palavra de ordem da contemporaneidade, cidadania, que por sua vez tem o significado de uma regra de juízo universal, ou seja, fazer cumprir também o macroprincípio da dignidade da pessoa humana.

4.6.5 Famílias parentais e o fim do contrato de reprodução humana

Uma outra categoria de família, que pode conter ou estar contida na família conjugal, é a parental. Podemos designar por família parental a entidade familiar que se forma por um grupamento de pessoas unidas pelos laços de parentesco biológico ou “socioafetivo”.

Neste sentido, situa-se a família monoparental, que teve sua positivação a partir da Constituição Federal de 1988, então designada por qualquer dos pais e seus decedentes, ou seja, pelo homem ou pela mulher, sem o par conjugal, e sua prole.

Também são famílias parentais as comunidades compostas por irmãos que não convivem com os pais e também aquelas compostas por avós e respectivos netos. Em razão da hermêutica e aplicação do princípio da pluralidade de família, o STJ já definiu tais comunidades como família:

EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI N. 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei n.8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. (STJ, REsp. n.159.851-SP, DJ 22/6/1998)

Outra espécie de família parental que merece destaque é a socioafetiva, cuja nomenclatura advém da expansão da já difundida “filiação socioafetiva” (ver item 4.7). Nela se

¹⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 86.

inclui a família substituta, cuja gênese é a adoção, tutela ou guarda, conforme já preceituava, desde 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. A família parental constituída pela socioafetividade vem sendo amplamente protegida pela jurisprudência, em manifesta aplicação do princípio da pluralidade das formas de família, conforme demonstram as decisões abaixo:

Negatória de paternidade. 'Adoção à brasileira'. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular 'adoção à brasileira', não tutelaria a dignidade da pessoa humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (TJPR, Ac. 108.417-9, rel. Des. Accácio Cambi, j. 12/12/2001, *DJPR* 4/2/2002).

Também se inclui nesta categoria de família aquelas chamadas *reconstruídas*, *reconstituídas*, *binucleares* e *famílias "mosaico"*, usualmente formada pelo par e os filhos advindos de relações conjugais anteriores, surgindo assim as figuras do padrasto e da madrasta, historicamente associadas a uma figura maligna, que busca substituir a mãe e/ou o pai. Havendo descendentes de famílias anteriores de ambos os lados, estes passarão a desenvolver uma convivência familiar sem elo de consangüinidade, mas serão, sim, *filhos do coração*, conforme denomina Rolf Madaleno,¹⁹⁰ ou seja, *irmãos de afeto*. Esses vínculos parentais estão cada vez mais comuns em razão da nova realidade das famílias, embora não haja previsão legal e nem nomenclatura para os filhos nesta *família mosaico*. Entretanto, não considerá-los como membros de uma família é negar-lhes, inclusive, a presença de um interdito que proíba uma união afetiva, que pode ser desestruturante do sujeito.

Corolário da norma de inclusão contida no art. 226 da Constituição Federal, o art. 1.593 do Código Civil Brasileiro serve como fundamento à existência das famílias parentais ao dispor em seu art. 1.593 que: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem." (grifos nossos)

Assim esta norma acabou por sepultar o argumento arcaico de que parentes são apenas e tão-somente pessoas ligadas por consangüinidade, dando vazão à existência do parentesco pela afetividade como célula *mater* da família. É o jurista Luiz Edson Fachin quem as descreve, com a propriedade que lhe é peculiar:

¹⁹⁰ MADALENO, Rolf. Filhos do coração. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 23, p. 22-36.

(...) o Direito não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível, família como sendo o mosaico da diversidade, ninho da comunhão no espaço plural da tolerância, valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consangüíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis então o direito ao refúgio afetivo.¹⁹¹

Os laços de parentesco têm-se modificado de tal forma com a evolução dos poderes tecnocientíficos, proporcionando as inseminações artificiais, útero de substituição, clonagem, etc, que podemos falar, hoje, em *suplementos de mães*. Essa evolução tecnológica associada às novas experiências amorosas e afetivas têm provocado uma mutação na relação pai/mãe. Mas essas mutações, como o filósofo francês, Jacques Derrida diz, significam apenas uma aceleração na compreensão daquilo que sempre existiu: “a mãe sempre foi, ela também uma mãe simbólica ou substituível, como o pai, e a certeza adquirida no momento do parto a meu ver um engano. Um engano muito interessado, decerto a projeção de um poderoso desejo, mas um engano. E permanece assim – para sempre e mais que nunca”.¹⁹²

Na esteira da evolução da biotecnologia surge a possibilidade de outros arranjos familiares a partir da clonagem de células. Atrrelada a esta discussão está a clonagem terapêutica que, a partir de células-tronco, traria importantes benefícios médicos. Um dos impedimentos à evolução desta pesquisa é a posição moral de determinados segmentos sociais, que em alguns aspectos assemelham-se àqueles que temiam o divórcio e as famílias fora do casamento. Esta é mais uma questão em que a distinção entre moral e ética se torna necessária (ver capítulo 3). Certamente, daqui a alguns anos chegaremos à conclusão de que essas clonagens serão consideradas imprescindíveis.

Um dos argumentos da moral é que clonando estaríamos brincando de Deus. Outros, por sua vez, pensam em um horror como se fôssemos sofrer um ataque por um monstruoso exército de clones, na mesma proporção que os comunistas na década de 60 seriam a destruição das famílias. Realmente não é muito cômodo saber que é possível reproduzir-se sem passar pelos prazeres do sexo. Mas isso já não é mais novidade, pois as inseminações artificiais já fazem isso. O diferente, e o que mexe com o nosso imaginário, é a reprodução em

¹⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 306.

¹⁹² DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã: diálogo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 57.

que se constatará que um de nós pode ser, geneticamente, metade pai, metade mãe e o narcisismo geraria, então, filhos de uma só pessoa. Por mais que isso possa nos soar estranho, já que o ato do nascimento sempre exigiu um pai e uma mãe, embora a existência do sujeito não esteja necessariamente ligado à genética, provavelmente é um processo de evolução irreversível. Mas, se separarmos o que é moral e o que é ético nestas relações, concluiremos que se o filho-cópia dispensa nossa negociação com a(o) parceira(o) para gerá-lo, ele será *um outro* em relação a nós e com ele teremos que negociar para criá-lo, como tão bem descreve Renato Janine Ribeiro:

Mesmo o que geneticamente é cópia será, socialmente, um outro. O sonho narcisista pode dar, bem, errado. Ainda que a clonagem seja uma técnica tão nova, o desejo de não dever nada a ninguém, até na geração de um ser humano, não é novo. (...). As técnicas têm poder quando ativam os nossos desejos: são eles que devemos conhecer, é com eles que devemos negociar.¹⁹³

Assim, o incômodo que os filhos-clones provocam, se nos ativermos à ética em detrimento da moral, é que se instala um outro contrato, elimina “um outro” para o ato de reprodução. O contrato simboliza a essência de uma sociedade democrática, pois temos que negociar com “um outro” as relações pessoais, profissionais, comerciais, etc. Fica, então, a pergunta feita por Renato Janine Ribeiro em seu referido artigo: Será o fim da era dos contratos para reprodução humana?

4.6.6 Família unipessoal ou *single*

Não pode passar despercebida ao ordenamento jurídico a enorme propagação de indivíduos que optam ou são levados a viverem sozinhos, deslocados fisicamente dos demais entes a ele ligados por consangüinidade ou afetividade. São solteiros por convicção, viúvos ou separados/divorciados sem filhos, ou os que já constituíram outras famílias, celibatários, etc. A característica principal dos *singles* não é morar sozinho, pois há muitos casais, sem filhos, que vivem cada um em uma casa. A característica principal dos *singles* é não estarem vinculados maritalmente.

A frequência com que tal situação se faz presente não é proporcional ao tratamento dispensado por estudiosos e aplicadores do Direito, notadamente quanto à definição de ser ou não ser família.

Se o argumento contrário ao “ser família” é o próprio unitarismo de sua formação, conquanto que o elo de afeto pressupõe pelo menos *um outro*, deve-se usar, como defesa, a ponderação no sentido de que deve ser, na hipótese, também resguardada a dignidade da pessoa humana e autonomia do sujeito que se identifica como família, ainda que seja apenas para

¹⁹³ RIBEIRO, Renato Janine. O fim da era dos contratos. Folha de S. Paulo, p. A-11, 28 dez. 2002.

reconhecimento e proteção de determinados direitos. Neste sentido, é que os tribunais reconheceram dita entidade familiar para fins da aplicação da proteção contida na Lei n. 8.009/90, por conjugar com o princípio da dignidade humana:

A Lei n.8.009/90 precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece a limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laço de casamento, união estável ou descendência. Não se olvidem os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substituta. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias e, como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. *Data vênia*, a Lei n.8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data vênia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal. (STJ, 6ª Turma, REsp. n.182.223/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 10/5/1999)

4.7. Princípio da afetividade

4.7.1. O afeto como elemento formador de família

A família, no século XIX, era marcadamente patriarcal, e estruturava-se em torno do patrimônio familiar, visto que sua finalidade era, principalmente, econômica. O vínculo familiar tinha fundamentos formais. A família era, praticamente, um núcleo econômico e, tinha também grande representatividade religiosa e política. O *pater familias* era o grande homem, o grande chefe, que acumulava em suas mãos uma imensa gama de poderes.

A mulher, por seu turno, limitava-se à execução das tarefas domésticas e à criação dos filhos, de modo a garantir o normal andamento das diretrizes familiares. Com o passar do tempo, a estrutura familiar foi sofrendo paulatinas modificações. Com o feminismo e a inserção da mulher no mercado de trabalho, esta estrutura hierárquica e tradicional sofreu transformações importantes.

A família deixou de ter muitos membros para ser nuclear. A mulher rompeu as barreiras do lar e assumiu uma carreira profissional. Sua contribuição financeira tornou-se essencial para a subsistência familiar. Diante da sua saída dos limites domésticos, fez-se necessária a efetivação da presença masculina, compartilhando as tarefas familiares, o que provocou, por conseguinte, um repensar do exercício da paternidade.

Diante dessa nova estrutura, a família passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas, que adquiriram um importância secundária. A mulher deixou de ficar “presa” ao marido por questões econômicas e de sobrevivência, e seu vínculo passou a ser preponderantemente por motivações afetivas, vez que adquiriu possibilidade de se manter por seu próprio trabalho. De fato, uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas exclusivamente, por se constituir um núcleo afetivo, que se justifica, principalmente, pela solidariedade mútua. Detectando esta reversão no escopo da família, Paulo Luiz Netto Lôbo assim se pronunciou:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.¹⁹⁴

Para que haja uma entidade familiar, é necessário um afeto especial ou, mais precisamente, um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental. O constitucionalista Sérgio Resende de Barros define afeto familiar como:

um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.¹⁹⁵

Diante deste quadro estrutural, o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental. Mas será que o contrário é verdadeiro, ou seja, sempre que existir afetividade estará presente uma entidade familiar? Segundo Sérgio Resende de Barros,¹⁹⁶ não é qualquer afeto que compõem um núcleo familiar. Se assim fosse, uma amizade seria elo formador de família, o que ratifica a sua posição de ser necessário o afeto familiar, como garantia à existência de uma família.

¹⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 155, jun./jul. 2004.

¹⁹⁵ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

¹⁹⁶ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 8, jul./set. 2002.

Mas, além da afetividade, quais os elementos necessários para que haja uma família?

Paulo Luiz Netto Lôbo identifica como elementos definidores de um núcleo familiar, além da afetividade, a ostensibilidade e a estabilidade. Ele define tais requisitos da seguinte forma: a afetividade é o fundamento e finalidade da família, com desconsideração do “móvel econômico”; a estabilidade implica em comunhão de vida e, simultaneamente, exclui relacionamentos casuais, sem compromisso; já a ostensibilidade pressupõe uma entidade familiar reconhecida pela sociedade enquanto tal, que assim se apresente publicamente.¹⁹⁷

Os pressupostos apontados pelo grande jurista alagoano são essenciais e são requisitos que devem estar presentes em um relacionamento para que se conclua pela existência de uma entidade familiar. Em suma: não obstante a relevância do afeto como vínculo formador de família, ele, por si só, não é o único elemento para se verificar a existência de um núcleo familiar. Ele deve co-existir com outros, embora sua presença seja decisiva e justificadora para a constituição e subsistência de uma família. Acrescento a estes elementos trazidos pelo Prof. Paulo Lôbo, um outro, que na verdade, reúne todos eles. Esse elemento, ou melhor, essa noção de família sustentada pelo afeto, deve conter, em seu núcleo, uma estrutura psíquica. É a partir desses pressupostos que Lacan pôde definir a família como uma *estruturação psíquica*.¹⁹⁸

4.7.2. A afetividade como valor e princípio jurídico

No item anterior vimos que a atual estrutura da família se compõe por vários elementos, entre eles a afetividade. Entretanto, ela não é o único, não obstante seja o mais relevante, visto que é “o afeto que conjuga”.¹⁹⁹

Na era da despatrimonialização do Direito Civil, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, toda a ordem jurídica focou-se na pessoa, em detrimento do patrimônio, que comandava todas as relações jurídicas interprivadas. Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o *locus* onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais.

¹⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família - Família e cidadania – O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 91.

¹⁹⁸ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 13.

¹⁹⁹ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

A partir do momento em que a família se desinstitucionaliza para o Direito – ou seja, que ela não mais se faz relevante enquanto instituição –, e que a dignidade humana passa a ser o foco da ordem jurídica, passa-se a valorizar cada membro da família e não a entidade familiar como instituição. Isto porque passou a vigorar a ampla liberdade de constituir ou de desfazer os laços conjugais, não sendo mais necessário viver junto até que “a morte nos separe”. A liberdade de constituição de família tem estreita consonância com o Princípio da Autonomia da Vontade, principalmente nas relações mais íntimas do ser humano, cujo valor supremo é o alcance da felicidade.

Este valor permeou vários dispositivos constitucionais e codificados, como se constata, por exemplo, através do art. 1.511, CCB/02, que prevê que “o casamento estabelece uma comunhão plena de vida entre os cônjuges”. Assim, a vida em comum apenas se justifica enquanto proporcionar a comunhão afetiva da vida do casal, não justificando sua manutenção se a vida em comum deteriorou-se. Tal fato corrobora, também, a abolição do princípio da culpa na dissolução do casamento, cujos efeitos já foram minorados em relação aos alimentos, com o advento do atual Código Substantivo.

Ademais, o art. 226, § 8º da Constituição Brasileira de 1988²⁰⁰ assimila o marco ora tratado da nova família, com contornos diferenciados, pois prioriza a necessidade da realização da personalidade dos seus membros, ou seja, a família-função, em que subsiste a afetividade, que, por sua vez, justifica a permanência da entidade familiar. Esta é a família constitucionalizada, que trazemos a lume no presente trabalho.

Por isso, insista-se, a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros.²⁰¹ Em face, portanto, da mudança epistemológica ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto como um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família. Seus reflexos crescentes vêm permeando todo o Direito, como é exemplo a valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas da filiação, em detrimento, por vezes, dos vínculos de consanguinidade. Além disso, todos os filhos receberam o mesmo tratamento constitucional, independente da sua origem e se são biológicos ou não.

4.7.3 Parentalidade afetiva e efetiva

Uma das mais relevantes conseqüências do Princípio da Afetividade encontra-se na jurisdicização da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação. Isso porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos. Como anotou João Baptista Villela, “a

²⁰⁰ Art. 226, § 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

²⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. Novas Foramas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 372-373.

paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação”.²⁰² Essa é a atual verdade da filiação, muito mais relevante do que os vínculos biológicos, pois é capaz de contribuir de forma efetiva para a estruturação do sujeito.

Para que um filho verdadeiramente se torne filho, ele deve ser adotado pelos pais, tendo ou não vínculos de sangue que os vinculem. A filiação biológica não é nenhuma garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação. Portanto é insuficiente a verdade biológica pois a filiação é uma construção, que abrange muito mais do que uma semelhança entre os DNAs. Afinal, o que é essencial para a formação de alguém, para que possa tornar-se sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que uma pessoa tenha, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe.²⁰³ A presença do pai ou da mãe biológicos não é nenhuma garantia de que a pessoa se estruturará como sujeito. O cumprimento de funções paternas e maternas, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação biopsíquica saudável de alguém. Por isso, a família não é um dado natural, genético ou biológico, mas cultural, insista-se.

Por isso, também a paternidade tem a liberdade como um dos elementos intrínsecos, como registrou João Baptista Villela, um dos principais responsáveis pela compreensão e desenvolvimento da teoria e princípio da afetividade, mas que deve pressupor, também, a liberdade:

(...) a lei e a justiça desrespeitam gravemente uma criança, quando lhe dão por quem, em ação de investigação de paternidade, resiste a tal condição. Um ser com todos os vícios e crimes, mas que aceite verdadeiramente a paternidade, é preferível àquele que a recuse, orgando embora de todos os méritos e virtudes, se tomar como critério o bem da criança. Imagine-se cada um tendo como pai ou mãe quem só o é por imposição da força: ninguém experimentará mais viva repulsa, nem mais forte constrangimento. Todo o direito de família tende a se organizar, de resto, sob o princípio basilar da liberdade, tão certo é que as prestações familiares, seja entre os cônjuges, seja entre pais e filhos, só proporcionam plena satisfação quando gratuitamente assumidas e realizadas.²⁰⁴

A paternidade socioafetiva está alicerçada na posse de estado de filho, que nos remete à clássica tríade *nomen, tractus e fama*. Assim, para que haja a posse de estado, neste diapasão, é necessário que o menor carregue o nome da família, seja tratado como filho e que sua condição oriunda da filiação seja reconhecida socialmente. É este tripé que garante a experiência de família e

²⁰² VILLELA, João Baptista. A desbiologização de paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 71, p. 45. jul./set.1980.

²⁰³ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 62-63.

²⁰⁴ VILLELA, João Baptista. A desbiologização de paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 71, p. 46, jul./set. 1980.

nele o pressuposto do afeto. Afinal, quem cria um filho que não traz consigo laços biológicos pressupõe-se que o desejo permeou esta relação. E é claro que a consequência direta do desejo, neste caso, é a construção do afeto.

Não é mais possível ao Direito ignorar a existência da paternidade socioafetiva, embora ela ainda não esteja em regramento legislativo expresso, não obstante a incidência do art. 1.593 CCB/02.²⁰⁵ Daí a importância e suma relevância da interpretação através de princípios, mormente o princípio da afetividade, que é o veículo propulsor do reconhecimento jurídico de tal instituto. A inclusão do afeto como valor e como princípio não significa a exclusão dos laços biológicos.

Um outro exemplo de que o ordenamento jurídico assimilou o afeto como valor jurídico é o art. 1597, V, CCB/02.²⁰⁶ A partir do momento em que foi admitida a presunção de paternidade de filho advindo de reprodução artificial heteróloga – cujo material genético é de terceiro – desprezou-se o vínculo biológico, privilegiando-se, por conseguinte, o afetivo, pois é a autorização do pai que garante a filiação e todas as responsabilidades a ela inerentes, inclusive, advindas do poder familiar. Afinal,

A paternidade envolve a função de pai, que vai muito além do dimensionamento do vínculo biológico. O aspecto da paternidade não se limita meramente à concepção; mais importante é o acompanhamento de todo o desenvolvimento após o nascimento, tomando para si a responsabilidade na criação, manutenção e educação do filho.²⁰⁷

A inclusão da reprodução humana heteróloga como causa de presunção de paternidade gera consequências relevantes, como previsto no art. 1597, V, CCB/02. Primeiramente, aduz Guilherme Calmon Nogueira da Gama que esta presunção é absoluta, ou seja, não admite prova em contrário, o que acarretaria a impossibilidade do marido impugnar a paternidade relativamente à criança concebida através das técnicas médicas, previamente consentidas.²⁰⁸ Tem-se, portanto, a parentalidade como certa, desde a concepção, com o consequente início da gravidez. Portanto, também neste caso, é uma decisão do casal, exteriorizada pelo marido, que garante os vínculos parentais. Conjuga-se a liberdade, a autonomia privada, com a afetividade.

²⁰⁵ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

²⁰⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

²⁰⁷ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial*. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 128.

²⁰⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 275.

Uma demonstração jurisprudencial de que a afetividade foi levada à categoria de princípio jurídico se encontra num julgado recentemente prolatado pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que determinou a responsabilização civil de um pai que abandonou seu filho. Embora este filho tenha buscado pelo pai – tanto na infância, quanto na adolescência e agora, na fase adulta –, este rejeitou-o e não arcou com sua responsabilidade paterna, inerente ao poder familiar. Tal responsabilidade está em estreita consonância com o dever de criar e educar, constitucionalmente previsto no art. 229.

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL
– PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA –
PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TAMG, AC n° 408550-5, 7ª CC, Rel. Unias Silva. J. 1/4/04)

Não menos relevante foi o voto do acórdão, com expresse reconhecimento do afeto como valor jurídico.

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a *afetividade*. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.

Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue.

(...)

O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.

No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público pauta-se exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar.

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.

Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. (...)

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexos causal entre ambos. (grifos do original).

Não se trata, aqui, de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor, a afetividade lhe seria inerente. Essa edificação torna-se apenas possível na convivência, na proximidade, no ato de educar, no qual são estruturados e instalados a referência paterna. Em função da expressa negativa deste pai de proporcionar ao filho a possibilidade da construção mútua da afetividade, violando por esta razão, seus direitos de personalidade é que foi imputado ao pai o pagamento da indenização por dano moral. Restou provado, no caso, a flagrante ofensa aos direitos de personalidade do filho, principalmente a tutela da integridade psicofísica, que faz parte do conteúdo da sua dignidade. Por isso, além da decisão ter sido paradigmática, fulcra seu mérito no embasamento principiológico constante de sua fundamentação, que reconhece a afetividade como um relevante princípio do atual ordenamento.

A fundamentação do acórdão fala por si só, tendo em vista a utilização do Princípio da Afetividade atrelado ao Princípio da Dignidade Humana. Afinal, no âmbito da família eudemonista, que visa a liberdade plena do sujeito em busca da felicidade, o núcleo familiar não se justificaria sem o afeto.

Apesar da clareza da essência da família contemporânea, como se debate neste trabalho, ainda subsistem intérpretes do direito que se recusam a uma hermenêutica principiológica e, principalmente, a reconhecer que a afetividade é o novo – e um dos mais relevantes – imperativos axiológicos do Direito de Família, como se nota no julgado abaixo:

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CONDOTA DESONROSA. AUSÊNCIA DE PROVA DE CULPA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Cada parte deve comprovar suas alegações, sendo ainda do autor o ônus da prova do fato constitutivo do alegado direito. Se não demonstrada a culpa da ré, o pedido não pode ser julgado procedente. (...)

Dessa forma, segundo princípios processuais, a prova da conduta desonrosa ou da infração grave dos deveres conjugais deve ser feita pelo demandante, eis que é interesse na prova do fato constitutivo do direito reclamado.

E compulsando os autos, entende-se que as provas testemunhais encontram-se insuficientes para provar a culpa da Apelada, no que diz respeito à sua conduta desonrosa.

Neste sentido, ressaltam-se Jurisprudências:

“O pedido unilateral de separação judicial formulado por um dos cônjuges não pode fundamentar-se em simples alegação de quebra da afetividade conjugal o na violação dos deveres do matrimônio. É necessário que haja prova segura de que essa violação seja de tal gravidade que torne impossível a vida comum”. (RT 545/177)

“Não basta a simples alegação de insuportabilidade da vida conjugal para justificar a separação judicial, devendo as injúrias imputadas ao cônjuge ser cumpridamente provadas”. (Ap 441//86, 11/12/89, DJPE 22/12/89. p. 2, e Resp. IOB Jurispr. 3/3780) (Divórcio e Separação, Yussef Said Cahali, tomo 1, 8ª ed., p. 468, 1995)

E assim, decidiu-se neste Eg. TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. FALTA DE PROVA A RESPEITO DA CONDUTA DESONROSA ATRIBUÍDA A RÉ (ART. 5º, DA LEI 6.515/770, RECONVENÇÃO. Tratando-se de ação de separação judicial litigiosa, incumbe à parte demonstrar o fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, razão pela qual, não provando a culpa da ré, o pedido não pode ser julgado procedente, com fulcro no artigo 5º, caput, da Lei de Divórcio. Por outro lado, na ação de separação judicial litigiosa, a culpa do autor pode ser reconhecida se houver reconvenção”. (TJMG, Apelação Cível n.189.299-1/00. Rel. Des. Côrrea de Marins. Public. 14/12/2000)

“SEPARAÇÃO JUDICIAL. CULPA MANTIDA AO CÔNJUGE. VARÃO. FRACA PROVA TESTEMUNHAL. CONFIRMAÇÃO DA IMPROCEDÊNCIA SENTENCIADA”.

(TJMG, Apelação Cível n.178.609-4/00. Rel. Des. Aluízio Quintão, Public. 20/10/2000)

SEPARAÇÃO JUDICIAL. FALTA DE PROVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Na separação judicial litigiosa, cabe ao autor o ônus da prova. Não provada a culpa da ré, dá-se pela improcedência do pedido. Na separação judicial litigiosa, cabe ao autor o ônus da prova. Não provada a culpa da ré, dá-se pela improcedência do pedido.

(TJMG, Apelação Cível n.201407400, Rel. Des. Campos Oliveira, Public. 10/04/2001)

Portanto, o autor ficou com o dever de comprovar suas alegações. E não o fazendo, o Juízo fez bem em julgar improcedente o pedido, segundo a regra que dispõe que impõe o ônus da prova a quem alega. (CPC, art. 333, I e II)

Com estas considerações, nega-se provimento à apelação.

Custas, pelo Apelante, cuja exigibilidade será suspensa de seu pagamento, enquanto fizer jus ao benefício da assistência judiciária. (TJMG, AC n. 1.0000.00.301323-2/000, em conexão com a de n. 1.0000.00.301353-9/000, 8ª CC, Des. Rel. Pedro Henriques. J. 11/12/2003, DJMG 5/5/2004.)

Independentemente do embate entre velhas e novas concepções, assim caminha a família. Em outras palavras, a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e princípio. Isso porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual

perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valorizava a linhagem masculina, como já dissemos aqui várias vezes. A verdadeira família só se justifica na liberdade e na experiência da afetividade, como muito bem sintetizou Giselda Hironaka:

Vale dizer, a verdade jurídica cedeu vez à imperiosa passagem e instalação da verdade da vida. E a verdade da vida está a desnudar aos olhos de todos, homens ou mulheres, jovens ou velhos, conservadores ou arrojados, a mais esplêndida de todas as verdades: neste tempo em que até o milênio muda, muda a família, muda o seu cerne fundamental, muda a razão de sua constituição, existência e sobrevivência, mudam as pessoas que a compõem, pessoas estas que passam a ter a coragem de admitir que se casam principalmente por amor, pelo amor e enquanto houver amor. Porque só a família assim constituída – independente da diversidade de sua gênese – pode ser mesmo aquele remanso de paz, ternura e respeito, lugar em que haverá, mais que em qualquer outro, para todos e para cada um de seus componentes, a enorme chance da realização de seus projetos de felicidade.²⁰⁹

²⁰⁹ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, p. 17, abr./jun. 1999.

CONCLUSÃO

A PRINCIPIOLOGIA ESSENCIAL PARA O *DESIGN* DO DIREITO DE FAMÍLIAS

Uma das grandes contribuições da Psicanálise ao pensamento jurídico foi a introdução da noção de *sujeito do inconsciente*. Isto, além de fazer-nos compreender que o sujeito de direito é também um sujeito desejante, reforçou e consolidou a grande questão da história de todo homem: tornar-se sujeito, tomar as rédeas de seu destino e ser *senhor de si*. Estas noções interessam ao Direito Civil porque é através delas que se tornam possível e se viabilizam os contratos e negócios jurídicos, transmite-se propriedade, assume, cumpre ou descumpre-se obrigações, responde-se por danos causados a outrem, enfim, todos os atos e fatos jurídicos são realizados pelo sujeito que é, ou pelo menos deveria ser, *senhor de si* entre outros *senhores de si*.

Esta noção de sujeito interessa particularmente ao Direito de Família porque é somente na família, ou através dela, que um humano pode tornar-se sujeito e humanizar-se. Não é possível existir sujeito sem que se tenha passado por uma família, e sem sujeito não há Direito, por isso a máxima, “família é a base da sociedade”. Quando nos referimos à família como núcleo essencial, obviamente que não estamos falando de uma família tal como concebida historicamente pelo Direito até 1988, isto é, patrimonializada, hierarquizada e matrimonializada. Estamos falando da família tal como ela é hoje: plural.

A família transcende à sua própria historicidade, pois suas formas de constituição são variáveis de acordo com o seu momento histórico, social e geográfico. “Sua riqueza se deve ao mesmo tempo à sua ancoragem numa função simbólica e na multiplicidade de suas recomposições possíveis.”²¹⁰ Por isso haverá sempre, de uma forma ou de outra, algum tipo de núcleo familiar que fará a passagem da criança do mundo biológico, instintual, para o mundo social. Neste sentido é que ela é o núcleo básico, fundante e estruturante do sujeito. Isto amplia nossa visão, ajuda a acabar com preconceitos e tornará mais efetiva a aplicação do princípio da pluralidade de famílias.

A partir da compreensão de que a família é um núcleo estruturante do sujeito e o que interessa na vida é nos tornarmos sujeito, uma simples lógica nos conduzirá à conclusão de que não faz diferença para um ordenamento jurídico, pautado na ética, a maneira como a família se constitui. O importante é saber se ela é capaz de ser fundante e estruturante da pessoa para torná-la *um sujeito*. É o que verdadeiramente interessa e aí está a essência da família e por isso a sua trans-historicidade. Fora daí serão variações em torno de um mesmo tema. Esta multiplicidade de formas de família, aparentemente tão assustadoras e desorganizadoras das relações sociais, na verdade são o retrato da

²¹⁰ DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã: diálogo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 52.

vida como ela é, e como as famílias vêm-se adaptando à realidade. Até mesmo as crianças de rua e na rua reinventam seus núcleos familiares, reproduzindo e instituindo lugares paternos e maternos.

As múltiplas possibilidades de modelos familiares situam-se no contexto histórico do declínio do patriarcalismo, pós-feminismo, mudanças econômicas do capitalismo pós-industrial, novas tecnologias e a compreensão das subjetividades desejanças. É neste contexto que o Direito de Família está também reescrevendo a cartografia dos mapas conjugais e parentais. Nesta reinscrição, em que já se vai longe o positivismo jurídico alienante do sujeito, “a reforma é um processo em construção, governado por princípios que formam uma rede axiológica de sustentação sistemática.”²¹¹ Em outras palavras, tornou-se inconcebível construir qualquer doutrina, texto normativo ou jurisprudência para o Direito de Família sem que estejam contextualizados em uma concepção principiológica. É neste sentido o objetivo deste trabalho. Assim, enumeramos sete princípios, considerados por nós, norteadores e fundamentais.

O primeiro deles, e *que é também a base de sustentação de todos, é o princípio da dignidade humana*. É mais que um princípio constitucional, uma vez que constitui em um imperativo ético para garantir a palavra de ordem da contemporaneidade: cidadania. É ele que, entrelaçado, sustentando e sustentado por todos os outros princípios, vem impedir que a história das exclusões feitas através do Direito de Família se repita.

O princípio da monogamia é tratado neste estudo como um dos sete princípios capitais, não por uma questão moral e muito menos de moralidade pública. Ele é apenas um princípio jurídico organizador, pois toda a organização jurídica da família brasileira e ocidental gira em torno dele. Sem este princípio não haveria amantes, no sentido clássico da palavra, ou seja, de relações paralelas proibidas. Ainda que os amantes possam ter uma função social de preservação dos casamentos/uniões estáveis, eles serão apenas amantes, já que se contrapõem à ordem jurídica. A monogamia é apenas um dos interditos da ordem jurídica ocidental ao lado do interdito universal do incesto. Ela é uma *Lei* no sentido de que toda *lei* é portadora, isto é, traz consigo o *não*, a instituição do limite, expressão da finitude do humano. É este *não* que faz do ser humano um sujeito dialógico, pois todo dito do homem é de alguma forma negado pelo outro da interlocução.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente trouxe uma nova concepção sobre as relações da família parental em detrimento da família conjugal, consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90. O ECA, além de ser a melhor tradução do que vem a ser o melhor interesse, ao introduzir novas expressões e novos significantes, reforça e consolida o princípio da pluralidade de famílias, com as chamadas *famílias substitutas*. É o princípio do melhor interesse da criança que autoriza, por exemplo, conceder a guarda a quem tem melhores condições para criar e educar, seja o pai, mãe ou terceiros, cujos interesses, diante deste princípio, vão para um segundo plano. É ele, então, que determinará e guiará todas as demandas judiciais envolvendo interesses de menores, independentemente dos laços biológicos, raça e sexo.

²¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do nosso Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 312.

O princípio da igualdade de direitos entre os gêneros pressupõe o respeito às diferenças. Porém não é tão simples, pois a satisfação deste princípio está em evolução e há ainda muitas dúvidas e questionamentos. Por exemplo, a mulher, em razão da maternidade, sofre um *déficit* profissional que o homem, em decorrência da paternidade, não sofre. Como conciliar o ideal do princípio da igualdade com uma realidade econômica e de mercado? Considerando que o trabalho doméstico não tem um conteúdo econômico de *visibilidade*, deveríamos revalorizá-lo e, atribuir-lhe um conteúdo econômico? Com a igualdade formal entre homens e mulheres, o problema passa a ser, então, a parcela maior na criação e educação dos filhos na tradicional divisão das tarefas domésticas. Para equalizar ou compensar essas diferenças, John Rawls faz uma proposta para aplicação prática deste princípio:

Como uma democracia almeja a igualdade plena para todos os cidadãos, e portanto das mulheres, ela deve incluir arranjos para consegui-lo (...) A melhor maneira de fazer isso em condições históricas particulares não é decisão a ser tomada pela filosofia política. Mas uma proposta agora comum é que, como norma ou diretriz, a lei deve considerar o trabalho da esposa na criação dos filhos (quando ela tem esse encargo, como ainda é comum) como habilitando-a a uma parcela igual dos proventos que o recebe durante o casamento. Em caso de divórcio, ela deve ter uma parcela igual no valor acrescido dos bens da família durante o período. Qualquer desvio dessa norma exigiria uma justificativa especial e clara. Parece intoleravelmente injusto que um marido possa ganhar dinheiro e deixando esposa e filhos em situação bem menos vantajosa que antes. Forçados a lutar por si mesmos, sua posição econômica é muitas vezes precária. Uma sociedade que permite isso não importa com as mulheres, muito menos com a sua igualdade ou mesmo com seus filhos, que são o futuro dela.²¹²

O princípio da autonomia privada e da menor intervenção estatal remete-nos à persistente questão do limite entre o público e o privado. Na verdade, toda a moderna teoria geral do Direito de Família é um encontro com esta questão, já que em um conceito mais elementar de família ela é o espaço da vida privada em si, compartilhando afeto, compromissos e responsabilidades. O público e o privado constituem uma dicotomia que nos ajuda a pensar a complexidade das experiências dos vínculos familiares. Este é um dos princípios que justifica, por exemplo, a não-intromissão do Estado para determinar que o casamento só pode acabar se se atribuir a algum dos cônjuges a culpa pelo fim da conjugalidade, como se houvesse um inocente e um culpado.

O princípio da pluralidade das formas de família deve ser conjugado com os outros princípios aqui elencados para que não se excluam determinados modelos familiares e, conseqüentemente, não se retire a dignidade dos sujeitos que os constituíram. Um dos modelos que mais reclamam a aplicação destes princípios são os formados por pessoas do mesmo sexo. Tratar

²¹² RAWLS, John. *O direito dos povos*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 214.

essas relações como sociedade de fato, inscrevendo-as no campo do Direito Obrigacional ou Comercial é atribuir indignidade aos sujeitos ali envolvidos e negar-lhes direitos tais como, herança, não-participação em programas do Estado vinculados à família, pensões previdenciárias, declaração de imposto de renda conjunta e abatimento de despesas médicas e educacionais do parceiro, autorização em cirurgias de risco, etc. Se olharmos para estas relações sob o ponto de vista estritamente jurídico, não há por que negar o seu reconhecimento como entidade familiar, pois o debate em torno dela é entre moral e ética, isto é, entre moral e cidadania. Em outras palavras, a atribuição de direitos a essas parcerias significa dar visibilidade a um vínculo amoroso que está buscando seu próprio entendimento e espaço político-social, como tão bem descreveu a socióloga Marlise Matos:

Seres humanos são uma espécie de matéria ou energia que produz ligação e desligamento, vínculos e rupturas e é das vicissitudes entre este caldeirão de forças que construímos a nossa própria história individual. Ser heteroerótico ou homoeroticamente orientado no percurso de construção de nossa história pessoal é um resultado que, para mim não precisa vir acompanhado de um julgamento valorativo.²¹³

O princípio da pluralidade de formas de família deve funcionar também como constatação e reconhecimento de que novas estruturas parentais e conjugais estão em curso e o Direito não poderá impedir seu irreversível processo. Ao contrário, é necessário que ele crie instrumentos e mecanismos legais para propiciar condições de exercício dessas práticas em que o desejo se manifesta.²¹⁴

A mais nova introdução à categoria dos princípios é a afetividade. O afeto se tornou um valor jurídico e logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis. É a partir da Psicanálise, com a introdução do sujeito do inconsciente e das subjetividades, que podemos pensar que o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família parental está no desejo e no amor. É isto que nos permite considerar as relações parentais para além dos vínculos biológicos, e com isto criar novos institutos jurídicos como o da parentalidade socioafetiva, expressão *inventada* por Luiz Edson Fachin a partir da *desbiologização*, cunhada por João Baptista Villela. *O princípio da afetividade* funciona como se fosse *o alicerce para a construção e manutenção das relações de família*. É, portanto, *base para todos os outros princípios*, assim como *o da dignidade da pessoa humana*, que paira sobre todos os princípios, como se fosse o telhado dessa construção principiológica para o ordenamento jurídico da família.

²¹³ MATOS, Marlise. *Reinvenções do vínculo amoroso: cultura e identidade de gênero na modernidade tardia*. Belo Horizonte: UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2000, p. 243.

²¹⁴ DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã: diálogo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 49.

São esses princípios que devem nortear toda e qualquer decisão ou concepção do Direito de Família brasileiro. Esses sete princípios estão entrelaçados e alguns deles poderiam se fundir ou se desdobrar em outros como liberdade, solidariedade, fraternidade, fungibilidade, etc. Preferimos ficar com o elenco dos sete para, quem sabe brincando com o misticismo que este número traz consigo, eles possam ganhar ainda mais força e eficácia jurídica. É essa força normativa principiológica, sustentada em uma hermenêutica civil-constitucional, que é o lume do novo Direito de Família. É esta principiológica que não permitirá o engessamento e sobreposição do direito sobre os fatos e nos conduzirá sempre à essência do direito em detrimento de seu formalismo.

Entremeando e sustentando todos os princípios está, obviamente, o imperativo ético. O debate ético transcende as reflexões sobre códigos, regras, prescrições morais e também não diz respeito propriamente aos costumes. A ética ocupa-se com o *ser* do homem e o exercício de sua existência. É uma *praxis* historicamente construída e sempre submetida à liberdade e autonomia dos sujeitos. Esta expressão inventada por Aristóteles (384 – 322 a.C.) designa uma reflexão crítica sobre o bem e a atividade humana, as virtudes e os vícios, a justiça e a injustiça, o prazer e a amizade, a sabedoria e a política. A ética de Aristóteles é política, ou seja, o bem mais sublime e mais belo é o bem da cidade. Mas ela não deixa de nos remeter à ética individualista de Kant, que nada tem a ver com egocentrismo. Essa tensão entre ética fundada no individualismo da vontade, isto é, em torno da ação humana livre em si mesma, e uma ética da hegemonia do social é que vai nos ajudando a construir um novo Direito de Família, despido de uma moral de desinteresse universal. Nesta consideração da ética aristotélica do bem (política) e a kantiana do individualismo deve ser levada em conta também a ética da Psicanálise, que é a ética do desejo. O que é desejável fazer? O que eu devo fazer?

Na ética do desejo pressupõe-se a responsabilização do sujeito, ou seja, ele deve responder pelos seus atos, pelas suas escolhas. O mito fundador da Psicanálise, o Édipo, é um claro exemplo dessa responsabilização do sujeito. Édipo viveu feliz com Jocasta até descobrir que ela era sua mãe. O desconhecimento deste fato não o isentou de culpa, o que significa que a pessoa é livre, mas deve responder pelos seus atos, ainda que isto signifique pagar o preço, por exemplo, que a lei jurídica cobra através de uma sentença.

Enfim, organizar juridicamente as intrincadas e complexas relações familiares neste tempo de declínio do patriarcalismo, de pós-feminismo, de avanços científicos e biotecnológicos, requer dos operadores do Direito a ampliação da compreensão de que as relações jurídicas de família, antes, acima e depois de estarem sustentadas nas regras e nos códigos, estão assentadas em uma principiológica jurídica, cuja força motriz deve ser sempre em direção ao sujeito ético, que por sua vez pressupõe o sujeito de desejo. E é por isto que não se pode mais falar em Direito de Família, mas em Direito de Famílias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile – Storia, fonti, interpretazione*. Milano: Giuffrè, 2000.

ALTOÉ, Sônia. *Infâncias perdidas*. Rio de Janeiro: Xenon, 1990.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMENO, Agenita. *A função social dos amantes*. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.

ANDRADE, Fernando Dias. Sobre ética e ética jurídica. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 8, p. 99-129.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. *In: Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 69-92, v. I, 2000.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. Trad. Antonio Abranches; César A. R. de Almeida; Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. *In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2002.

BAINHAM, Andrew (Ed.). *The international survey of family law*. Bristol: Behalf of the International Society of Family Law, 2002.

BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda e direito de visita. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 5. abr./maio/jun. 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Fernanda Otoni. Convivência familiar: “Ali se” visita os pais... Nem sempre tão maravilhosos. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, p. 44-51, abr./maio/jun. 1999.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese: IBDFAM, v. 4, n.14, p. 5-10, jul./set. 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coords.). *Direito de família e psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxos da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BOUCAULT, Carlos. Multiculturalismo e direito de família nas normas de direito internacional privado. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.) *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

BRITO, Edvaldo. Introdução. In: GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

BURGUIÉRE, Andre; ZUBER, Christiane Klapischi; SEGALÉN, Martine; ZONABEND, Françoise. *Historia de la familia – El impacto de la modernidad*. Madrid: Alianza, 1988, t. 2.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995.

CARBONNIER, Jean. Réformes du droit de la famille. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, t. 20, p.1-5, 1975.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Trad. Hiltomar M. Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica (Leider), 2003.

CASTANHO, Amaury. Homossexualismo: novos enfoques. *Folha de S. Paulo*, p. A 3, 2 ago. 2004.

COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do direito privado – Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma. Trad. Fernando de Aguiar. Lisboa: Clássica, 1971.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: FACHIN, Luiz Edson; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coords.) *Direito e neoliberalismo – elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

CUNHA, Alexandre do Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coords.). *Direito de família e psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

CUNHA, João Paulo. Quanto menos família melhor. *Boletim do IBDFAM*, n. 24, p. 5, jan./ fev. 2004.

CUNHA, João Paulo. Quanto menos família melhor. *Estado de Minas*. Caderno Pensar, 10 jan. 2004.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 1999.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. A primeira lei é uma lei de direito de família: a lei do pai e o fundamento de lei. In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coords.) *Direito de família e psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Brazilian family law in the twenty-first century and psychoanalysis. In: BAINHAM, Andrew (Ed.). *The International survey of family law*. Bristol: Jordan, 2002.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 16, p. 5-11, jan./fev./mar. 2003.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Mulher honesta. *Jornal Estado de Minas*, Caderno 1, 10 jun.1997.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1959, v. I e II.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios gerais do direito*. Trad. Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Leider, 2003.

DERRIDA, Jacques. *Force de loi: les fondements mystique de l'autorité*. Paris: Gallilée, 1994.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã: diálogo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2004.

DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris/IBDFAM, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Casamento ou terrorismo sexual*. Disponível em: www.ajuris.org.br. Acesso em: 21/9/02.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família – Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM : OAB-MG, 1999.

DIAS, Maria Berenice. O dever de fidelidade. *Revista AJURIS* n. 85, t. I, p. 477-479, mar. 2002.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Ephraim Ferreira Alves; Jaime A. Clasen; Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

DUXBURY, Neil. *Exploring legal tradition: psychoanalytical theory na Roman law in modern continental jurisprudence*. Massachussets. (mimeo.)

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

ESSER, Josef. *Princípio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. Litígio de família: quem protege as crianças? In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; BRUNO, Denise Duarte; SILVEIRA, Maritana Viana. *Infância em família: um compromisso de todos*. Porto Alegre: IBDFAM, 2004.

EWALD, François. *Foucault - A norma e o direito*. Trad. Antônio Fernando Cascais. Lisboa: Veja, 1993.

FACHIN, Luiz Edson. A filha das estrelas em busca do artigo perdido. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB/MG, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Da função pública ao espaço urbano privado: aspectos da privatização da família no projeto do “Estado Mínimo”. In: FACHIN, Luiz Edson; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.) *Direito e neoliberalismo – Elementos para leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte; Del Rey, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Discursos e metáforas do estatuto jurídico – Conceitual da violência familiar. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris/IBDFAM, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família – Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio - uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. Da filiação. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da.; DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil*. Parte geral. Salvador: Podium, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 2; o uso dos prazeres*. Trad. Maria Thereza da C. Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

FORBES, Jorge. *Você quer o que deseja?* São Paulo: Best Seller, 2003.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de M. Machado e Eduardo J. Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

FOX, Robin. *Parentesco e casamento – uma perspectiva antropológica*. Trad. José Carlos Rodrigues. Lisboa: Vega, 1986.

FREUD, Sigmund. A interpretação dos sonhos. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1987, v. IV.

FREUD, Sigmund. Moral sexual civilizada e doença nervosa moderna. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1987, v. IX.

FREUD, Sigmund. O mal estar na civilização. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. José Octávio de A. Abreu. Rio de Janeiro: Imago, v. XXI.

FREUD, Sigmund. O tabu da virgindade - Contribuições à psicologia do amor III. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1995, v. XI.

FREUD, Sigmund. Totem e tabu. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Orizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1995, v. XIII, p. 91.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 143, jul. / set. 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos. A contribuição da obra de Alexy. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte: PUC-Minas, v. 1, n. 2, p. 134-142, 1998.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de família.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* Atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOODRICH, Peter. Translating Legendre, or The poetical Sermon of a Contemporary Jurist. *In: GOODRICH, Peter; CARLSON, David Gray. Law and Postmodern Mind: essays on psychoanalysis and jurisprudence.* Michigan: University of Michigan, 2001.

GUNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness.* Application discourses in morality and law. Albany: State University of New York, 1993.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1985.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil.* Trad. Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987.

HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, p. 7-17, abr./jun. 1999.

HUISMAN, D. *Dicionário dos filósofos.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura.* Trad. Valério Rohden e Ildo B. Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. 1. (Coleção Os Pensadores)

KAUFMANN, Pierre. *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan.* Trad. Vera Ribeiro, Maria L. X. de A Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

- KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KOHLER. Ueber die interpretation von Gesetzen, in Zeitschrift f. d. Priv. und off. Recht d. Gegenwart, Bd. XIII, Viena, 1885. *Apud* VECCHIO, Giorgio Del. *Princípios gerais do direito*. Trad. Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Leider, 2003.
- LACAN, Jacques. *Complexos familiares*. Trad. Marco A. C. Jorge e Potiguara M. da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.
- LACAN, Jacques. *O seminário - livro 7: A ética da psicanálise*. Trad. Antônio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- LACAN, Jacques. *O seminário*. Livro 20: Mais, ainda. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário de psicanálise*. Trad. Pedro Tamem. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, p. 39-40, jul./ago. 2004.
- LEGENDRE, Pierre. *L'amour du censeur – essai sur l'ordre dogmatique*. Paris: Seuil/Le Champ Freudren, 1982.
- LEGENDRE, Pierre. Seriam os fundamentos da ordem jurídica razoáveis? Trad. Laurice Levy. *In*: ALTOÉ, Sônia (Org.). *Sujeito de direito e sujeito do desejo*. Rio de Janeiro: Revinter, 1999.
- LEGENDRE, Pierre. The other dimension of law. *In*: GOODRICH Peter; CARLSON David Gray (Ed.) *Law and Post Modern Mind: essays on psychoanalysis and jurisprudence*. Michigan: University of Michigan, 2001.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Trad. Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

- LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1944.
- LIMA, Taísa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. In: NAVES Bruno Torquato de Oliveira; FIÚZA, César; SÁ Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil – atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p.136-156, jun./jul. 2004.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 26, out./nov. 2004.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 12, p. 44, jan./mar. 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: II CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2000.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MACHADO, Edgar de Godói da Mata. *Direito e coerção*. São Paulo: Unimarco, 1999.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais*. Barueri: Manole, 2003.
- MADALENO, Rolf. Filhos do coração. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 23, p. 22-36.
- MARI, Enrique E. La teoría de las ficciones em Jeremy Bentham In: *Derecho y psicoanálises – Teoría de las ficciones y función dogmática*. Buenos Aires: Hachete, 1987.

MARTINO, Antônio Anselmo. Freud, Kelsen y La unidad del Estado. *In: El lenguaje del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983.

MATOS, Marlise *Reinvenções do vínculo amoroso: cultura e identidade de gênero na modernidade tardia*. Belo Horizonte: UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen – Vida y obra*. Trad. Jovier Esquivel. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NAZARETH, Eliana Riberti. Com quem fico, com papai ou com mamãe? – Considerações sobre a guarda compartilhada. *Caderno de Estudos*, São Paulo: Jurídica Brasileira, n. 1, p. 78, fev. 1997.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado ao problema da colisão de princípios. *In: TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral – uma polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Guilherme de. Caducidade das ações de investigação. *Lex Familia* – Revista Portuguesa de Direito de Família. Coimbra: Coimbra Editora / Centro de Direito de Família, n. 1, 2004.

OLIVEIRA, Guilherme de; COELHO, Francisco Pereira. *Curso de direito de família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. I.

PATTO, Pedro Vaz. Direito penal e ética sexual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa: Universidade Católica, v. XV, t. 2, p. 134, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PERELMANN, Chain. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina G. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michele. O nó e o ninho. *Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, p.75-81, 1993,

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei – uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PHILLIPS, Adam. *Monogamia*. (Prefácio) Trad. Carlos Sussekind. São Paulo: Companhia da Letras, 1997.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1910, Tome troisième.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Regimes matrimoniaux, successions donations et testaments. Paris: Librairie Générale de Droit et des Jurisprudence, 1910.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, v. 7.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial*. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

QUINET, Antônio. *A descoberta do inconsciente: do desejo ao sintoma*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

QUINET, Antônio. O gozo, a lei e as versões do pai. In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Renato Janine. A família na travessia do milênio. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM – OAB/MG, 2000.

RIBEIRO, Renato Janine. O fim da era dos contratos? *Folha de S. Paulo*. São Paulo, p. A-11, 28 dez. 2002.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Librairie Générale de Droit et des Jurisprudence, 1949.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. Atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação ao subjetivo. In: BOUCAULT, Carlos A.; RODRIGUEZ, J. R. (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil - Direitos de família*. Trad. e notas Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934, v. II.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil – Direitos de família, direitos reais e posse*. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1998, v. II.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957, v. 1.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. Minorias no direito civil brasileiro. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SERRANO, Jonathas. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: F. Briguet, 1942.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 24, p. 191-201, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *Temas de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela jurídica da filiação: aspectos constitucionais e estatutários. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 4, p. IV. out./dez. 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: *Temas de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. Textos selecionados. São Paulo: Loyola, 2002.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VERCELONE, Paolo. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 6. ed. rev. atual. pelo novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, ano XXVIII, n. 21, 1979; *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 71, p. 45, jul./set. 1980.

VILLELA, João Baptista. A família hoje. In: BARRETO, Vicente (Coord). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. III, série Monografias, n. 2. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ZE'EV, Aaron Ben. Love on line. *Folha de S. Paulo*, Caderno Mais, p. 5-6, 18 jul. 2004.

FONTES LEGISLATIVAS CONSULTADAS

CÓDIGO Civil Espanhol. Madrid: Civitas, 1993.

CODICE Civile. Milano: Ulrico Hoepli, 2002.

COSTITUZIONE Della Republica Italiana. Milano: Ulrico Hoepli, 2002.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro anotado*. Porto Alegre. Síntese/IOB, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1967*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil – Emenda Constitucional n. 1/69*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

CÓDIGO Civil Português anotado. Lisboa: Ediforum, 1996.