

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDA KARAM DE CHUEIRI SANCHES

**A RESPONSABILIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO: DO JURÍDICO À ÉTICA**

CURITIBA

2013

FERNANDA KARAM DE CHUEIRI SANCHES

**A RESPONSABILIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO: DO JURÍDICO À ÉTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito das Relações Sociais, Linha de Pesquisa: Novos paradigmas do direito contemporâneo.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA KARAM DE CHUEIRI SANCHES

A RESPONSABILIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO: DO JURÍDICO À ÉTICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo
Universidade Federal de Pernambuco
Universidade Federal de Alagoas

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Curitiba, 14 de janeiro de 2013.

*A Elias, Odette, Salim e Fátima que
mesmo ausentes se fazem presentes.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu Orientador, Prof. Dr. Luiz Edson Fachin, por acreditar neste trabalho, quando ele ainda estava no plano das ideias, bem como por dividir comigo a sua genialidade e ainda auxiliar-me a refletir não apenas sobre, mas para um Direito de Família "responsável".

Aos meus Pais, Fernando e Eliane, pela paciência sem fim, exemplo de pais e seres humanos, sem os quais nada disso seria possível.

À Minha irmã Vanessa, gêmea de fato e de alma, que esteve comigo em todos os momentos. Ao meu cunhado Edson, por, ao longo da caminhada, ter me dado a coisa mais importante, minha afilhada Isabela.

À minha Tia Silvia, pelo apoio permanente e momentos de descontração.

À minha Tia Vera, Professora exemplar, que me ensinou a acreditar que o direito é um grande instrumento de transformação, a quem nunca serei o suficientemente grata. Obrigada por absolutamente tudo!

Aos meus Padrinhos Maria Marta e Reinaldo, de quem muito me orgulho de ser afilhada, pelo carinho constante.

Ao Prof. Dr. Avelãs Nunes pela fraterna recepção junto à Universidade de Coimbra, cuja pesquisa em muito enriqueceu este trabalho.

À Katya Kozicki pelo incentivo constante.

À Antonia que corrigiu meus deslizes na língua portuguesa.

Aos amigos que são os irmãos que elegemos – Letícia Guimarães, Luana Oliveira, Manuela Mehl, Flávia da Costa Viana, Shirley Nascimento, por estarem sempre dispostas a me escutar, em conversas quase que diárias, porém "imprescindíveis".

A quem considero meu irmão caçula Miguel Godoy, pela amizade incondicional.

Ao amigo Ricardo Calderon, pela leitura atenta deste trabalho, mas, mais do que isso, pela sua paciência e constante disponibilidade.

Aos amigos Marcelo Conrado e Marília Pedroso Xavier por todos os livros, cafés, conversas e telefonemas, amigos de todas as horas, cujas interlocuções foram fundamentais para o amadurecimento da pesquisa.

A minha equipe de trabalho junto à 4.^a Vara de Família de Curitiba que acompanhou toda esta caminhada (Juliana Roes, André, Carol, Natali, Ana Paula e Lizandra), bem como ao meu colega, exemplo de Magistrado, Dr. Lucas Martins de Toledo, por compreender o meu momento.

À Michele Rocio Maia Zardo Promotora de Justiça e estimada amiga, com quem tive o prazer de trabalhar, uma apaixonada pelo Direito de Família, e que reflete o sentido de promover justiça.

E a todos aqueles que de alguma forma participaram desse percurso.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 passou a proteger a família não como um fim em si mesma, mas de forma instrumental, com vistas a alcançar a satisfação de seus membros no movimento de sua coexistência. Contudo, o Código Civil de 2002, no que diz respeito ao Direito de Família, continuou se pautando, em boa medida, em pressupostos antigos e de cunho patrimonial, anacrônicos a estes tempos em que se evidenciam novas configurações sociais e o redimensionamento do grau de complexidade das relações na sociedade, o que se reflete na família. O Direito, por sua vez, vem procurando acolher situações existenciais que até então lhe eram estranhas. É preciso, porém, pensar se o instrumental teórico que o Direito tem à disposição é suficiente para lidar com a complexidade da realidade social na atualidade, tal como a questão da responsabilidade, tema que merece ter ampliado e aprofundado seu debate. Com efeito, no contexto do Direito de Família brasileiro a problemática central do tema responsabilidade consiste no seu enfrentamento, por parte da doutrina e da jurisprudência, para além da responsabilidade civil, o que implica avançar a reflexão para uma dimensão ética. Por tais razões, esta dissertação se propõe a analisar a responsabilidade na perspectiva de sua dimensão ética, com um sentido que permita a construção de novas respostas ao Direito de Família. O sentido de responsabilidade é aqui trabalhado com base nas premissas de Hans Jonas e na leitura desse autor feita por Paulo Luiz Netto Lôbo. Defende-se, assim, uma responsabilidade que esteja em consonância com a principiologia constitucional que informa as situações existenciais de família e que tem a pessoa humana no seu centro.

Palavras-chave: Direito de Família. Responsabilidade. Dimensão ética da Responsabilidade.

ABSTRACT

Brazilian Federal Constitution from 1988 on protects family not as an end in itself but in an instrumental way, that is, it seeks to accomplish the satisfaction of its members in the movement of their co-existence. However, 2002 Brazilian Civil Code concerning Law Family kept some old assumptions and of patrimonial nature, which are anachronistic for these days of new social configuration and of a re-dimension of social relations level of complexity, both reflected in the family. The Law in general has been doing an effort to shelter existential situations, which were considered exotic before. Nevertheless, it is necessary to think if the theoretical tools Law -in general- have are enough to deal with nowadays social reality complexity such as the issue of responsibility. In the context of Brazilian Family Law the main problem concerning the theme of responsibility is to face it – either by Family Law doctrine or precedents – beyond the idea of civil responsibility. This takes the reflection on responsibility to an ethical dimension. This thesis aims at analyzing responsibility in the perspective of its ethical dimension in a sense that it leads to new answers to Family Law based on Hans Jonas' notion on responsibility and Paulo Luiz Netto Lobo readings of it. The thesis supports a notion of responsibility according to constitutional principles that guides family existential situations having in its core the human being.

Key words: Family Law. Responsibility. Ethical dimension of responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I - FUNDAMENTOS TEÓRICOS E JURÍDICO-POSITIVOS SOBRE A RESPONSABILIDADE	15
CAPÍTULO 1 - FUNDAMENTOS TEÓRICOS SOBRE A RESPONSABILIDADE	17
1.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O SIGNO RESPONSABILIDADE: A INTERAÇÃO ENTRE SIGNIFICANTE E SIGNIFICADO	17
1.1.1 Em torno da etimologia	17
1.1.2 Breve digressão histórica.....	19
1.1.3 Responsabilidade e <i>accountability</i> : aproximação e diferenciação	23
1.1.4 Responsabilidade e a classificação de Hart	25
1.1.5 Responsabilidade retrospectiva e prospectiva.....	29
1.1.6 Responsabilidade e alteridade.....	33
1.2 A CONCEPÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM HANS JONAS	35
1.2.1 A insuficiência do modelo ético tradicional	36
1.2.2 A necessidade de novos imperativos	43
1.2.3 A heurística do temor.....	45
1.2.4 Modalidades de responsabilidades.....	48
1.2.5 O significado de agir irresponsável.....	54
1.2.6 Responsabilidade parental	56
CAPÍTULO 2 - FUNDAMENTOS JURÍDICO-POSITIVOS DA RESPONSABILIDADE	61
2.1 O CÓDIGO CIVIL DE 1916: O SILÊNCIO SOBRE A RESPONSABILIDADE	62
2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O DESPERTAR PARA A RESPONSABILIDADE.....	72
2.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A MANUTENÇÃO DE ANTIGAS PREMISSAS.....	83

PARTE II - RESPONSABILIDADE E DIREITO DE FAMÍLIA	91
CAPÍTULO 1 - A RESPONSABILIDADE NA DOCTRINA	
CONTEMPORÂNEA DO DIREITO DE FAMÍLIA	93
1.1 O TRATAMENTO DA RESPONSABILIDADE, OU A SUA AUSÊNCIA, NA CONJUGALIDADE	95
1.1.1 A dificuldade do desapego ao padrão culpa	95
1.1.2 Nem culpa nem responsabilidade.....	107
1.1.3 O que se fala é de responsabilidade civil.....	112
1.2 A RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES PARENTAIS	118
CAPÍTULO 2 - A RESPONSABILIDADE NA DOCTRINA CONTEMPORÂNEA	
DO DIREITO DE FAMÍLIA SOB OUTRO OLHAR	134
2.1 RESPONSABILIDADE E PSICANÁLISE	134
2.2 RESPONSABILIDADE E CUIDADO.....	142
2.3 UMA TRAVESSIA QUE SE INICIA: A RESPONSABILIDADE A PARTIR DA DOCTRINA DE PAULO LUIZ NETTO LÔBO	149
PARTE III - A DIMENSÃO ÉTICA DA RESPONSABILIDADE E O SEU	
APORTAR NAS DECISÕES JUDICIAIS: CAMINHO A SER	
PERCORRIDO	157
CAPÍTULO 1 - DECISÕES A RESPEITO DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR	
E A DIMENSÃO ÉTICA DA RESPONSABILIDADE: UMA	
LEITURA POSSÍVEL.....	164
CONSIDERAÇÕES FINAIS	183
REFERÊNCIAS.....	186
ANEXO 1 - RESP N.º 1.157.273-RN	205
ANEXO 2 - REX N.º 397.762-8-BA.....	223

INTRODUÇÃO

Ser responsável efetivamente por alguém ou por qualquer coisa em certas circunstâncias (mesmo que não assumam nem reconheça tal responsabilidade) é tão inseparável da existência do homem quanto o fato de que ele seja genericamente capaz de responsabilidade (Hans Jonas)

O prenúncio de um novo século prometia o aportar de propícias mudanças. Completava mais de dez anos de vigência a Constituição Federal de 1988, que havia operado alterações paradigmáticas no campo do Direito Civil, em especial no Direito de Família. Nela reconheceram-se expressamente a pluralidade de entidades familiares, a igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal, o tratamento igualitário entre os filhos. Os valores existenciais passam a prevalecer sobre os patrimoniais, o ser sobre o ter, a família "repersonaliza-se". Esse contexto reflete a opção axiológica do legislador, que colocou a pessoa humana no centro do ordenamento, ao erigir a sua dignidade como fundamento da República.

Bem-vindo o século XXI. Com ele advêm ou evidenciam-se novas configurações sociais que denotam o grau de complexidade das relações que se conformam na sociedade, o que se reflete na família. A estabilidade de outrora passa a dialogar com a instabilidade, os modelos unívocos são agora plurais, do monólogo passa-se ao diálogo, da hierarquia à coexistencialidade. A família é o lugar do eu, mas é também o lugar do outro. É o espaço de realização da afetividade humana.

No entanto, não obstante esse revolver de ideias, e a realidade social cambiante, o Código Civil de 2002, no que tange ao Direito de Família, não se inclinou a acolher as novas possibilidades. Manteve-se fiel, em larga medida, a pressupostos antigos e de cunho patrimonial que informavam a modernidade¹, mas que se mostram anacrônicos no adiantar destes tempos. Exemplo disso é a manutenção do fator culpa como critério para a atribuição de pensão alimentícia entre cônjuges.

¹ Aqui compreendida como período final do século XVIII até meados do século XX.

Apesar de certo descompasso entre as bases que fundaram o Código Civil de 2002 e a principiologia axiológica da Constituição, o Direito vem se mostrando, de algum modo, sensível ao novo cenário que a realidade edifica. Apreende o Direito, por meio de leis ou de decisões judiciais, situações existenciais que até então lhe eram estranhas. É o que se pode dizer da paternidade socioafetiva e do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. Nesse contexto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem a afetividade como princípio jurídico, que, dessa forma, se pauta como um dos princípios basilares do Direito de Família, ao lado da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

Se, por um lado, não se discute que a família é o *locus* de realização da afetividade, por outro, é preciso refletir como esses laços de afetividade se entrelaçam, se reproduzem, se mantêm e até mesmo se rompem.

O cenário forense tem se mostrado próspero em desvelar que, não obstante os avanços do Direito de Família, não há uma diminuição nos conflitos, seja sob o ponto de vista numérico, seja sob a perspectiva do grau de belicosidade. Daí porque, urge refletir sob quais premissas esse Direito, de fato, vem operando. Dito de outro modo, faz-se necessário pensar se o instrumental teórico que se tem à disposição é suficiente para lidar com a complexidade dessa realidade sociológica.

Nas brechas dessa dissonância vislumbram-se temáticas que merecem um olhar mais acurado, e esse aceno serviu de motivação para que se ousasse analisar aspecto ainda pouco debatido no Direito de Família, qual seja, a responsabilidade.

O termo 'responsabilidade' é um significante com diversos significados que só adquire sentido quando contextualizado. A compreensão do uso jurídico da responsabilidade nas relações familiares é central para que se possa entender o seu significado. Nessa medida, o diálogo com o tema pressupõe um percurso interdisciplinar para que se possa refletir sobre os diversos sentidos do termo, bem como sobre o sentido forte de responsabilidade empregado no trabalho, que diz com a sua dimensão ética.

Com o intuito de trabalhar com um sentido de responsabilidade que permita a construção de novas respostas ao Direito de Família; respostas estas que estejam em maior consonância com os anseios da sociedade contemporânea e que permitam assegurar a realização da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade,

da liberdade (substancial) e da igualdade, é que se foi buscar suporte teórico nos ensinamentos de Hans Jonas.

A dimensão ética da responsabilidade proposta por Jonas dialoga com a noção de alteridade, de coexistencialidade, de compromisso com o outro, de preservação da vida na Terra. Nesses termos, o sentido de responsabilidade em Jonas não está restrito a uma esfera de proximidade, ele tem também uma dimensão futura.

Ocorre que a doutrina do Direito de Família, de um modo geral, não tem apreendido a responsabilidade a partir dessa dimensão ética, limitando-se a encará-la apenas sob a perspectiva da responsabilidade civil, voltada aos atos do passado, com um viés retributivo ou compensatório.

No entanto, uma vez que a família, após a Constituição de 1988, passa a ser protegida não como um fim em si mesma, mas de forma instrumental, para alcançar a satisfação dos seus membros no movimento da sua coexistencialidade, é necessário que ela seja pensada a partir de uma dimensão ética de responsabilidade. Não uma responsabilidade de cunho patrimonial e punitivo, mas sim uma responsabilidade que esteja em consonância com a principiologia constitucional que informa as situações existenciais de família e que tem a pessoa humana no seu centro. É nessa medida que se mostra pertinente trabalhar o sentido de responsabilidade a partir das premissas jonasianas, bem como da leitura dele realizada por Paulo Luiz Netto Lôbo, autor que, no Direito de Família, vem se dedicando à questão da responsabilidade sob uma perspectiva ética.

Ora, no atual contexto do Direito de Família brasileiro a problemática central atinente ao tema da responsabilidade abrange justamente a necessidade do seu enfrentamento, por parte da doutrina e da jurisprudência, para além das fronteiras da responsabilidade civil, o que implica envolver a reflexão com uma dimensão ética. Trata-se, portanto, de um questionamento que se coloca tendo como pano de fundo as mudanças operadas com a Constituição de 1988. Um Direito de Família que se propõe democrático e que almeja a promoção de valores existenciais pressupõe um debruçar sobre a dimensão ética da responsabilidade.

Para proceder à análise proposta, a dissertação está estruturada em três partes. A primeira delas busca fornecer os fundamentos teóricos e os jurídico-positivos sobre a responsabilidade. Com a pretensão de esboçar uma melhor compreensão da noção de responsabilidade a informar o Direito de Família, e da sua pluralidade

semântica, após desenvolver uma breve digressão sobre a etimologia e a história do termo, destacam-se a sua aproximação e diferenciação com o sentido de *accountability*, expõe-se a classificação de Herbert Hart quanto aos vários tipos de responsabilidade, aponta-se a diferenciação entre responsabilidade retrospectiva e prospectiva, bem como a relação entre responsabilidade e alteridade. Em seguida, ainda no exame dos fundamentos teóricos da responsabilidade, trata-se da concepção da responsabilidade em Hans Jonas, analisando-se alguns aspectos da sua teoria, a qual funda as bases da dimensão ética de responsabilidade trabalhada nesta dissertação.

No segundo capítulo desta primeira parte discutem-se os fundamentos jurídico-positivos da responsabilidade. Para tanto inicia-se com a análise do Código Civil de 1916, de essência individualista e patrimonialista, e o silêncio a respeito da responsabilidade, passando pelas mudanças operadas pela Constituição de 1988, que fornecem fundamentos jurídico-positivos à responsabilidade, até aportar no Código de 2002, que se manteve fiel a antigas premissas, não acompanhando os avanços operados pela Constituição no que se refere aos fundamentos da responsabilidade.

A segunda parte consiste em investigar como a responsabilidade, na sua dimensão ética, vem sendo trabalhada pela doutrina contemporânea do Direito de Família brasileiro, seja por meio de enfrentamento, seja mediante omissões. O primeiro capítulo destina-se ao exame das omissões. Dito de outro modo, discute-se como parcela considerável da doutrina ainda se mantém silente a respeito de um sentido de responsabilidade que não aquele exclusivamente ligado à responsabilidade civil, isso tanto para as relações conjugais quanto para as parentais.

Não obstante as referidas ausências, há algum movimento na doutrina do Direito de Família brasileiro contemporâneo voltado a pensar a responsabilidade para além da responsabilidade civil. Esse é o núcleo temático do segundo capítulo, que focaliza a doutrina que estuda a responsabilidade a partir de bases psicanalíticas e ainda daquela que se convencionou chamar doutrina do cuidado. Ao final deste capítulo procede-se a uma leitura da responsabilidade a partir da doutrina de Paulo Luiz Netto Lôbo, cujo sentido estampado ao termo é o que mais se aproxima da dimensão ética de responsabilidade com a qual esta dissertação se propõe a trabalhar.

A terceira e última parte dedica-se a examinar algumas decisões judiciais, em especial aquelas que se referem às famílias simultâneas, na perspectiva da dimensão ética da responsabilidade. Neste momento do trabalho procura-se debater

como esta dimensão da responsabilidade pode ser aplicada ao Direito em alguns casos concretos.

É nessa ambiência que o texto trabalhado se apresenta, na travessia entre um silêncio codificado e doutrinário para novas reflexões, a partir de outras premissas teóricas e jurídico-positivas que permitam estabelecer um diálogo entre a dimensão ética da responsabilidade e o Direito de Família brasileiro contemporâneo.

PARTE I
FUNDAMENTOS TEÓRICOS E JURÍDICO-POSITIVOS
SOBRE A RESPONSABILIDADE

Não há como se olvidar que os paradigmas do Direito de Família foram profundamente alterados após a Constituição de 1988, a qual refletiu as transformações que vinham se operando na sociedade. A saída da mulher para o mercado de trabalho implicou profundas alterações no seio familiar, redimensionando os papéis do masculino e do feminino. Esse contexto impossibilitou que o Direito de Família continuasse a ser manejado e interpretado sob as mesmas premissas de outrora.

O individualismo liberal e proprietário que imperava na modernidade é questionado e colocado em prova, na medida do grande número de excluídos que produz do ponto de vista econômico, social, político e jurídico, ou seja, tudo que vincula os direitos fundamentais – entre estes os que se deduzem das relações familiares. Com isso, o individualismo de que se falou acima vai cedendo lugar a um arranjo social (e familiar) mais solidário, o qual demanda um direito que tem a pessoa humana como prioritária, devendo ser vista como inserida no seu meio e não isolada, de forma que seu agir pudesse ser indiferente aos outros e ao meio em que habita.

Na medida em que o atuar da pessoa humana não pode ser considerado *de per sí*, mas contextualizado espaço-temporalmente² no seu meio, imperioso é trazer a lume a noção de responsabilidade. Apenas por meio de um agir responsável é que se pode assegurar a realização da dignidade da pessoa humana e da

² A compreensão do agir humano só ocorre quando visto a partir do contexto em que este agir está inserido. O agir varia segundo o tempo e o local em que é praticado, sempre tendo-se em mente a noção de que, ainda que individual, o agir se comunica porque inserido numa sociedade. Milton Santos, como poucos, resumiu bem esta ordem de ideias: "Cada ação se dá segundo o seu tempo; as diversas ações se dão conjuntamente. Objetivos particulares, que são individuais, funcionalmente perceptíveis, fundem-se num objetivo comum, mas dificilmente discernível. A vida social nas suas diferenças e hierarquias, dá-se segundo tempos diversos que se casam anastomosam, entrelaçados no chamado viver comum. Esse viver comum se realiza no espaço, seja qual for a escala – do lugarejo, da grande cidade, da região do país inteiro, do mundo. A ordem espacial é a ordem geral, que coordena e regula as ordens exclusivas de cada tempo particular. Segundo Leibniz (1695), o espaço é a ordem das coexistências possíveis" (SANTOS, Milton. **A natureza do espaço**: técnica e tempo, razão e emoção. 4.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009. p.159).

solidariedade³, aquela erigida como fundamento da República e esta, como um dos seus objetivos fundamentais⁴.

No entanto, para que se possa melhor compreender a centralidade da noção de responsabilidade capaz de informar as relações familiares, é necessário saber de que responsabilidade se está a tratar. Ou seja, a pluralidade semântica da palavra responsabilidade exige, para sua compreensão, que esteja inserida em um dado contexto das relações sociais para, a partir daí, se aferir o seu sentido. Por isso, sem que se negue a dificuldade ao tratar do tema, em face de sua abrangência, esta primeira parte do trabalho visa trazer os fundamentos teóricos para uma melhor compreensão do sentido da responsabilidade a informar o Direito de Família. Para tanto, o seu primeiro capítulo discute os fundamentos teóricos da responsabilidade destacando sua etimologia moderna e seu sentido desde os antigos até os modernos, sua aproximação e diferenciação com o sentido de *accountability* e, também, a classificação de vários tipos de responsabilidade de Hart. Expõe, ainda, a noção de responsabilidade retrospectiva e prospectiva e a relação estreita da responsabilidade com a alteridade, para em seguida tratar da responsabilidade a partir da teoria de Hans Jonas. O segundo capítulo desta primeira parte discute os fundamentos jurídico-positivos da responsabilidade. Para tanto, analisa o Código Civil de 1916 e o não tratamento da responsabilidade, bem como o avanço alavancado pela Constituição da República de 1988 em relação aos fundamentos jurídico-positivos da responsabilidade e, por fim, o "novo" Código Civil de 2002 e suas não tão novas premissas.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte, v.12, p.6, 2009.

⁴ Art. 1.º, III e art. 3.º, I, ambos da Constituição Federal.

CAPÍTULO 1

FUNDAMENTOS TEÓRICOS SOBRE A RESPONSABILIDADE

1.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O SIGNO RESPONSABILIDADE: A INTERAÇÃO ENTRE SIGNIFICANTE E SIGNIFICADO

1.1.1 Em torno da etimologia

Uma simples averiguação etimológica do termo 'responsabilidade' remete à palavra *responsável*, a qual, por sua vez, deriva do vocábulo francês *responsable*, cuja origem está em *responsum*, do latim, derivado de *respondere*, cuja raiz é *sponsio*⁵, e que significa afirmar, assegurar, responder, responder por, apresentar-se, dar conselhos, refutar, fazer eco, estar refletivo, estar face a face de, parecer-se a, satisfazer, dar o equivalente, pagar, produzir efeito, ser eficaz, prosperar, resistir a.⁶

Ainda que não se pretenda fazer uma análise etimológica detalhada da palavra responsabilidade, pois transbordaria o âmbito do trabalho, é interessante destacar alguns aspectos da sua origem, como a datação moderna do termo: a palavra aparece como tal em 1813⁷, apesar de o adjetivo responsável ser a ela anterior, datando de

⁵ Conforme ensina E. Santos Júnior, *respondere* tem como raiz *sponsio*. O *sponsor*, no Direito Romano, era um devedor, aquele que se comprometia a realizar alguma prestação; o *responsor* viria a ser aquele que respondia pela dívida principal de outrem. (SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003. p.179). Para melhor compreensão do instituto da *sponsio*: ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.2. p.63 e 67; JUSTO, Antonio dos Santos. **Breviário de direito privado romano**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p.227-228.

⁶ RIBEIRO, Luís Antonio Cunha. Responsabilidade. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006. p.720. Ainda, DICIONÁRIO da língua portuguesa contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian. 2001. 2v. p.3222-3223.

⁷ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p.1.653. Neste dicionário, o verbete responsabilidade, no seu sentido usual, apresenta duas definições: obrigação de responder pelas ações próprias e dos outros; caráter ou estado do que é responsável. Também, <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbeta=responsabilidade&cod=163670>, consultado em 07 ago. 2012.

1789. A considerar a origem latina de *responsum* no verbo *respondere*, chega-se a vários significados, conforme se indicou acima. Logo, o que se infere de responsabilidade a partir do verbo responder é uma pluralidade de significados. No entanto, assume-se que é o uso da palavra em certo contexto, mais do que aquilo que ela designa, que é determinante para o seu significado.⁸ Dessa forma, o uso jurídico de responsabilidade no contexto das relações sociais e, em particular, das relações familiares é fundamental para compreender seu(s) significado(s).

Sublinha-se, assim, a centralidade da noção de responsabilidade para o direito, em especial, para o Direito de Família contemporâneo e, diante dos vários significados que dela se infere, o que importa para este trabalho é o significado construído a partir do uso que o Direito de Família atual faz dela. Portanto, é a partir da análise dos diversos significados do significante responsabilidade que é possível pensar como, por meio dele, assegurar-se-á a realização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade com vistas a informar as relações familiares contemporâneas.

Se, por um lado, o emprego mais usual da palavra responsabilidade está relacionado ao seu uso estritamente jurídico e, portanto, à chamada responsabilidade civil, cumpre, desde logo ressaltar, como se verá no capítulo subsequente, que não é desta responsabilidade que se está a tratar, mas sim de uma responsabilidade ligada a uma pauta ética. Todavia, em nenhum dos casos, vale dizer, no âmbito da responsabilidade civil ou da responsabilidade ligada a uma pauta ética, deve-se buscar um conceito padrão, mesmo porque a conceituação, típica da modernidade e dos movimentos de codificação⁹, tende a uma padronização, a uma pretensão de esgotamento, o que não se coaduna com a contemporaneidade. Ao contrário, o

⁸ No seu *Curso Linguística Geral*, Ferdinand Sausurre afirma que "para certas pessoas, a língua reduzida a seu princípio essencial, é uma nomenclatura, vale dizer, uma lista de termos que correspondem a outras tantas coisas. Tal concepção é criticável [...]. Supõe ideias completamente feitas, preexistentes às palavras. [...] O signo linguístico une [...] um conceito e uma imagem acústica. [...] Propomo-nos a conservar o termo *signo* para designar o total, e a substituir conceito e imagem acústica respectivamente por *significado* e *significante*; estes dois termos têm a vantagem de assinalar a oposição que os separa, quer entre si, quer do total de que fazem parte (p.79-81). Infere-se que o signo não se confunde com o significante, pois só se tem acesso a um significado através de algum tipo de significante (som, sinal, grafia, gesto, comportamento, imagem, objeto) e o significante só tem importância em razão do significado (fenômeno, fato). (SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Atonio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1977. p.79-80).

⁹ Sobre os movimentos de codificação, conferir: CORDEIRO, Antonio Menezes. Teoria geral do direito civil: relatório. **Separata da Revista da Faculdade de Direito**. Lisboa, 1988. p.37-70.

direito contemporâneo demanda e deve se basear em uma racionalidade dialógica e aberta, não encerrada em conceitos fechados.¹⁰

Desde o sentido mais usual até o sentido que será explorado nesta dissertação, há de se identificar alguns elementos presentes na palavra responsabilidade. Responsabilidade refere-se à obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros. Neste sentido mais amplo, identificam-se uma ação e a presença do outro, dois elementos essenciais para um sentido ético da responsabilidade. Entretanto, importa fazer uma breve digressão histórica sobre o sentido – e não sobre a palavra – para perceber o que a palavra, criada na modernidade, reteve daquele construído historicamente.¹¹

1.1.2 Breve digressão histórica

Desde os gregos a noção de responsabilidade era conhecida, ainda que indiretamente, nas reflexões sobre virtude, justiça e lei.¹² Para Platão, o agir conforme

¹⁰ Luiz Edson Fachin, ao lançar as bases de uma Teoria Crítica do Direito Civil, chama a atenção para a insuficiência do saber jurídico que fica restrito a definições e abstrações alheias ao seu tempo. "Ancorar nos princípios os fins fundamentais do Direito Civil, fundeando para além da suposta autonomia e pretensa igualdade; sem carpir-se no futuro acontecido ontem, saudar o reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade, mesmo que seja para prantear os não reconhecidos, os excluídos de todos os gêneros; no véu na liberdade contratual encontrar mais responsabilidade que propriedade, menos posse na formação epistemológica do núcleo familiar; e fotografar a legitimidade da herança e direito de testar na concessão que também outorga personalidade jurídica aos entes coletivos. E aí filmar o roteiro das tendências contemporâneas." (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.7). Ainda relacionado ao tema, Gustavo Tepedino aponta para a insuficiência, na aplicação das normas constitucionais, de noções já superadas da teoria geral como os conceitos de subsunção, "como operação mecânica e silogística, e de direito subjetivo, como gerador de poder absoluto para o seu titular". (TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.36).

¹¹ Essa breve digressão histórica é genérica, pois pretende apenas mostrar ao leitor que desde a antiguidade até a contemporaneidade, de uma maneira ou de outra, a ideia de responsabilidade diz respeito, sobretudo, à ação (ou ao agir) e ao outro.

¹² Para Platão, a justiça é a virtude da alma, sendo justo e livre o homem governado pela razão e injusto o homem dominado pelas paixões, pois escravo de si mesmo. O exercício da razão intuitiva permite ao homem conhecer as Essências ou as Ideias, arquetipos divinos dos quais emana a ordem do cosmos. O filósofo, conhecedor dessa ordem e senhor de si, pelo exercício da razão, deve então governar. A razão (*nous*) não é instância criadora da justiça, pelo artifício ou convenção,

as leis relacionava-se à justiça; entretanto, em sentido diverso do que hoje se pode inferir de tal relação, pois envolvia transcendência divina e natureza racional. Isso porque, para o filósofo grego, as leis eram reflexo da ordem divina mediadas pela figura do legislador-filósofo. O que interessa da tradição grega em geral à noção de responsabilidade é a relação entre esta e a liberdade de escolha no sentido da participação do homem em seu próprio destino. O homem recebia seu destino, passivamente, das mãos dos deuses, porém não se poderia atribuir a estes todas as misérias da vida humana. Aristóteles, segundo Ribeiro,

inspira uma reflexão mais aprofundada sobre a responsabilidade [...]. Em sua *Ética a Nicômano*, [...] seguindo a trilha de Platão, estabelece a justiça como virtude, porém não em relação aos mortos ou aos deuses, mas sempre para com o próximo. [...] a virtude como um meio termo entre um excesso e uma deficiência.¹³

A virtude é uma disposição de caráter e, igualmente, se relaciona a uma escolha, bem como ao exercício da prudência (à sabedoria prática). Assim, a justiça como virtude relaciona-se ao agir, deliberadamente, justo ou injusto. "O homem injusto e vicioso age por escolha"¹⁴. Aristóteles na *Ética à Nicômano* discute sobre as condições ou circunstâncias que escusam a pessoa da responsabilidade como a coerção, vale dizer, circunstâncias em que a capacidade para agir, leia-se, escolher e deliberar, resta comprometida. Dessa forma, escolher e deliberar são fundamentais para o exercício de responsabilidade.¹⁵

Esse legado dos antigos foi retomado na Idade Média, no século XIII, por Tomás de Aquino que, ao interpretar Aristóteles, afirma que "para que alguém seja considerado causador de dano a outrem, por exemplo, é necessário que haja escolhido

mas faculdade capaz de revelar aos homens a ordem divina do cosmos, à luz de que se devem cinzar as leis da *polis*. (RIBEIRO, Luís Antonio Cunha. Responsabilidade. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006. p.720).

¹³ ARISTOTELES. **Ética a Nicômano**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p.97-123. (Os Pensadores). Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2012. RIBEIRO, *op. cit.*, p.720. JAEGER, Werner. **Paideia**. Tradução de Joaquín Xirau e Wenceslao Roces. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1996. p.144.

¹⁴ ARISTOTELES, *op. cit.*, p.115. RIBEIRO, *op. cit.*, p.721.

¹⁵ ARISTOTELES, *op. cit.*, p.46-47.

fazê-lo, agindo intencionalmente ou com negligência, considerado o ato negligente, portanto, uma modalidade de ato voluntário, uma falha no exercício da prudência".¹⁶

Do século XVII em diante, o termo responsabilidade ganha um sentido mais diretamente moral e jurídico, ora afirmando a relação entre ambos (a moral e o direito), ora questionando-a. Sublinhe-se que nesse período histórico a razão do homem torna-se autônoma em relação à razão divina, vale dizer, deixa de ser o meio que diz ao homem a vontade de Deus. Isso tem como consequência uma noção de responsabilidade que se afasta da tradição aristotélica que a compreendia como prudência ou sabedoria prática e se aproxima das reflexões jusracionais próprias da época, cujo agir baseava-se na natureza racional do homem. Hugo Grócio anuncia no *De iure belli ac pacis*, de 1625, que "o direito natural é ditado pela razão, sendo independente não só da vontade de Deus como também da sua própria existência".¹⁷ A ideia de um direito natural cuja fonte exclusiva era a razão humana influi na noção de responsabilidade, na medida em que a obediência era devida com base naquele. Bobbio identifica uma continuidade entre o jusnaturalismo medieval e o moderno no sentido de que neste se ressalta o aspecto subjetivo do direito natural, ou seja, os direitos inatos, enquanto naquele ressalta-se o aspecto objetivo, da norma. "É precisamente devido a esta sua característica que o jusnaturalismo moderno, isto é, dos séculos XVII e XVIII, molda profundamente as doutrinas políticas de tendência individualista e liberal, expondo com firmeza a necessidade do respeito por parte da autoridade política daqueles que são declarados direitos inatos do indivíduo"¹⁸. As obrigações do indivíduo e, por consequência, suas responsabilidades, estão atreladas à fonte natural racional de seus direitos, os quais só podem ser gozados no âmbito do Estado como organização política e obra voluntária dos indivíduos oposta ao estado de natureza. Assim, a partir do século XVIII a ideia de responsabilidade ganha relevância para o Estado e o Direito modernos como responsabilidade política.

¹⁶ RIBEIRO, Luís Antonio Cunha. Responsabilidade. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006. p.721.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UNB, 1986. p.657.

¹⁸ *Ibid.*, p.658.

Há registros de que o primeiro uso do termo responsabilidade (*responsibility*) propriamente dito remonte ao final do século XVIII (1787-1788), em *Os Artigos Federalistas* de Hamilton, Madison e Jay, em cuja obra foi mencionada trinta e três vezes.¹⁹ Na esteira da ideia de responsabilidade política, o termo é utilizado em alusão à responsabilidade dos governantes em face do povo, na forma republicana de Estado.²⁰ No *paper* n.º 44, por exemplo, Madison fala da imediata responsabilidade da nação e daquele que propriamente conduz a nação como o responsável em face dos poderes externos. No *paper* n.º 57 se diz que o modo eletivo de se ter os governantes é a diretriz política característica do governo republicano. Os meios baseados nessa forma de governo para prevenir a degeneração são muitos e variados. O mais efetivo é a limitação do termo de compromisso, pois manterá a devida responsabilidade do povo.²¹

A noção de responsabilidade presente nos escritos *Federalistas* se relaciona, em algumas passagens da obra, à ideia de *accountability*²², sobretudo quando diz respeito ao controle do povo sobre os governantes e os órgãos de governo e, também, o controle entre os órgãos de governo.

O elogio ao modelo eletivo e à representação feito pelos Federalistas relacionava-se ao fato de que uma Federação em um território vasto necessitaria de mecanismos de representação e controle, de forma a evitar a formação de facções ou grupos, cujos interesses contrariariam o governo, cuja autoridade última está no povo.²³ Conforme o *Federalista 10*, a representação favoreceria o bom governo ao distanciar os representantes eleitos das facções e da pressão que elas poderiam

¹⁹ RIBEIRO, Luís Antonio Cunha. Responsabilidade. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006. p.722. Para uma análise mais aprofundada, HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **The federalist Papers**. New York: Bantam Classic Edition, 1986.

²⁰ RIBEIRO, *op. cit.*, p.722.

²¹ HAMILTON; MADISON, *op. cit.*, p.226 e p.289.

²² Como afirma Ilton Robl Filho, "não há em português uma palavra que fielmente traduza *accountability*, ainda que seja possível identificar práticas de *accountability* no Brasil [...]" Ver ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e independência judiciais: o desenho institucional do judiciário e do conselho nacional de justice no estado democrático de direito brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p.81.

²³ HAMILTON; MADISON, *op. cit.*, p.42-49.

exercer sobre eles para atender exclusivamente aos seus interesses e não aos do povo em geral. A ideia de *accountability* igualmente aparece quando no *Federalista 47* Madison diz que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário devem ser separados e distintos e que a acumulação de todos os poderes nas mesmas mãos poderia ser definida como tirania. Isso porque haveria, entre os poderes, controles recíprocos e aplicações de sanções nos casos em que houvesse abuso no exercício das suas competências.²⁴

1.1.3 Responsabilidade e *accountability*: aproximação e diferenciação

Conforme se pode inferir dos escritos *Federalistas* há uma relação entre responsabilidade e *accountability*. Assim, é pertinente compreender a ideia desta e sua relação com aquela.

Accountability remete à ideia de controle e prestação de contas por meio de informações, justificações e sanções. Como bem esclarece Robl Filho,

(a) compreensão do termo *accountability* pressupõe a apreensão da categoria principal (mandante) e agente (agente ou mandatário), assim como da estrutura analítica da *accountability*: *answerability* (necessidade de dar respostas) e *enforcement* (coação).

Accountability é uma relação que se estabelece entre principal e agente ou entre os agentes entre si. A perspectiva principal e agente é apresentada por Przeworski (2006), devendo antes ser compreendida a perspectiva institucional que se insere essa análise.

Instituições estabelecem padrões de interações entre pessoas. Esses padrões são constituídos por regras formais e informais que regulam a maneira pela qual as ações devem acontecer. Algumas instituições podem transformar-se em organizações, as quais possuem um coeficiente maior de institucionalização e formalização.²⁵

²⁴ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e independência judiciais**: o desenho institucional do judiciário e do conselho nacional de justice no estado democrático de direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p.28-29.

²⁵ *Ibid.*, p.83-84.

Ainda que de difícil tradução, a ideia de *accountability* e os procedimentos que ela requer servem para, de um lado, controlar as ações do governo, por meio das quais suas políticas se realizam e, de outro, exigir a prestação de contas do gestor público. Sua aproximação com a ideia de responsabilidade em sentido amplo diz respeito ao dever de responder, sobretudo do gestor público, ainda que não tenha sido eleito. Pode-se dizer que tal ideia foi acolhida pelo governo brasileiro, nos anos 1990, a qual se buscou implementar pela chamada Reforma do Estado.²⁶

Esse mecanismo de controle e responsabilização serve, também, para diagnosticar as ações de governo para aferir não só a sua eficiência, mas igualmente a sua capilaridade democrática. Como afirmam Manin, Przeworski e Stokes:

Ainda assim, a conclusão desta análise deve ser que o controle dos cidadãos sobre os políticos é, no melhor dos casos, altamente imperfeito na maioria das democracias. As eleições não são mecanismos suficientes para assegurar que os governantes farão tudo o que puderem para maximizar o bem-estar dos cidadãos. Esse não é um argumento contra a democracia, mas por uma reforma e uma inovação institucional. Nós necessitamos de instituições eleitorais que aumentem a transparência da responsabilidade e facilitem para os cidadãos recompensar ou punir os responsáveis. Precisamos de condições morais e econômicas nas quais o serviço público usufrua de respeito assim como de recompensas materiais apropriadas. Além disso, precisamos de instituições que forneçam informações independentes sobre o governo aos cidadãos – "agências de prestação de contas" [...].²⁷

Ainda que *accountability* guarde relações com a ideia de responsabilidade política no sentido de dar respostas, prestar contas, controlar e sancionar, ela só seria relevante para a discussão que se propõe nesta dissertação relativamente ao papel do Poder Judiciário, sua independência e o fato de seus membros não serem eleitos.²⁸ Isso, pois, conforme se verá à frente, o trabalho se debruçará, também,

²⁶ BRESSER PEREIRA, L. C. **A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle.** Brasília: MARE, 1997. (Cadernos MARE, 1).

²⁷ MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan. Eleições e representação. **Lua Nova**, São Paulo, v.67, p.132-133, 2006.

²⁸ Segundo Robl Filho, "A reflexão sobre a independência e, em especial, acerca da *accountability* judicial tem sido feita com profundidade por cientistas políticos e juristas norte-americanos. Desse modo, nesta seção serão apresentadas reflexões sobre *accountability* e independência judiciais a partir da teoria e da realidade políticas norte-americanas. As questões sobre *accountability* judicial inserem-se no âmbito de discussão designado por Schedler (1999, p.25) como problemas de segunda ordem de *accountability*. Nesse campo, busca-se responder ao seguinte dilema: como

sobre decisões judiciais no campo do Direito de Família. Entretanto, isso escapa do tema central da dissertação em torno da noção de responsabilidade para pensar o Direito de Família no e para o século XXI. De toda sorte, a breve notícia sobre *accountability* serve não só para informar sua relação com a ideia de responsabilidade política, conforme se vê em escritos políticos da modernidade como, por exemplo, em *Os Federalistas*, mas também para mostrar sua diferença em relação à noção de responsabilidade que é central para este trabalho desde uma perspectiva ética. A este respeito importa retomar a discussão sobre responsabilidade no sentido "forte" assumido nesta dissertação.

1.1.4 Responsabilidade e a classificação de Hart

Pois bem, a palavra responsabilidade, conforme indicado anteriormente, tem a sua datação etimológica em 1813 e o verbo a ela correspondente, responsabilizar, no sentido de "imputar responsabilidade a", tem datação ainda posterior, em 1836. A considerar o uso moderno da palavra tem-se nela um sentido que implica a ação própria ou de outrem, seja no campo das relações sociais, seja no campo das relações políticas. Ainda, responsabilidade, a partir do seu sufixo, evoca capacidade. Sendo assim, ser responsável tem a ver, etimologicamente, com a capacidade de responder, a qual advém da capacidade do homem de se comprometer, de assumir

criar instituições com funções de accountability horizontal que sejam elas mesmas accountable? A busca por solução desse problema encontra-se no contexto de criação de agentes de accountability especializados, sendo compostos por membros muitas vezes não eleitos e dotados de independência. Também, o senso comum teórico dos juristas parte do pressuposto de que esses agente agem com — sinceridade e de maneira proba no cumprimento das suas funções no Estado Democrático de Direito. De outro lado, observa-se que os agentes de accountability horizontal não eleitos e independentes no cumprimento da sua missão de análise das informações, justificações e aplicações de sanções podem atuar de maneira ineficiente e com abuso de autoridade, além de usurpar competência de outros agentes estatais eleitos ou não (SCHEDLER, 1999, p.26). Há pelo menos três soluções para a ausência de accountability sobre agentes não eleitos e independentes: i) criar um mecanismo de eleição para esses agentes, ii) desenhar relações institucionais dos agentes estatais nacionais entre si para que se estabeleçam interações vedando a existência de unchecked power/agent e iii) desenvolvimento de relações internas de accountability dentro de uma agência ou poder. Essas três propostas foram implantadas no sistema judiciário norte-americano." (ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e independencia judiciais**: o desenho institucional do judiciário e do conselho nacional de justice no estado democrático de direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p.111-112).

compromissos²⁹, ou, de outra maneira, de agir conforme determinada conduta.³⁰ Essa conduta determinada pode ser por convenção ou por norma e, neste caso, por uma norma moral ou por uma norma jurídica ou, ainda, por ambas.

Herbert Hart no *postscript* do seu livro *Punishment and Responsibility* enfatiza que as expressões responsabilidade, responsável e responsável por implicam diferentes ideias, ainda que conectadas entre si.³¹ Ressalte-se que o autor está mais preocupado com a responsabilidade penal, porém sua discussão e posterior classificação da responsabilidade têm conexão com este trabalho, a começar pela premissa das múltiplas significações de responsabilidade. Para tanto, ele se vale do exemplo do capitão de navio embriagado que perdeu sua embarcação no mar e sobre o qual se pode dizer que ele era responsável pela segurança dos passageiros e tripulação. Ao se embriagar durante todas as noites da última viagem, o capitão foi responsável pela deriva da embarcação no mar com todos a bordo. Apesar dos rumores sobre sua insanidade, ele foi diagnosticado pelos médicos como responsável por seus atos. Mas suas ações demonstravam sua irresponsabilidade como pessoa. Ele sempre dizia que as tempestades de inverno eram responsáveis pela deriva da embarcação. Na ação penal movida contra ele, foi declarada sua responsabilidade em face da sua conduta negligente e na ação civil foi declarada sua responsabilidade em relação a

²⁹ DUARTE, Joaquim Cardozo. Responsabilidade. In: **Polis**: enciclopédia VERBO da sociedade e do estado. Lisboa: Verbo, 1987. p.462.

³⁰ O agir humano, segundo Max Weber, é eticamente orientado podendo ajustar-se a duas máximas "fundamentalmente diferentes entre si e irremediavelmente opostas: pode orientar-se de acordo com a 'ética da convicção' ou de acordo com a 'ética da responsabilidade' ('gesinnungsethisch' oder 'verantwortungsethisch'). Não quer isto dizer que a ética de convicção seja idêntica à falta de responsabilidade, ou a ética da responsabilidade à falta de convicção. Não é nada disso em absoluto. Mas há realmente uma diferença abissal entre agir segundo as máximas de uma ética da convicção, tal como a que ordena (religiosamente falando) 'o cristão age bem e deixa o resultado à vontade de Deus', ou segundo uma máxima da ética da responsabilidade, como a que manda ter em conta as consequências previsíveis da própria ação." (WEBER, Max. **O político e o cientista**. Tradução de Carlos Grifo Babo. 3 ed. Lisboa: Presença, s/d. p.85). A diferenciação weberiana ganha importância quando se volta o olhar para o uso moderno da palavra. Se a responsabilidade é a capacidade de responder, de assumir compromisso, somente aquele que age mais pautado numa ética da responsabilidade tem condições de agir de forma responsável, pois no seu agir tem conta as consequências previsíveis da sua própria ação. Já aquele que age, preponderantemente, pautado pela ética da convicção, importa-se apenas com as suas próprias crenças.

³¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Punishment and responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 1995. p.211. Ver também LOMBA, Pedro. **Teoria da responsabilidade política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

quem perdeu sua vida e propriedade. Ele ainda foi moralmente responsável pelas mortes, sobretudo de mulheres e crianças.³²

Como bem se vê no exemplo acima é possível identificar várias responsabilidades. Herbert Hart entendeu que seria conveniente sistematizar e classificar as diferentes responsabilidades, identificando quatro tipos: responsabilidade funcional (*role responsibility*), que corresponde tanto à responsabilidade no desempenho de uma tarefa ou função assumida por um sujeito como a um comportamento escrupuloso na execução da tarefa; responsabilidade causal (*causal responsibility*), ligada à ideia de causa e efeito, para tal tipo de responsabilidade, ser responsável por algo é igual a causar ou produzir algo; responsabilidade jurídica (*liability responsibility*) propriamente dita, derivada do direito, para ele a mais importante, seriam as consequências da conduta de determinada pessoa, a qual gera uma obrigação de reparar a sua falta ou de compensar o prejuízo causado. Por fim, a responsabilidade pessoal (*capacity responsibility*), que tem a ver com a capacidade, física e mental, para que a pessoa possa ser considerada capaz de responder moral e legalmente pelos seus atos.³³

Role-responsibility diz respeito à função ou papel desempenhado pelas pessoas na sociedade, ao qual deveres específicos estão relacionados, no sentido da promoção do bem-estar dos outros como meta da própria sociedade. Ou seja, ele ou ela é responsável pela realização de determinados deveres ou do que seja necessário para cumpri-los. Esse tipo de responsabilidade, para Hart, é tanto moral quanto jurídica, mas não necessariamente. O marido pode ser responsável, nestes termos, pela sua esposa e seus filhos, porém, um anfitrião em relação a seus hóspedes, pela sua função ou papel, é responsável, mas não moral ou juridicamente.³⁴ A *causal-responsibility* é um tipo de responsabilidade relacionado à causa, consequência ou resultado de determinado ato. Ou seja, não diretamente a pessoa, mas sua ação e a consequência por ela causada é que dão o sentido da responsabilidade. Nesses

³² HART, Herbert Lionel Adolphus. **Punishment and responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 1995. p.211.

³³ *Ibid.*, p.211-230 Utilizou-se a tradução portuguesa da classificação feita por Hart, a partir da obra de LOMBA, Pedro. **Teoria da responsabilidade política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p.49-50.

³⁴ HART, *op. cit.*, p.213-214.

termos, é sempre uma responsabilidade por algo que aconteceu e pode se relacionar com a *liability-responsibility*, para a qual se identifica a pessoa e não simplesmente a ação da pessoa.

Para Hart, a *liability-responsibility* não é indiferente ao aspecto moral e jurídico da responsabilidade. No plano jurídico as normas requerem determinadas ações ou abstenções, cujo descumprimento torna a pessoa responsável e suscetível às consequências (à sanção penal, à compensação cível, por exemplo). Mas também alguém pode ser responsável pela ação de outrem (o empregador em determinadas circunstâncias responde pelo empregado, o pai pelo filho). Enfim, o que Hart afirma é o caráter propriamente jurídico desta responsabilidade, uma vez que ela se atribui em virtude de determinada norma jurídica. Isso, porque, para o autor há diferença entre dizer que alguém é responsável por suas ações e que ele está sujeito a ser punido ou a ter que pagar indenização.³⁵ No plano moral, Hart identifica o mesmo sentido da responsabilidade apenas diferenciando o parâmetro normativo, isto é, as normas jurídicas das normas morais. Por fim, a *capacity-responsibility*, conforme já indicado, relaciona a responsabilidade de alguém à sua capacidade, isto é, alguém é responsável por suas ações no sentido de que possui certas capacidades e, assim, se relaciona à *liability-responsibility* no plano moral. As capacidades dizem respeito ao entendimento, ao raciocínio e ao controle de conduta: a habilidade de compreender que condutas as normas jurídicas e morais requerem; a deliberação e decisão conforme esses requisitos e a adequação às decisões tomadas.³⁶

A classificação de Hart tem a virtude de demonstrar como no direito a responsabilidade adquire vários sentidos, mesmo quando a própria classificação tem por finalidade reduzir a complexidade da pluralidade de sentidos. Aproveitando o exemplo do comandante de navio embriagado, poder-se-ia relacionar as respectivas responsabilidades: em razão da função exercida tem-se o dever ou a obrigação que o comandante tinha em relação aos passageiros; em razão da sua embriaguez, a sua responsabilidade moral; a responsabilidade do mar tormentoso que fez a embarcação virar; a responsabilidade de cada passageiro e, dentre estes, dos pais

³⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Punishment and responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 1995. p.215-216.

³⁶ *Ibid.*, p.227-228.

em relação aos filhos pequenos para sair da embarcação etc. Ou seja, casos mais ou menos complexos se desdobram do exemplo e, com Hart, é possível classificá-los, a partir dos tipos de responsabilidade que ele elenca. Todavia, para além da virtude de chamar a atenção para a pluralidade de sentidos da responsabilidade, o uso, ou a aplicação da classificação de Hart serve para se superar o sentido usual de responsabilidade causal na qual eventos passados, suas causas e consequências, mais do que pessoas, são levados imediatamente em consideração. Ou seja, a diferenciação produzida pela classificação da responsabilidade permite ver, por exemplo, que, para Hart, a escolha da pessoa e, a partir dela, seus atos são fundamentais para aferir responsabilidade no direito. Isso porque aqueles que não são capazes de escolher não podem responder, juridicamente, por suas ações. Em síntese, o direito torna possível que as pessoas que são capazes de escolha ajam de maneira socialmente responsável. Dito de outra maneira, a responsabilidade forjada no direito ajuda a sustentar a ordem social, na medida em que prestigia e respeita a escolha da pessoa.

1.1.5 Responsabilidade retrospectiva e prospectiva

A ideia da responsabilidade pode ser também compreendida de forma retrospectiva ou prospectiva. Agnes Heller, ao discorrer sobre esses dois tipos de responsabilidade, afirma que a primeira é sempre no singular enquanto a segunda pode ser no plural e, assim, pode ser vista como responsabilidades ou obrigações.³⁷

Quando se faz referência a um fato, a responsabilidade é sempre retrospectiva, pois se responde por algo que já se fez ou se deixou de fazer. Tornar alguém responsável é sempre uma questão retrospectiva se a responsabilidade é usada em um sentido moral.³⁸ Assim, cada um é responsável por sua ação em um sentido

³⁷ HELLER, Agnes. **General Ethics**. New York: Basil Blackwell, 1988. p.69. Em tradução livre: Onde há ação há responsabilidade; onde não há ação não há responsabilidade.

³⁸ *Ibid.*, p.68-69. Interessante a observação que a autora faz de que todo termo moral tem sido usado para fortalecer e legitimar a dominação, não sendo 'responsabilidade' uma exceção. Neste sentido, pessoas se tornaram responsáveis por terem nascido escravas, mulheres, corcundas,

retrospectivo e geral da responsabilidade, porém nem todos são responsáveis em um sentido prospectivo.

Em relação à responsabilidade retrospectiva, faz sentido falar em culpa, pecado, má conduta da própria pessoa que assim agiu ou como resultado da ação de outrem. Sempre voltado ao passado, este tipo de responsabilidade, ao remeter a algo que aconteceu, também relaciona-se à pessoa cuja ação gerou consequência(s). Neste sentido, é possível aproximá-la tanto ao que Hart chamou de *causal responsibility* quanto à *liability-responsibility*.

Desde os antigos, em especial Aristóteles, já se falava em circunstâncias excludentes de responsabilidade, como, por exemplo, a coerção, ou seja, só há responsabilidade se houver possibilidade de escolha para agir. Dessa forma, a responsabilidade retrospectiva chama a atenção para a ação da pessoa que foi voluntária. Em um primeiro momento, o que interessa é, simplesmente, o caráter voluntário da ação, independentemente da sua motivação. "Where there is action, there is responsibility; where there is no action, there is no responsibility"³⁹. Quando um pai ou uma mãe ignora o dever de cuidar da criança e a deixa adoecer, esta é uma ação por definição voluntária. Se ele ou ela fez de propósito, por negligência, ou por qualquer outra razão, não muda o fato de que eles foram os autores daquela ação. Neste ponto, concorda-se com Agnes Heller quando afirma que ao atribuir um ato a uma pessoa significa que esta deve responder por ele, independentemente da motivação.⁴⁰ Não significa que a motivação não importa, mas, sim, que sua relevância surge em um segundo momento em relação à responsabilidade.

A responsabilidade prospectiva ou responsabilidades, conforme dito anteriormente, dizem respeito às obrigações que se assume em determinada circunstância. Pode-se dizer que é uma responsabilidade em direção a algo ou por algo. É um tipo de responsabilidade que acompanha a posição assumida, tanto na esfera privada como na pública. Por exemplo, alguém pode ser selecionado ou eleito para determinado cargo ou função e, deste momento em diante, se vê comprometido

³⁹ HELLER, Agnes. **General Ethics**. New York: Basil Blackwell, 1988. p.50.

⁴⁰ *Ibid.*, p.51.

com as obrigações relativas ao referido cargo ou função para o/a qual fora escolhido ou eleito. Via de regra, as obrigações tomam a forma de normas. Mas a responsabilidade prospectiva pode ir além das obrigações de rotina, relativas à posição que se assume, quando algo inesperado ocorre.⁴¹ Neste caso, a responsabilidade prospectiva implica a noção de promessa, vale dizer, se algo inesperado acontece há, implícita e incondicionalmente, a promessa de se ir além das obrigações assumidas em relação a algo que se deve realizar.

No exemplo do comandante do navio, por sua função, ele tem a responsabilidade (ou a obrigação) pelos passageiros e para isso deve cumprir sua rotina de trabalho, observar as normas e, caso algo inesperado aconteça, como uma avaria no casco do navio, deverá o comandante assegurar o bem-estar dos passageiros. Para além da sua obrigação de conduzir a nau, ele promete fazê-lo mesmo sob circunstâncias adversas. Vale dizer, nesse contexto, o comandante tem em relação aos passageiros obrigações (responsabilidade prospectiva), ainda que estes não as tenham. A responsabilidade dos passageiros diz respeito, tão somente, às suas próprias ações. Por exemplo, se no navio houver um pai com um filho e este pular no barco salva-vidas deixando o filho para trás, ele, o pai, deve responder por isso e, neste caso, sua responsabilidade é diferente da do comandante, pois retrospectiva. As duas responsabilidades não se apartam como se as pessoas possuíssem uma ou outra, mesmo porque atualmente as pessoas têm responsabilidade(s) quase sempre aliadas a obrigações. A diferenciação ajuda a melhor compreender o que está em questão quando se fala de responsabilidade, ainda que não esgotem todos os argumentos. Uma observação ainda digna de nota acerca da responsabilidade prospectiva é que, ao se referir às obrigações, estas não se diferenciam em face da sua importância, vale dizer, as obrigações são igualmente importantes, têm o mesmo peso e o que pode ser diferente são as consequências em caso do não cumprimento delas.

⁴¹ HELLER, Agnes. **General Ethics**. New York: Basil Blackwell, 1988. p.69.

A título de exemplo, para ilustrar os dois tipos de responsabilidade (retrospectiva e prospectiva), Agnes Heller cita Caim e Abel:

When Cain answers God's question 'Where is your brother Abel?' by asking in turn, 'Am I my brother's keeper?', he disavows prospective responsibility. He declares that he is not his brother's keeper in so far he disclaims responsibility for his brother whereabouts. But in fact he was questioned about his retrospective responsibility, his responsibility for his action (in this case, fratricide), which he certainly has irrespective of obligations towards his brother.⁴²

Essas considerações até aqui feitas são a antessala, a qual introduz o caminho a ser percorrido acerca da responsabilidade. Quer-se dizer que o acesso a uma categoria cujo significado e significante levam a várias interações requer, assim, o devido preparo. O caminho antecipado na discussão pela qual até agora se percorreu indicou que agir e fazê-lo em relação ao outro, de forma retrospectiva ou prospectiva, implicam a noção de responsabilidade. Daí porque a relação entre responsabilidade e alteridade é nuclear para este trabalho, especialmente para o sentido de responsabilidade discutido por Hans Jonas e que será determinante do caminho a ser trilhado pela dissertação em direção a uma nova compreensão do Direito de Família contemporâneo e dos direitos por ele tutelados. Isso coincide com a reflexão que faz Levinas⁴³, na medida em que, no caminho em direção à principal fonte do direito, ele identifica a responsabilidade individual do homem diante do outro.

⁴² HELLER, Agnes. **General Ethics**. New York: Basil Blackwell, 1988. p.70. Em tradução livre: Quando Caim responde à pergunta de Deus "Onde está teu irmão Abel?" Respondendo por sua vez "Eu sou o guardião do meu irmão?" Ele nega a responsabilidade *prospectiva*. Diz que não é o guardião do seu irmão ao tempo a que nega a responsabilidade pelo paradeiro de seu irmão. Mas na verdade, ele foi questionado acerca de sua responsabilidade *retrospectiva*, sua responsabilidade por sua ação (neste caso, fratricídio), que ele certamente tem, independentemente das obrigações para com seu irmão.

⁴³ LEVINAS, Emmanuel. **Alterity and Transcendence**. Tradução de Michael Smith. New York: Columbia University Press, 1999.

1.1.6 Responsabilidade e alteridade

Capturar a ideia de alteridade em Levinas é tarefa complexa e que será reduzida ao propósito desta dissertação, especialmente deste capítulo, no qual se discorre sobre os possíveis sentidos de responsabilidade, dos quais o Direito de Família pode ser valer, diante das demandas atuais da sociedade. Para tanto, concentrar-se-á nas considerações sobre a alteridade de (e a partir de) Levinas, na medida em que o autor parte da ética como filosofia primeira, quer dizer, a ética como abertura em direção ao outro. Também porque Levinas, como afirma Critchley em *Introdução a Emmanuel Levinas*, preocupa-se com a experiência cotidiana e

faz poderosas descrições de toda uma extensão de fenômenos não usualmente considerados como filosoficamente respeitáveis. Por exemplo: insônia, fadiga, gozo [...] Ainda, apresenta questões como o que significa ter filhos e por que isso é tão importante para tantos dentre nós?⁴⁴

Segundo Levinas, a preocupação da filosofia contemporânea é libertar o homem das categorias adaptadas unicamente às coisas.⁴⁵ Porém, isso não significa opor uma essência estática a uma essência dinâmica em relação à natureza humana. Para o autor, a questão central é encontrar para o homem o lugar, e esse lugar é o ente, o qual se torna acessível na medida da sua proximidade e exterioridade, isto é, como face. O rosto, a face, a exterioridade é que permite colocar o eu em questão, sobretudo por intermédio do outro; então o face a face é fundamental para a existência humana. Conforme Rossana Rolando, a cultura ocidental teve sempre a pretensão cognoscitiva de reduzir ao eu qualquer alteridade e individualidade, mediante a tomada conceitual.⁴⁶ É como se o sujeito que conhece, somente conhece

⁴⁴ CRITCHLEY, Simon. Introdução a Emmanuel Levinas. In: HADDOCK-LOBO, Rafael. **Da existência ao infinito**: ensaios sobre Emmanuel Levinas. Rio de Janeiro: Loyola e Editora PUC-Rio, 2006. p.16.

⁴⁵ LEVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (Coord.). Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner, Marcelo Luiz Pelizolli. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p.30.

⁴⁶ ROLANDO, Rossana. Emmanuel Levinas: por uma sociedade sem tiranias. **Educação & Sociedade**, Campinas, v.22, n.76, p.76, out. 2001.

ao englobar qualquer alteridade e reconduzir a si mesmo qualquer exterioridade. Vale dizer, o sujeito conhece e com isso domina, pois desconsidera o outro ou, melhor, apenas o considera como coisa e o reduz a um conceito.

A relação com o outro é uma relação ética, e vários aspectos da experiência do homem restam sobre essa relação elementar (com o outro), o qual traz o ente para o ser chamando-o para a responsabilidade. Simplesmente ao falar, o outro revela a sua exterioridade.

Segundo Levinas, a pessoa deve aceitar a sua responsabilidade em relação ao outro para escapar do isolamento e se tornar plena de si. Tal relação não depende da própria escolha ou atitude, na medida em que já estava colocada desde o início como abertura, diálogo e encontro; a relação e a responsabilidade com o outro tornam possíveis a própria consciência e o reconhecimento do eu. Como afirma Levinas,

esta inversão humana do em-si e do para-si, do 'cada um por si, em um eu ético, em prioridade do para-outro, esta substituição ao para-si da obstinação ontológica de um eu doravante decerto único, mas único por sua eleição a uma responsabilidade pelo outro homem – irrecusável e incessável – esta reviravolta radical produzir-se-ia no que chamo encontro do rosto de outrem.⁴⁷

A relação e a responsabilidade com o outro externalizadas no face a face, de que fala Levinas, é um ato de resistência ética que pode evitar o pior, a tirania, a aniquilação. Assim, ser responsável é partir não mais da prioridade do eu, mas sim do outro e, por intermédio deste, chegar a si. O compromisso ético ou dever é o ato inicial e se revela na exterioridade, no face a face. Neste sentido, "a responsabilidade é um destino antes de ser um ato de vontade: o homem é chamado para responder independentemente de qualquer decisão no plano ético; por outro lado, porém, a única possibilidade de encontrar um 'sentido' no destino é a de aderir a ele"⁴⁸.

⁴⁷ LEVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (Coord.). Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner, Marcelo Luiz Pelizolli. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p.269.

⁴⁸ ROLANDO, Rossana. Emmanuel Levinas: por uma sociedade sem tiranias. **Educação & Sociedade**, Campinas, v.22, n.76, p.85, out. 2001.

A relação da responsabilidade com a alteridade revela que toda relação com a outra pessoa não pode ser reduzida a um ato interno de compreensão, mas, sim, descrita a partir da exterioridade, do que se vem chamando de face a face. Isso porque há algo no outro que escapa a qualquer compreensão ou conhecimento:

não podemos, no fim das contas, conhecer tudo sobre a outra pessoa, mesmo, e talvez, principalmente, quando se trata das pessoas que amamos. Acho que isso quer dizer que, em nossa relação com as outras pessoas, temos de aprender a reconhecer o que não podemos conhecer [...]⁴⁹

Por fim, a responsabilidade como algo que se manifesta a partir da face do outro e para o outro se situa no campo da ética, a qual, para Levinas, é experiência. Como diz Haddock-Lobo, "é o outro que me convoca à palavra, que me invade violentamente com a demanda da ética e que, por isso, me institui como eu"⁵⁰.

Como se disse anteriormente, a discussão sobre os fundamentos teóricos da responsabilidade e nela, inicialmente, as considerações sobre o "signo" responsabilidade, como uma antessala, possibilitaram o acesso a uma categoria que, central ao trabalho de dissertação, terá em Hans Jonas a sua melhor apropriação para o Direito de Família.

1.2 A CONCEPÇÃO DE RESPONSABILIDADE EM HANS JONAS

As transformações operadas na família ao longo dos anos e a complexidade a ela inerente denotam a necessidade de olhar para a responsabilidade no Direito de Família a partir de perspectivas diferentes, afastando-se da noção de responsabilidade vinculada, simplesmente, a uma ideia punitiva e retributiva, muito mais ligada à

⁴⁹ CRITCHLEY, Simon. Introdução a Emmanuel Levinas. In: HADDOCK-LOBO, Rafael. **Da existência ao infinito**: ensaios sobre Emmanuel Levinas. Rio de Janeiro: Loyola e Editora PUC-Rio, 2006. p.18.

⁵⁰ HADDOCK-LOBO, Rafael. **Da existência ao infinito**: ensaios sobre Emmanuel Levinas. Rio de Janeiro: Loyola e Editora PUC-Rio, 2006. p.139.

culpa e que talvez⁵¹ faça algum sentido para a teoria da responsabilidade civil, mas que se mostra inapropriada para o atual momento em que se encontra o Direito de Família brasileiro.

Nesse aspecto, o debruçar sobre a responsabilidade a partir da teoria de Hans Jonas se justifica na medida em que ele oferece argumentos que permitem pensar a responsabilidade sob um viés não patrimonializado ou investigativo, com o qual os civilistas e os juristas, de forma geral, estão tão acostumados a operar. Conforme se verá ao longo deste capítulo, as bases sob as quais se funda a teoria jonasiana são outras, muito mais voltadas ao futuro, à coletividade e à preservação da vida na Terra.

Os limites e objetivos deste trabalho de dissertação exigem um recorte da teoria de Hans Jonas, relativo aos aspectos relevantes tanto para uma compreensão inicial da teoria quanto para o seu posterior aporte ao Direito de Família brasileiro.⁵²

1.2.1 A insuficiência do modelo ético tradicional

Para que se possa compreender como a teoria de Hans Jonas pode contribuir ao Direito de Família brasileiro, necessário se faz, primeiramente, entender sob que bases ela se funda, com qual racionalidade ela opera.

Hans Jonas é representante do grupo de filósofos judeus alemães, com forte influência de Husserl, Heidegger e Buimann. Quando do advento do nazismo na Alemanha, fugiu primeiro para a Inglaterra e depois para a Palestina, vindo a participar

⁵¹ Justifica-se aqui a utilização do advérbio "talvez" na medida em que, também no âmbito da teoria da responsabilidade civil, vem se questionando o papel da culpa como seu elemento integrante. (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011; BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.43, p.99-114, 2010).

⁵² O capítulo que ora se apresenta estará limitado a trazer algumas considerações a respeito da teoria de Hans Jonas. Esta opção se justifica não só pela metodologia utilizada no trabalho, mas também em função da complexidade da teoria jonasiana, e ao quase ineditismo de sua utilização no Direito de Família, o que exige uma introdução do leitor de forma mais cuidadosa ao tema, resguardando os seus aportes ao Direito de Família para um segundo momento.

da Segunda Guerra Mundial pelo exército inglês na brigada judia. Posteriormente emigrou para o Canadá e em seguida para os Estados Unidos, lecionando filosofia em Nova York, e morando em New Rochelle, onde permaneceu até a sua morte em 1993.⁵³

Os fatos vivenciados por Jonas, em especial as duas Grandes Guerras, marcaram em muito a sua teoria, fazendo com que refletisse sobre como o desenvolvimento tecnológico e o uso da técnica podem impactar não só na vida do homem, mas também de tudo o que habita a Terra.

Em sua principal obra, intitulada *Princípio Responsabilidade*⁵⁴, Hans Jonas busca demonstrar que todas as éticas até então vigentes não lidavam com a possibilidade de se ter responsabilidade com os seres futuros, mas apenas e tão somente com aqueles já existentes.

A partir da teoria de Hans Jonas inicia-se uma nova perspectiva. Na referida obra, apontada como referência no campo das éticas deontológicas⁵⁵, o autor procura demonstrar que, em face das transformações operadas ao longo dos anos na sociedade, e que por certo trouxeram reflexos das mais diversas ordens, a ética necessita repensar o agir humano.

Segundo Jonas, a modernidade, reconhecidamente marcada pela ética antropocêntrica, esteve distanciada da responsabilidade, pois aquela "dizia respeito ao relacionamento direto do homem com o homem, inclusive o de cada homem consigo mesmo"⁵⁶. Não havia uma preocupação com o agir vinculado a um planejamento de longo prazo. Tanto sob o ponto de vista do tempo quanto do espaço, havia proximidade de objetivos. Assim,

⁵³ HOGEMANN, Edna Raquel. Hans Jonas. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.480.

⁵⁴ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

⁵⁵ HOGEMANN, *op. cit.*, p.480-481.

⁵⁶ JONAS, *op. cit.*, p.35.

o comportamento correto possuía seus critérios imediatos e sua consecução quase imediata. O longo trajeto das consequências ficava ao critério do acaso, do destino ou da providência. Por conseguinte, a ética tinha a ver com o aqui e agora, como as ocasiões se apresentavam aos homens, com as situações recorrentes e típicas da vida privada e pública.⁵⁷

A racionalidade moderna era comprometida com o tempo presente. A sua razão era quase exclusivamente instrumental. Mediante uma crença na possibilidade de controle e previsibilidade dos eventos, acreditava-se que dessa forma seria possível apreender o todo, havia uma pretensão de segurança.⁵⁸ Pelos mandamentos da ética tradicional, tanto aquele que agia quanto o "outro" relacionado ao agir estavam pautados pelo tempo presente, havia uma previsibilidade da extensão tanto sob o aspecto espacial quanto temporal.⁵⁹

Nessa racionalidade, em que sujeito e objeto da ação eram vistos de forma neutra, em que havia uma tendência à compartimentarização das ações, parece evidente a insuficiência da ética então vigente para tratar de questões atinentes ao futuro, às futuras gerações.

Lourenço Zanconaro esclarece essa ordem de ideias afirmando que,

se, de um lado, a ética tradicional se preocupava com o "agir próximo" no âmbito da felicidade de cada um, vinculada ao conceito essencialista de homem, de educação e de história, de outro, deverá pensar num mundo estruturado em termos de eficácia e consumo. Se a ética convencional tem suas preocupações voltadas para o agir imediato, Jonas irá contrapô-las, refletindo as consequências futuras, os riscos e a possibilidade de não existir mais vida no futuro.⁶⁰

⁵⁷ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.35-36.

⁵⁸ No direito esse fenômeno é exteriorizado a partir dos movimentos de codificação.

⁵⁹ Hans Jonas elenca como exemplos de mandamentos e máximas da ética tradicional: "Ama o teu próximo como a ti mesmo"; 'Faze aos outros o que gostarias que eles fizessem a ti'; 'Instrui teu filho no caminho da verdade'; 'Almeja a excelência por meio do desenvolvimento e da realização das melhores possibilidades da tua existência como homem'; 'Submete o teu bem pessoal ao bem comum'; 'Nunca trate os teu semelhantes como simples meios, mas sempre como fins em si mesmos';" (JONAS, *op. cit.*, p.36).

⁶⁰ ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.38-39.

Com o incremento tecnológico, uma enormidade de ações é colocada diante do homem, com as quais este se vê obrigado a lidar, sem que a moldura da ética então vigente se mostrasse apta a atender aos seus reclames. Com isso não se quer dizer que aquela se mostrasse absolutamente inútil; no entanto, dava mostras da sua insuficiência em face do seu alcance voltado ao imediato.

Diante dessas novas situações com as quais o ser humano é confrontado, as quais decorrem principalmente das transformações tecnológicas, as antigas proposições, limitadas a um agir próximo, se mostravam insuficientes. Apresenta-se um novo horizonte para a ética, não mais limitada a uma dimensão do indivíduo visto de forma insular, mas sob uma perspectiva de responsabilidade que se estende para além daquilo que está próximo, que se compromete tanto com o presente quanto com a permanência da vida futura.

É em razão da ética tradicional não possuir essa dimensão futura que "Jonas vai ao encontro de novos imperativos adaptados ao tempo e às novas exigências do agir, endereçados aos novos sujeitos de poder e aos que recebem os impactos da tecnologia, sempre em transformação"⁶¹.

O que era certeza na modernidade converteu-se em dúvida na contemporaneidade, inclusive a relação do homem com a natureza. O progresso científico alterou a relação de submissão que esta tinha para com aquele, denotando, sob o ponto de vista jonasiano, a crise da ética tradicional ocidental e da sua base principiológica para tratar com as novas modalidades de poder, pois limitava-se a considerar apenas as relações entre homens, sem relevar a relação homem natureza, a qual vinha se mostrando cada vez mais importante e complexa.⁶² O domínio da

⁶¹ ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.43.

⁶² *Ibid.*, p.44. Ainda explicando de forma mais pormenorizada a insuficiência da ética tradicional para tratar das transformações operadas a partir do incremento tecnológico, Zanconaro observa que "A ética tradicional salvaguardava a essência humana a partir do agir próximo, do amor, da fraternidade, da honestidade e do respeito. Os objetos não humanos não eram objeto de preocupação e, por isso, não podiam ter relevância ética. A atividade produtiva afetava muito pouco a natureza das coisas, não colocando em perigo a sobrevivência da humanidade. A técnica no sentido de arte (*poiesis* no sentido de arte criadora) era neutra eticamente (salvo a medicina). A relação homem e natureza não era de usurpação e não feria a integridade e a harmonia do objeto. Ambos mantinham uma relação de necessidade, de sobrevivência, não havendo a ideia de um 'avanço ilimitado'. Em outras palavras, 'a técnica ainda não estava revestida do rol de significação ética', não possuía poder de transformar o espaço de ação. [...] O quadro característico da ética

responsabilidade estava restrito às relações humanas. A verdadeira vocação do homem estava na esfera da *polis*, que era o *locus* próprio da ética, contexto este que qualificava toda a ética tradicional como essencialmente antropocêntrica.⁶³ Era um apego ao presente, ao agir repetido, sem qualquer visão de longo prazo, resignando-se ao desconhecido. Era nesse contexto que o saber e o querer também estavam limitados ao agir próximo, os quais, na teoria da responsabilidade de Hans Jonas, são apresentados de forma diversa.

Ambos são chamados a garantir a moralidade da ação circunstanciada a esses limites. Hans Jonas percebe em Kant que a ação, de acordo com a lei moral, não é exclusividade dos cientistas ou dos experts, mas é acessível "*a todos os homens de boa vontade*"; portanto, é um saber voltado ao "*aqui*" e ao "*agora*" como ato individual que encontra igualmente seu fim nele. A responsabilidade nessa geometria respondia sobre as realizações, as façanhas, os gestos e sobre as consequências como reparação dos danos causados aos outros ou sobre a ação efetiva. Jonas percebe que o sujeito da ação atual não é mais individual, mas coletivo. O sujeito individual não tem o mesmo poder de transformação das organizações. Em outras palavras, a esfera de decisão é impessoal ou coletiva.⁶⁴

O advento da técnica moderna introduziu alterações até então desconhecidas, com as quais a ética tradicional não estava acostumada a lidar.⁶⁵ As prescrições da ética da proximidade ainda valiam para aquilo que tangia ao cotidiano, ao presente, à intimidade, ou seja, ao que não tinha um conteúdo futuro. No entanto, como ressalta Jonas, ela "torna-se ensombrecida pelo crescente domínio do fazer coletivo, no qual ator, ação e efeito não são mais os mesmos da esfera próxima, o que

tradicional é sua '*adaptação às dimensões do agir humano determinado por seu fazer*'. A cidade era o lugar por excelência da moralidade; lá os homens comercializavam entre si, graças às leis que todos honravam". (ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.45 e 49)

⁶³ GIAOIA JUNIOR, Oswaldo. Hans Jonas: O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. **Cadernos de História e Filosofia da Ciência**, Campinas, v.6, n.2, p.68, jul./dez. 1996.

⁶⁴ ZANCONARO, *op. cit.*, p.52.

⁶⁵ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.39.

impõem à ética, pela enormidade de suas forças, uma nova dimensão, nunca antes sonhada, de responsabilidade"⁶⁶.

Como exemplo da radical diferença existente em relação à ética tradicional, o filósofo alemão menciona a atual situação de vulnerabilidade em que se encontra a biosfera, em face da modificação da natureza da ação humana em razão do incremento tecnológico, tornando-a potencialmente lesiva ao meio ambiente e ao próprio homem. Desse modo, a responsabilidade deve ser proporcional ao incremento do potencial da ação humana que interfere tanto sobre o homem quanto sobre a natureza.

Assim, se se tem poder sobre a natureza, há que se ter sobre ela também responsabilidade, inclusive nas escolhas que se faz, o que é salientado por Jonas:

a natureza como uma responsabilidade humana é seguramente um *novum* sobre o qual uma nova teoria ética deve ser pensada. Que tipo de deveres ela exigirá? Haverá algo mais do que interesse utilitário? É simplesmente a prudência que recomenda que não se mate a galinha dos ovos de ouro, ou que não se serre o galho sobre o qual se está sentando? Mas 'este' que aqui se senta e que talvez caia no precipício – quem é? E qual é o meu interesse no seu sentar ou cair?⁶⁷

Nesse novo contexto, o agir humano rompe com os limites da proximidade, tanto sob o ponto de vista espacial quanto temporal, prolongando-se as sequências de causa e efeito que são postas em movimento pela práxis tecnológica, operando-se de modo irreversível e em caráter cumulativo.

Com a auto-reprodução cumulativa implicada na transformação tecnológica do mundo, as condições iniciais e de cada um dos atos da série causal são completamente suplantadas a cada nova intervenção, o que cria, a cada nova ação, autênticas situações sem precedentes, para as quais são impotentes as lições da experiência anterior. Esse efeito cumulativo da auto-reprodução das transformações tecnológicas pode desfigurar inteiramente as condições originárias e fundamentais da própria sequência dessas transformações, alterando radicalmente, ou mesmo destruindo inteiramente, seus pressupostos iniciais.⁶⁸

⁶⁶ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.39.

⁶⁷ *Ibid.*, p.39-40.

⁶⁸ GIAOIA JUNIOR, Oswaldo. Hans Jonas: O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. **Cadernos de História e Filosofia da Ciência**, Campinas, v.6, n.2, p.70, jul./dez. 1996.

Dessa forma, percebe-se que esse novo modo de agir humano denota uma necessidade de se levar em consideração não apenas o interesse do próprio homem, o que era característico da ética antropocêntrica, mas também a sua relação com a natureza, e ainda esta considerada em si mesma, sob a qual também se é responsável.

Jonas parte da premissa de que a preservação da natureza não decorre de ela servir ao homem, mas de existir um dever neste sentido, que advém da própria existência da natureza. Reconhece-se a ela um direito próprio e uma significação ética autônoma.⁶⁹ Com isso, é possível dizer que o aumento da responsabilidade é diretamente proporcional ao incremento, no espaço e no tempo, das relações de causa e efeito, gerado pela prática tecnológica. Segundo Zanconaro, "esta é a ideia forte do pensamento de Jonas: o 'dever' é pensado a partir do 'poder-fazer'. O poder passa a ter sentido de obrigação moral diferente da obrigação contratual, isto é, da esfera do agir próximo"⁷⁰.

A preocupação de Hans Jonas tem caráter global, transcendendo à garantia de sobrevivência dos homens na Terra. Embora esta seja também uma preocupação sua, o que pretende com sua teoria é assegurar a permanência da vida, de forma ecossistêmica. "O dever com as gerações futuras é um dever da humanidade, independentemente se os seres são ou não nossos descendentes"⁷¹. As obrigações não podem estar restritas às relações próximas, por isso a importância do dever moral, "que leva em conta a obrigação com as condições globais da vida humana com o futuro que, em última instância, será manter sempre viva a possibilidade de existência"⁷².

⁶⁹ GIAOIA JUNIOR, Oswaldo. Hans Jonas: O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. **Cadernos de História e Filosofia da Ciência**, Campinas, v.6, n.2, p.71, jul./dez. 1996. Nas palavras de Hans Jonas: "Isso significaria procurar não só o bem humano, mas também o bem das coisas extra-humanas, isto é, ampliar o reconhecimento de 'fins em si' para além da esfera do humano e incluir o cuidado com estes no conceito de bem humano." (JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.41).

⁷⁰ ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.52.

⁷¹ BATTESTIN, Cláudia; GHIGGI, Gomercindo. O princípio responsabilidade de Hans Jonas: um princípio ético para os novos tempos. **Thaumazein Revista on-line semestral do Curso de Filosofia**, Santa Maria, n.6, p.75, out. 2010. Disponível em: <<http://sites.unifra.br/Default.aspx?alias=sites.unifra.br/thaumazein>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

⁷² ZANCONARO, *op. cit.*, p.56.

Diante desse contexto, Jonas conclui que a exigência de que este mundo exista no futuro reclama novos imperativos. Imperativos estes não mais de cunho individualista, mas sim voltados ao coletivo.

1.2.2 A necessidade de novos imperativos

Esta era marcadamente tecnológica exige, no entender de Jonas, um imperativo categórico que seja "adequado ao novo tipo de agir humano e voltado para o novo tipo de sujeito atuante"⁷³. Diferentemente do imperativo categórico kantiano ("age como se a tua máxima devesse servir ao mesmo tempo de lei universal – de todos os seres racionais"⁷⁴), que se dirige ao comportamento privado do indivíduo, o imperativo jonasiano se volta ao comportamento público e social⁷⁵, à dimensão coletiva, podendo ser assim enunciado:

'Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra'; ou, expresso negativamente: 'Aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida'; [...].⁷⁶

O conteúdo do imperativo proposto por Jonas demonstra a ênfase na dimensão futura e a preocupação com as gerações que estão por vir.

⁷³ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.47.

⁷⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009. p.87.

⁷⁵ HOGEMANN, Edna Raquel. Hans Jonas. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.481.

⁷⁶ Jonas ainda enuncia o referido imperativo de outras duas formas: "'Não Ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra'; ou, em uso novamente positivo: 'Inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer'". (JONAS, *op. cit.*, p.47-48).

Em Jonas está o caráter público e objetivo da responsabilidade direcionada à existência concreta contra a escolha privada e subjetiva em Kant. Em Kant a universalização é hipotética; em Jonas a responsabilidade é com 'políticas públicas' e o 'bem comum'.⁷⁷

Por esse imperativo admite-se que se arrisque a própria vida, mas não a da humanidade.⁷⁸ A primeira seria uma escolha do próprio indivíduo, voltada aos seus interesses e realizações, o que seria admissível. Já a segunda não seria possível, pois o indivíduo não tem o direito de escolher pela não existência das gerações futuras; esta opção extrapolaria a sua esfera de atuação. "O novo imperativo clama por outra coerência: não a do ato consigo mesmo, mas a dos seus efeitos finais para a continuidade da atividade humana no futuro"⁷⁹.

Dessa forma, pode-se dizer que a ética de Jonas tem um valor universal, não porque todos agem da mesma maneira, mas porque ao agir buscando a preservação das gerações futuras estar-se-á defendendo a vida de todos.⁸⁰ Assim, do subjetivismo e da lógica instantânea que marcaram o pensamento kantiano, "Jonas desloca-se em direção a um futuro previsível, como dimensão aberta de responsabilidade, e nisto reside a coerência do imperativo"⁸¹.

A seguir serão apresentadas algumas categorias sobre as quais se funda a referida ética da responsabilidade, quais sejam: a heurística do temor e a responsabilidade paterna. Com isso será possível uma melhor compreensão da sua teoria para que, posteriormente, possa ser feito o seu aporte ao Direito de Família brasileiro.

⁷⁷ ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.62.

⁷⁸ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.48.

⁷⁹ *Ibid.*, p.49.

⁸⁰ HOGEMANN, Edna Raquel. Hans Jonas. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.481.

⁸¹ ZANCONARO, *op. cit.*, p.63.

1.2.3 A heurística do temor

Os fundamentos da ética da responsabilidade, tal como exigida pelo agir tecnológico, passam pela doutrina dos princípios da moral, não podendo suas reflexões estar confiadas à esfera da emoção.⁸² Essas devem "legitimar-se teoricamente a partir de um princípio inteligível"⁸³.

A incerteza sobre a continuidade da vida no futuro, a ameaça de ela não se aperfeiçoar podendo, portanto, tornar "inoperante a perspectiva ética de uma responsabilidade em relação ao futuro", justifica a sua inclusão na teoria ética, bem como o surgimento de um princípio que funcione como prescrição prática.⁸⁴

Assim, percebe-se que a primeira contribuição aos princípios da ética da responsabilidade é o que Jonas chama "heurística do temor", definindo-a como "o meio pelo qual podemos adquirir uma maior consciência do perigo e, assim, ter o dever de atuar seguindo uma ética da responsabilidade"⁸⁵.

Diante das incertezas e dos riscos advindos das práticas tecnológicas, Jonas propõe que se aja com precaução e cautela, pois a avaliação da ação deve ser feita tendo por base os seus piores prognósticos⁸⁶, sendo "necessário dar mais ouvidos à profecia da desgraça do que à profecia da salvação"⁸⁷. É justamente por existir a dúvida quanto ao que está por vir, às consequências do agir, que o temor permitirá que se aja com mais prudência diante do desconhecido.

⁸² JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.69.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Ibid.*, p.77.

⁸⁵ HOGEMANN, Edna Raquel. Hans Jonas. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.481.

⁸⁶ ALENCASTRO, Mario Sergio. Hans Jonas e a proposta de uma ética para a civilização tecnológica. **Sistema Eletrônico de Revistas da Universidade Federal do Paraná - Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Curitiba, n.19, p.21, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/made/issue/view/947>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

⁸⁷ JONAS, *op. cit.*, p.77.

A ética da responsabilidade, ao admitir a possibilidade de destruição da vida no universo, na realidade, o que propugna é pelo "sim à vida". Nesse aspecto o temor em muito contribui para a sua manutenção, pois o medo do colapso tem um sentido ontológico afirmativo, na medida em que se recomenda que se aja com prudência.⁸⁸ Sobre essa questão, Zanconaro adverte que

O problema ético se revela quando fazemos a "previsão de destruição" da natureza humana e extra-humana. Trata-se de uma antecipação preventiva contra uma "possível ameaça" como "imagem verdadeira" que é a possibilidade de deformação. A ameaça e o medo assumem um papel de dever de saber sobre as consequências, já que é mais fácil entendermos o que desejamos, por meio daquilo que contribui para o mal e para a negação da vida.⁸⁹

Assim, o temor, muito mais do que um convite à omissão, é um chamamento à ação, mas a um agir com prudência em relação ao objeto da responsabilidade, que, por sua vez, é vulnerável, pois se teme que algo possa acontecer com ele.⁹⁰ Dessa forma, percebe-se que o temor é parte essencial da responsabilidade.

O imperativo ético que propõe Jonas parte do medo ou, em seus termos, da *heurística do temor (Heuristik der Furcht)* – respeito mesclado com medo –, é o medo das consequências irreversíveis do progresso (manipulação genética poluição ambiental), o que nos obriga a agir imperativamente.⁹¹

A complexidade das relações causais na sociedade e na natureza fazem com que os prognósticos de longo prazo tenham um grau de incerteza maior do que os de curto prazo. Nem mesmo o desenvolvimento tecnológico, por maior que seja, mostra-se suficiente para diminuir o grau desta incerteza, uma vez que ela é inerente ao tempo futuro. Diante desse contexto, a heurística do terror se mostra necessária,

⁸⁸ ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.75.

⁸⁹ *Ibid.*, p.76.

⁹⁰ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.351.

⁹¹ HOGEMANN, Edna Raquel. Hans Jonas. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.481.

na medida em que "o medo se torna a primeira obrigação preliminar de uma ética da responsabilidade"⁹². Tal responsabilidade, para Jonas, "é o cuidado reconhecido como obrigação em relação a um outro ser, que se torna 'preocupação' quando há uma ameaça à sua vulnerabilidade"⁹³.

Assim, diante da necessidade de preservação da vida futura, percebe-se o caráter primordial do medo para a ética da reponsabilidade, medo este que não tem um sentido pessimista, "mas que caracteriza uma 'inquietação' com o futuro, em relação ao concreto e frágil"⁹⁴.

É por existir o medo que o ser humano, dentre as escolhas possíveis, acaba por agir com maior prudência, visando com isso proteger os futuros descendentes da humanidade, bem como toda a biosfera, das ações presentes.

A opção do ser humano, único ser conhecido que tem responsabilidade, em face da possibilidade que tem de escolher consciente e deliberadamente entre as alternativas que lhe são postas⁹⁵, deve ser sempre pela preservação do futuro da humanidade. Não tem ele o direito de escolher entre a existência ou não existência das gerações futuras. Ao contrário, há um dever para com o que ainda não existe.⁹⁶

Com isso, pode-se dizer que a liberdade do agir encontra seus limites na responsabilidade, pois só há liberdade se conjugada com responsabilidade. Assim, diante do potencial destrutivo da prática tecnológica, o agir humano encontra os seus limites naquilo que não venha a colocar em risco a vida futura. Na dúvida sobre o agir deve-se pautar pelo pior dos prognósticos, pois diante do medo imperará a prudência.

⁹² BATTESTIN, Cláudia; GHIGGI, Gomercindo. O princípio responsabilidade de Hans Jonas: um princípio ético para os novos tempos. **Thaumazein Revista on-line semestral do Curso de Filosofia**, Santa Maria, n.6, p.76, out. 2010. Disponível em: <<http://sites.unifra.br/Default.aspx?alias=sites.unifra.br/thaumazein>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

⁹³ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.352.

⁹⁴ ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.79.

⁹⁵ HOGEMANN, Edna Raquel. Hans Jonas. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.481.

⁹⁶ ALENCASTRO, Mario Sergio. Hans Jonas e a proposta de uma ética para a civilização tecnológica. **Sistema Eletrônico de Revistas da Universidade Federal do Paraná - Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Curitiba, n.19, p.22, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/made/issue/view/947>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

Um agir desta forma "proíbe o *'tudo ou nada'* e obriga a uma opção pelo *'ser'*, diante do *'nada'*. A *'heurística do temor'* indica exatamente essas *'possibilidades muito perigosas'*, podendo funcionar não como um simples conselho de *'prudência moral'*, mas como um mandamento irrecusável"⁹⁷, mandamento este de "responsabilidade em relação àquilo que vai ser".

1.2.4 Modalidades de responsabilidades

Na ética da responsabilidade proposta por Jonas, como visto, há uma intensa preocupação com o futuro, com a manutenção da vida. É justamente por buscar a preservação das gerações futuras que Jonas não trabalha com a ideia tradicional de direitos e deveres a serem exercidos de forma recíproca, naquela clássica fórmula de que a todo direito corresponde um dever. Para ele não haveria sentido em se estabelecer uma relação de reciprocidade quando, na sua ética, propugna por uma responsabilidade em relação a algo que ainda está por vir, de quem ainda está para nascer, e que, portanto, não é passível de retribuir ou de reivindicar.

Em outras palavras, estabelecidos os direitos do outro, são reciprocamente estabelecidas obrigações como respeitar e promover o respeito, na medida do possível. Tais fundamentos não se coadunam com os objetivos da ética da responsabilidade, por não admitirem a existência de reivindicações para a existência futura. No direito a exigência é recíproca e nunca em relação àquilo que ainda não "é". Esta proposição significa a superação da ideia anterior de reciprocidade da ética tradicional para a "não reciprocidade". O entendimento deve partir da premissa: não se pode exigir um direito daquilo que já "é", porque independe de qualquer ideia de direito ou de reciprocidade. Não se trata de atribuir um direito, mas ter responsabilidade por um bem já existente.⁹⁸

Jonas menciona como exemplo típico de responsabilidade exercida sem que haja uma relação de reciprocidade e já presente na ética tradicional, a responsabilidade

⁹⁷ ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.83.

⁹⁸ *Ibid.*, p.86.

paterna.⁹⁹ Nela há um dever de total entrega e não reciprocidade para com o outro. Tanto é assim que, conforme será mais bem explicado no item subsequente, Jonas a tem como arquétipo de toda e qualquer responsabilidade.¹⁰⁰ Os filhos poderiam não existir caso os pais não "prosseguissem por meio da precaução e assistência". É uma responsabilidade que se exerce de forma incondicional.¹⁰¹ Mesmo que os pais possam esperar qualquer tipo de recompensa futura por parte dos seus filhos pelos esforços e cuidados despendidos, esta não é uma precondição para o exercício da responsabilidade.¹⁰² Defende Jonas ser esta a única classe de comportamento inteiramente altruísta fornecida pela natureza.¹⁰³

Jonas ainda estabelece uma diferença entre o dever para com os filhos e para com as futuras gerações. Enquanto a responsabilidade paterna seria originária do ato de procriar, o direito dos que estão por nascer seria inerente ao próprio ser que reivindica sua existência e cuidado, não sendo reflexo do outro. "A responsabilidade refere-se ao 'dever para com a essência' da humanidade futura. Seu fundamento é encontrado na articulação da metafísica da ética. Nela o 'dever' para com a existência indica continuidade [...]"¹⁰⁴.

Dessa forma, Jonas defende que a prioridade é com o dever, sendo o zelar o dever fundamental imediato, que "possibilitará a existência de futuros sujeitos de direitos futuros, sem que tenham solicitado"¹⁰⁵. Dada a necessidade de que a humanidade exista, é preciso que os nossos atos estejam com isso compromissados.

⁹⁹ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.89. Esta tese é fundamental para uma melhor compreensão do atual estado da arte do direito da família, o qual não pode ser entendido sob as mesmas premissas dos demais ramos do direito civil.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.90.

¹⁰¹ *Ibid.*, p.89.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.86.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.87.

Assim, o imperativo primeiro é o da vida, ou seja, que deve existir a humanidade.¹⁰⁶ É no contexto de valorizar a vida que surge a teoria da responsabilidade de Hans Jonas, na qual estabelece a distinção entre os conceitos jurídico, político e paterno de responsabilidade.

No conceito jurídico, a responsabilidade se apresenta como imputação causal dos atos realizados. Neste caso o agente responde pelos seus atos e é responsável por suas consequências, vindo por elas também a responder, em sendo o caso. Adverte Jonas que isso deve ser compreendido do ponto de vista legal e não moral, ou seja, basta que o agente tenha sido a causa ativa do dano, mediante a verificação de um nexos causal estreito com a sua ação, para que tenha o dever de repará-lo, não importando se esta causa tenha decorrido de um ato mau, e se suas consequências tenham sido previstas ou desejadas.¹⁰⁷

Na responsabilidade como imputação causal, o dever de responder pressupõe que as consequências do agir sejam próximas, ou seja, não tenham se perdido no imprevisível, mas pode ser ela livre de qualquer culpa.¹⁰⁸ Há uma busca pela reparação dos danos causados, bem como pela sua indenização nos termos da lei.

No entanto, Jonas percebeu que essa responsabilidade como imputação causal não se prestava a atender aos anseios da sua ética do futuro, na medida em que tal responsabilidade está limitada a ações já praticadas, ou seja, do que já foi feito. A esse respeito, Paul Ricoeur esclarece:

Partamos do que é mais conhecido da ética de Jonas, a saber, a reorientação para o futuro do conceito ordinário de responsabilidade, que o autor considera limitado pelo olhar retrospectivo lançado sobre ações já praticadas. Desse ponto de vista, a ampliação da responsabilidade às consequências da ação não muda nada, na medida em que se trata de consequências próximas, por exemplo, um dano que se espera que o seu autor repare, ou um delito

¹⁰⁶ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.94.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.165.

¹⁰⁸ Jonas cita como exemplo o esquecimento do prego na ferradura do cavalo; diz ele: "O esquecimento do famoso prego na ferradura não pode tornar o aprendiz de ferreiro responsável pela derrota na batalha e pela perda do reino. Mas o cliente imediato, o cavaleiro do cavalo, teria direito a queixar-se junto ao ferreiro, o qual seria 'responsável' pela negligência do seu aprendiz, sem que a ele mesmo coubesse qualquer acusação. Aqui, a negligência seria a única coisa a ser considerada moralmente culpada, e ainda em um grau trivial; mas o exemplo mostra como a responsabilidade em reparar um dano pode ser livre de toda a culpa (da mesma forma que a responsabilidade cotidiana assumida pelos pais em relação aos seus filhos)." (*Id.*).

pelo qual o autor é obrigado a sofrer a pena; esse futuro próximo implicado no uso do conceito de responsabilidade do direito civil ou penal, ainda faz parte da esfera de ação controlada pelo próprio agente e se inscreve em uma relação de reciprocidade entre este e a vítima eventual que sofreu, por seu lado, dano ou prejuízo. Nesse sentido o conceito de responsabilidade não se distingue do de imputabilidade.¹⁰⁹

Jonas propõe uma ampliação da visão de responsabilidade, passando a tratá-la num sentido moral, como responsabilidade pelo que se tem a fazer; "uma noção em virtude da qual eu me sinto responsável, em primeiro lugar, não por minha conduta e suas consequências, mas pelo objeto que reivindica meu agir"¹¹⁰. Neste caso, diante de uma ética da responsabilidade do futuro¹¹¹, que visa à sobrevivência da humanidade, não haveria sentido em permanecer operando com a responsabilidade como imputação, na medida em que ela dá conta apenas de consequências próximas e trabalha com a lógica da reciprocidade.

A responsabilidade tratada em relação ao futuro passa a dialogar com os conceitos de prevenção, preservação, custódia, conservação, sobrevivência, cuidado, prudência.¹¹² Passa ela a se expressar, segundo Paul Ricoeur, por meio de novas construções gramaticais, explicitando, assim, o deslocamento do objeto da responsabilidade, sendo este o cuidado preventivo e a prudência diante do vulnerável.¹¹³

¹⁰⁹ RICOEUR, Paul. Ética e filosofia da biologia em Hans Jonas. In: _____. **A região dos filósofos**. Tradução de Marcelo Perine e Nicolàs Nymi Campanário. São Paulo: Loyola, 1996. p.229-230.

¹¹⁰ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.167. Para Paulo Lobo, do ponto de vista do direito, essa noção de responsabilidade proposta por Jonas "como determinação do que se tem a fazer se enquadraria como obrigação de fazer, ao lado da tradicional obrigação de reparar, que era o campo até então da responsabilidade civil negocial ou extranegocial". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte, v.12, p.8, 2009).

¹¹¹ Edna Raquel Hogemann esclarece que a ética da responsabilidade de Jonas "pretende ser uma ética do futuro sem ser uma ética no futuro concebida para que algum dia a levem a cabo as gerações futuras, senão que uma ética que, desde hoje e sempre preocupada com o futuro". (HOGEMANN, Edna Raquel. Hans Jonas. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.482).

¹¹² ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.156.

¹¹³ RICOEUR, Paul. O conceito de responsabilidade: ensaio de análise semântica. In: _____. **O justo ou a essência da justiça**. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p.53.

Evidencia-se, com isso, a distinção entre responsabilidade jurídica e moral. "No plano jurídico, declara-se o autor responsável pelos efeitos da sua ação e, entre estes, pelos danos causados. No plano moral é pelo outro homem, o outro, que se é considerado responsável"¹¹⁴.

Assim, enquanto no direito a noção de responsabilidade permanece ligada à ideia de dano, na moral a isto não se reduz, se é responsável pelo outro. Conforme acentua Paul Ricoeur,

é pelo outro que está ao meu encargo que sou responsável. A responsabilidade já não se reduz ao juízo efetuado sobre a relação entre o autor da ação e os efeitos desta no mundo; estende-se à relação entre o autor da ação e aquele que a sofreu, a relação entre agente e paciente (ou receptor) da ação.¹¹⁵

Dessa forma, percebe-se que há um alargamento da noção de responsabilidade, na medida em que é estendida ao frágil e ao vulnerável. Pode-se dizer que essa ampliação, na esfera moral, acompanha a tendência contemporânea da responsabilidade civil de valorização da vítima, do risco e do dano. No entanto, mais do que isso, ela tem uma origem, no plano moral, ligada à

promoção da intersubjetividade como tema filosófico maior. Mais precisamente se seguirmos Emmanuel Levinas, mais do que foro interior, é do outro que a injunção moral é dita proceder. Ao tornar-se fonte de moralidade, o outro é promovido ao estatuto de objeto do cuidado, na medida da fragilidade, e da vulnerabilidade da própria fonte da injunção. O deslocamento torna-se então inversão: é-se responsável pelo dano porque, antes de mais, se é responsável pelo outro.¹¹⁶

As observações lançadas por Ricoeur permitem perceber que a ampliação do objeto da responsabilidade para o fim de alcançar o frágil e o vulnerável descaracterizam-na como difusa, voltando-a, em concreto, para o outro, num sentido de afirmação à vida. Além disso, estas mesmas ordens de observações permitem que se reflita sobre qual a extensão, no espaço e no tempo, da responsabilidade

¹¹⁴ RICOEUR, Paul. O conceito de responsabilidade: ensaio de análise semântica. In: _____. **O justo ou a essência da justiça**. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p.54.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.*

pelos nossos atos.¹¹⁷ Segundo Ricoeur, a resposta poderia ser obtida a partir da consideração da extensão dos poderes exercidos pelos seres humanos sobre outros seres humanos e sobre a natureza. Sendo assim, haverá uma proporcionalidade entre a extensão da responsabilidade, o exercício dos poderes no tempo e no espaço, e os prejuízos ligados a ele, quer sejam previsíveis, quer prováveis ou possíveis.

Daí a trilogia poderes-prejuízos-responsabilidade. Dito de outro modo, tão longe quanto se estendem os nossos poderes assim também se estendem as nossas capacidades de provocar prejuízos e igualmente a nossa responsabilidade pelos danos. É deste modo que podemos justificar, tal como Hans Jonas com o *Princípio Responsabilidade*, este duplo movimento da responsabilidade, para montante, até aos procedimentos de precaução e de prudência requeridos por aquilo a que chama a "heurística do medo", e para jusante, até aos efeitos potencialmente destruidores da nossa ação.¹¹⁸

É justamente em razão dessa "heurística do temor" que se faz necessário um agir humano prudente com vista a possibilitar a vida dos que ainda não existem. Daí porque,

o vínculo entre responsabilidade e perigo para a humanidade que está por vir impõe que se acrescente ao conceito de responsabilidade um traço que o distinga definitivamente do da imputabilidade; considera-se responsável, sente-se afetivamente responsável, aquele a quem é confiada a guarda de algo perecível; o objeto ou, melhor dizendo, o correspondente da responsabilidade é o perecível enquanto tal.¹¹⁹

Assim, nesse novo tipo de responsabilidade, que é aquele que tem em mente quando se trata de uma ética do futuro, o que deve prevalecer é o compromisso com a existência.

¹¹⁷ RICOEUR, Paul. O conceito de responsabilidade: ensaio de análise semântica. In: _____. **O justo ou a essência da justiça**. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p.55.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ RICOEUR, Paul. Ética e filosofia da biologia em Hans Jonas. In: _____. **A região dos filósofos**. Tradução de Marcelo Perine e Nicolàs Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 1996. p.230.

1.2.5 O significado de agir irresponsável

Para Jonas, a melhor forma de abordar a referida noção de responsabilidade, que é determinada pelos fins, é perguntando o que pode ser entendido como um agir irresponsável, devendo-se excluir o sentido formal de irresponsável, ou seja, aquele que não é capaz de assumir responsabilidade, portanto, inimputável.¹²⁰

Para demonstrar no que consistiria o agir irresponsável, Jonas faz uso do exemplo do jogador de cassino. Quando este arrisca todo o seu patrimônio, age de forma imprudente; porém, tratando-se de patrimônio de outro, age de maneira criminosa. No entanto, caso o jogador seja pai de família, age irresponsavelmente, mesmo que o patrimônio seja seu, que ganhe ou que perca, e isso ocorre porque só pode agir de forma irresponsável aquele que assume responsabilidade.¹²¹ A responsabilidade propugnada por Jonas é do tipo mais abrangente e duradoura, pois a ação inclui uma obrigação.¹²²

Ainda, mantendo-se na intenção de ilustrar um agir irresponsável, Jonas menciona o exemplo do motorista que conduz um automóvel de forma temerária, o qual seria imprudente com relação a sua pessoa, mas irresponsável quando, ao assim agir, põe em risco a vida dos passageiros. Quando o motorista acolhe os passageiros em seu veículo se torna por eles responsável, ainda que de forma temporal e limitada, ou seja, até que o percurso seja completado, pois normalmente não exerce qualquer tipo de responsabilidade quanto a essas pessoas.¹²³

¹²⁰ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.168.

¹²¹ *Id.*

¹²² ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.126.

¹²³ JONAS, *op. cit.*, p.168.

Nos dois exemplos acima mencionados, não há uma relação de reciprocidade definidora de responsabilidades. Seja por determinada circunstância ou convenção,

encontram-se sob meus cuidados o bem-estar, o interesse e o destino de outros, ou seja, o controle que tenho sobre eles inclui, igualmente, a minha obrigação para com eles. O exercício do poder sem a observação do dever é, então, 'irresponsável', ou seja, representa uma quebra da relação de confiança presente na responsabilidade.¹²⁴

Faz parte dessa relação a existência de atribuições e competências desiguais.

Para Jonas, um aspecto que merece ainda ser aclarado diz com a possibilidade de haver responsabilidade entre pessoas absolutamente iguais. Nesses casos entende que o que existe são relações que podem ser descritas como de solidariedade, como o que ocorre nos empreendimentos comuns, sendo exemplo disso a escalada de uma montanha, nos esportes coletivos, nas guerras e até mesmo entre irmãos.¹²⁵ Nesses casos o verdadeiro objeto da responsabilidade, ao fim e ao cabo, não seria o bem-estar do outro, mas sim o sucesso do empreendimento, o que faz com que a relação de responsabilidade só surja quando alguém reclama por auxílio.

A responsabilidade existente entre irmãos é classificada por Jonas como de carácter horizontal, sendo ela sempre mais débil e incondicional do que aquela estabelecida entre pais e filhos, a que chama de vertical, e se caracteriza por ser global e permanente, estendendo-se a todos os aspectos referentes ao cuidado e até que os filhos se tornem adultos.¹²⁶ É justamente em razão dessas características da responsabilidade parental que nela o risco de existir negligência é sempre maior, sendo esta a forma mais perigosa de irresponsabilidade, pois não envolve nenhum ato positivo, é imperceptível e não intencional.¹²⁷

¹²⁴ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.168. Nesse poder mencionado por Jonas inclui-se o exercício dos poderes privados, dentre eles o poder familiar.

¹²⁵ ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.130.

¹²⁶ JONAS, *op. cit.*, p.170.

¹²⁷ A responsabilidade parental, dentre aquelas específicas tratadas por Jonas, é a que mais interessa a este trabalho, motivo pelo qual, a ela será dedicado um item próprio.

Jonas ainda estabelece mais uma ordem de diferenciação entre responsabilidade natural e contratual. A primeira não depende de aprovação prévia; é irrevogável, não rescindível e engloba a totalidade do objeto, cujo principal exemplo é a responsabilidade parental. Já a responsabilidade contratual é artificial, depende de aceitação, portanto, passível de renúncia, está limitada à situação para a qual foi criada, seja em relação ao conteúdo, seja ao tempo de duração. Enquanto na responsabilidade natural a sua força imperativa advém de si mesma, na responsabilidade contratual ela é extraída da força obrigatória do acordo.¹²⁸

Por fim, Jonas menciona a responsabilidade livremente escolhida do homem político, a qual "está enraizada no conceito de 'responsabilidade universal', à medida que se estende a tudo que é suscetível de cuidado"¹²⁹. Como exemplo emblemático tem-se do político que "ambiciona o poder para assumir responsabilidades e ambiciona o poder supremo para exercer responsabilidade suprema"¹³⁰.

Para Jonas, a responsabilidade parental e a responsabilidade política são aquelas que mais têm aspectos em comum e mais podem ensinar a respeito da essência da responsabilidade. Tendo em vista o objeto desta dissertação, o item seguinte se limitará a analisar a responsabilidade parental.

1.2.6 Responsabilidade parental

Responsabilidade que tem por objeto os frutos da procriação e cuja origem primeira encontra-se diretamente no ato de procriar, bem como na total dependência da criação, a responsabilidade parental se exerce num âmbito íntimo e imediato, na

¹²⁸ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.170.

¹²⁹ ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.131.

¹³⁰ JONAS, *op. cit.*, p.171.

medida em que seu objeto está presente de forma concreta para o responsável.¹³¹ "Ser pai é ser responsável pela própria condição de alento que o recém-nascido exige. É uma responsabilidade com a vida, inseparável do 'bem substancial', porquanto exige dever de cuidado em relação ao frágil"¹³².

Em sendo o homem o único ser dotado de responsabilidade, o arquétipo de toda a responsabilidade é aquela do homem pelo homem. Como ser vivente, o homem tem como fim a própria existência, no que coincide com os demais seres vivos, deles diferindo no fato de que pode assumir a responsabilidade para garantir os fins próprios para a sua existência e dos demais seres. É nesta medida que Jonas sustenta que é por viver entre seres humanos que a pessoa é responsável por alguém e também é de responsabilidade de outros¹³³, restando aí a diferença entre a não reciprocidade presente na sua noção de responsabilidade e a reciprocidade característica da responsabilidade contratual.

Quando Jonas fala em reciprocidade o diz em um sentido ontológico e não contratual, ou seja, voltado ao arquétipo de toda a responsabilidade, do homem para com o homem, voltado a possibilitar o seu próprio existir, em que se é, um para o outro, objeto da própria responsabilidade.

Pode-se dizer que a experiência dessa responsabilidade arquetípica é realizada pela primeira vez na paternidade, no cuidado que é despendido ao outro.¹³⁴

Como características comuns das responsabilidades interpessoais, colocadas por Jonas como a política e a parental, têm-se a totalidade, a continuidade e o

¹³¹ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.173-174. Ainda quanto à responsabilidade parental, Hans Jonas acrescenta que nenhum outro tipo de relação humana é capaz de reproduzir as condições subjetivas e objetivas inerentes à relação pai e filho. Afirma que a consciência dos pais de serem os autores da nova vida, o apelo à vida da criança carente de proteção e o amor espontâneo não são passíveis de ser copiados pelas outras relações, por isso a primazia incontestável da relação parental. (p.182).

¹³² ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.132.

¹³³ JONAS, *op. cit.*, p.175.

¹³⁴ *Id.*

futuro, as quais se expressam de forma diversa em cada tipo de responsabilidade, interessando-nos os aspectos atinentes à responsabilidade parental.¹³⁵

A totalidade se apresenta na responsabilidade parental na medida em que o seu objeto é o filho em todas as suas dimensões e necessidades, que transcendem ao aspecto físico. Tudo o que diga respeito ao filho está englobado, na sua educação, no seu sentido mais amplo, incluindo suas capacidades, comportamentos, caráter, conhecimentos, desenvolvimento e, se possível, sua felicidade, em suma, "o cuidado parental visa à pura existência da criança e, em seguida, visa a fazer da criança o melhor dos seres"¹³⁶.

Por meio da educação a criança é introduzida no mundo dos homens. A partir do momento em que adquire os conhecimentos de linguagem, será a ela transmitido todo o conjunto de crenças e normas sociais, cuja apreensão lhe permitirá tornar-se membro de uma sociedade mais ampla.¹³⁷ Com isso, percebe-se que há uma comunicação entre o público e o privado, tendo o Estado também um dever para com a educação dos filhos, cabendo aos pais nele confiar.

Assim como os pais educam os filhos 'para o Estado' (e para muitas outras coisas), o Estado assume para si a educação das crianças. [...]. Ou seja, o Estado não quer apenas receber cidadãos já formados, quer participar da sua formação. Ele pode inclusive, em casos especiais, assumir a defesa da criança contra os pais dela.¹³⁸

Cabe ainda dizer que do caráter total da responsabilidade paterna, a qual se exerce mediante a tomada de decisões e redirecionamentos constantes, advém a sua continuidade.

Conforme já dito em momentos anteriores, a responsabilidade de que se está a tratar não tem caráter contratual, ela se prolonga em direção ao futuro visando à preservação da vida, o que impede que ela possa ser interrompida, devendo estar

¹³⁵ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.175.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Ibid.*, p.181.

¹³⁸ *Id.* Cita-se como exemplo a educação obrigatória.

sempre presente e apreendida na sua historicidade. A assistência paterna não pode "tirar férias"¹³⁹.

Na responsabilidade paterna a continuidade se verifica "no indivíduo concreto, no desenvolvimento individual da criança, que possui sua história pessoal e adquire historicamente sua identidade"¹⁴⁰. Assim, há um compromisso de continuidade com a vida.

Nesse contexto, o futuro aparece como uma preocupação no aspecto temporal, adquirindo novo significado se comparado às responsabilidades contratuais, em que a preocupação é de caráter momentâneo.

A paternidade e a educação dizem respeito a homens que estão se formando e possuem fases determinadas, devendo cada fase ser percorrida num dado momento, até que se chegue à vida adulta, quando o indivíduo conquista a sua liberdade e autonomia, cessando a sua relação com a criança e também a responsabilidade paterna.

A educação visa, portanto, a autonomia do indivíduo, a sua capacidade de responsabilizar-se. Uma vez atingida, ela se finda no tempo, de acordo com a sua própria lei, visto que os indivíduos são determinados geneticamente e culturalmente.¹⁴¹ Desse momento em diante, aquele que até então era objeto de responsabilidade se torna sujeito de responsabilidades.

É a partir do momento do nascimento de uma vida que se abre o caminho para o recomeçar da humanidade, para a continuidade da sua existência. O apelo do recém-nascido pelo acolhimento denota a sua fragilidade, gerando um dever

¹³⁹ JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.185. Visando esclarecer a diferença entre a continuidade existente na responsabilidade paterna e a temporalidade característica da responsabilidade contratual, mencionam-se dois exemplos: a responsabilidade de um médico, que termina com a cura do paciente, ou a de um capitão de um navio, que se finda com a conclusão do percurso. (ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.138).

¹⁴⁰ *Id.* Nas palavras de Jonas: "No caso da responsabilidade paterna, voltada de forma tão exclusiva para o indivíduo singular, o horizonte da responsabilidade duplica-se. O primeiro horizonte, mais estreito, engloba o dever individual da criança, que tem a sua própria historicidade e adquire uma identidade de forma histórica. Todo educador sabe disso. Mas, além disso, e de forma inseparável, encontra-se a comunicação da tradição coletiva com o seu primeiro som articulado e a preparação para a vida em sociedade." (JONAS, *op. cit.*, p.186).

¹⁴¹ ZANCONARO, *op. cit.*, p.140.

irresistível, incondicional e irrefutável de responsabilidade.¹⁴² Na manutenção da vida do recém-nascido está em jogo a continuidade dos homens, "por isso surge a responsabilidade diante de um objeto que não foi consultado previamente sobre o desejo ou não de existir"¹⁴³.

É possível perceber, assim, o papel central atribuído por Jonas à responsabilidade parental, considerando-a, inclusive, o arquétipo da responsabilidade.

O desenvolvimento desta noção de responsabilidade pelo que se tem a fazer amplia os limites da temporalidade para além do presente, projetando-a para o futuro, ou seja, há um dever para com as gerações futuras. Há de se agir em conformidade com uma ética da responsabilidade.

A teoria jonasiana, embora não pensada para o Direito de Família, pode a ele servir na medida em que fornece uma noção de responsabilidade menos vinculada na ideia de reciprocidade, esta típica da relação contratual. Ademais, afasta-se da noção de responsabilidade como reação a um comportamento passado, o que permite uma superação da noção de culpa que tão de perto acompanhou o Direito de Família ao longo dos anos.

¹⁴² ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998. p.150.

¹⁴³ *Id.*

CAPÍTULO 2

FUNDAMENTOS JURÍDICO-POSITIVOS DA RESPONSABILIDADE

Na contemporaneidade se vivencia um momento de interdependência entre liberdade e responsabilidade, ou seja, concomitantemente ao exercício das liberdades na família se exige que estas sejam acompanhadas de responsabilidades. O direito garante o exercício da liberdade às diversas entidades familiares, o que se encontra legitimado a partir da ética da responsabilidade. No entanto, isso nem sempre foi assim.

O presente capítulo tem por objetivo transitar entre os movimentos de codificação, que antecederam e sucederam a Constituição de 1988, bem como pela própria Constituição, para poder entender o contexto fático e jurídico em que foram elaborados.

A partir da compreensão das efetivas mudanças havidas na estrutura familiar ao longo dos anos, do ponto de vista social e legal, será possível entender como a manutenção das discussões e das resoluções dos conflitos de família sob pressupostos éticos anacrônicos, distanciados de um olhar para o futuro, em nada contribui para uma efetiva promoção e desenvolvimento dos membros que a compõem.

Diante disso, um transitar pelo Código Civil de 1916, pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002¹⁴⁴, concomitantemente a uma análise das características da família brasileira nesses períodos, servirá de fundamento para entender a importância do estudo da responsabilidade no atual momento em que vive o Direito de Família brasileiro, bem como para compreender o porquê da sua longa ausência de forma expressa nas Codificações.

¹⁴⁴ Neste trabalho não se ignora que ao longo destes anos outras legislações esparsas de cunho infraconstitucional também trataram de matérias de cunho familiar. No entanto, a opção pela análise dos Códigos Civil de 1916 e 2002 decorre de um necessário recorte, tomando-os como hipóteses de trabalho que, como tais, possuem seus limites. Outrossim, conforme será explicado nos respectivos subcapítulos, as Codificações, ainda que não sejam os representantes únicos das relações familiares, regulamentaram e regulamentam as relações familiares, no âmbito infraconstitucional, de forma mais abrangente do que qualquer outra legislação. Para o bem ou para o mal, sem que aqui se faça qualquer juízo de valor, é a legislação codificada ainda a mais utilizada para a solução dos litígios familiares, fator este que, por si só, já justificaria a referida opção de trabalho.

2.1 O CÓDIGO CIVIL DE 1916: O SILÊNCIO SOBRE A RESPONSABILIDADE

A compreensão da família na forma como hodiernamente se apresenta perante o direito passa por um olhar no passado. Entender o seu percurso histórico¹⁴⁵ é fundamental para um repensar da família do século XXI e, com isso, refletir sobre o papel da responsabilidade no Direito de Família. Se na atualidade a estrutura familiar, no Direito, não mais apresenta as mesmas características de outrora, por certo que tal decorre das transformações havidas na sociedade.¹⁴⁶

¹⁴⁵ A expressão "percurso histórico" não se confunde com uma história linear e factual da família perante o direito, limitando-se à reconstrução de fatos do passado. Ao analisar o retrato da família brasileira, em alguns momentos históricos, buscar-se-á traçar parâmetros para que se possa compreender, ao longo da dissertação, como a noção de responsabilidade poderá informar o Direito de Família. Analisando a imprescindibilidade de uma visão histórica do direito para uma efetiva compreensão do presente, Paolo Grossi, propõe uma compreensão da história do direito para além das mitologias jurídicas da modernidade, voltando-se para o estudo da vida concreta, não se satisfazendo com aquilo que é apresentado como dado, como imposto pelos detentores do poder. Cabe ao historiador estudar a efetiva história do direito e não apenas tomá-la como algo dado e descritivo que, não raro, serve às classes hegemônicas. Diz o autor: "A fisiologia do jurídico deve ser intimamente compenetrada com a fisiologia da sociedade, [...]. O direito, pela sua tensão a encarnar-se, antes de ser poder, norma, sistema de categorias formais, é experiência, ou seja, uma dimensão da vida social. Urge recuperar a juridicidade além do Estado e além do poder, urge recuperá-la para a sociedade como realidade global, como uma recuperação que é, antes de tudo, ofício do jurista" (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.65-66). Na mesma linha de raciocínio, Ricardo Marcelo Fonseca esclarece que "[...] voltar ao passado deixava de ser, no discurso dos historiadores, algo que fosse a busca do 'exemplo' dos antepassados e passava a ser a 'descrição objetiva', com enquadramento científico, do que já aconteceu. [...] a história do direito passa a ter uma função crítica, desmistificadora do formalismo jurídico que busca sempre 'isolar' o direito de seu tempo, funcionando desse modo como 'consciência crítica' dos demais juristas" (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. 1.^a reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p.30 e 36).

¹⁴⁶ Quando se fala em diferentes momentos históricos e transformações sociais não se está a tratar de "evoluções" ou "progressos" do momento posterior em relação àquele que o antecedeu. São épocas diversas, que, embora possam ser comparadas, não devem ser entendidas como etapas de algo que está em desenvolvimento. As lições de José Reinaldo de Lima Lopes são bastante esclarecedoras a esse respeito: "Mas na história surgem inovações, e há a contingência pura e simples. O direito é também uma invenção humana e uma invenção cultural muito particular. Às vezes, achamos que os romanos, os medievais e os iluministas dos séculos anteriores já pensavam as coisas que nós pensamos e só não conseguiam realizá-las por falta de meios. Podemos também crer que eles eram uns primitivos e que o inexorável progresso é que nos trouxe onde estamos e que só nós somos capazes do uso adequado da razão. Uma história crítica permite suspeitar de afirmações como estas. Somos um pouco dominados pela ideia do progresso: ou somos os progressistas, ou somos o ponto culminante de uma história de progressos" (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.7).

A partir de 1988 a Constituição Federal, de forma expressa, passou a garantir a igualdade entre homens e mulheres (art. 5.º, I, CF)¹⁴⁷, no entanto esta paridade de tratamento é algo recente na história jurídica brasileira¹⁴⁸ e impensável quando da edição do Código Civil de 1916.¹⁴⁹

No início do século XX, a condição feminina no Brasil ainda era de extrema desigualdade.¹⁵⁰ Pouco mais de uma década após a abolição da escravatura¹⁵¹

¹⁴⁷ Art. 5.º, I, CF: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

¹⁴⁸ Embora, na modernidade, inclusive em grande parte do século XX, a figura feminina estivesse relegada a um segundo plano, à sombra do homem, Engels destaca que, em se debruçando sobre a história da família no Ocidente, consegue-se perceber que na antiguidade a mulher, enquanto havia "*relações sexuais ilimitadas*", detinha um papel até mais importante que o homem na medida em que era ela quem determinava a ascendência genética. Nas palavras do autor: "O estudo da família começa, de fato, em 1861, com o Direito Moderno de Bachofen. Neste livro o autor formula as seguintes teses: 1. no início os seres humanos viveram relações sexuais ilimitadas (*schrakenlosem Gesschlechtsverkehr*) (impropriamente chamadas de heterismo por Bachofen); 2. estas relações excluíam toda possibilidade de estabelecer, com certeza, a paternidade, pelo que a filiação podia ser contada por linha feminina, segundo o direito materno, e isso se deu em todos os povos antigos; 3. em consequência desse fato, as mulheres como mães, como únicos progenitores conhecidos da jovem geração, gozavam de grande apreço e respeito, chegando, de acordo com Bachofen, ao domínio feminino absoluto (*genicocracia*); 4. a passagem para a monogamia, em que a mulher pertence exclusivamente a um só homem, incidia na transgressão de uma lei religiosa muito antiga (isto é, do direito imemorial que os outros homens tinham sobre aquela mulher), transgressão que devia ser castigada, ou cuja tolerância se compensava com a posse da mulher por outros, durante determinado período." (ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 2.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p.23).

¹⁴⁹ São diversos os dispositivos do Código Civil de 1916 que evidenciam a condição de inferioridade da mulher perante o homem, como, por exemplo: "Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n.º 1), ou a maneira de os exercer: II - as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal".

¹⁵⁰ Sobre a condição de desigualdade da condição feminina: CHIAMULERA, Iglair Terezinha Marquette. **A identidade política da mulher como unidade de gênero, em abordagem teórica sobre direitos humanos**. 222f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999.

¹⁵¹ A Lei Áurea (Lei Imperial n.º 3.353), sancionada em 13 de maio de 1888, extinguiu a escravidão no Brasil. Até a promulgação da referida Lei os escravos eram tidos como propriedade dos seus senhores, ou seja, como objeto de direito. Importava muito mais preservar a esfera privada e os direitos da elite, não se cogitando de uma intervenção do público sobre essas relações. "Nas sociedades ditas tradicionais, o privado se opunha ao público antes como poder do que como direito. É o poder privado do senhor sobre seus escravos que define essencialmente uma ordem escravista. Nesse campo, talvez mais do que em qualquer outro, o Império viveu uma situação peculiar que, de resto, compartilhou, pelo menos até meados do século – com a maioria das antigas colônias escravistas do continente." (CASTRO, Hebert M. Mattos de. *Laços de família e direitos no final da escravidão*. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe de (Org.). **História da vida privada no Brasil: Império: a corte e a modernidade nacional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. v.2. p.338).

o país permanecia tímido na esfera de reconhecimento de direitos iguais a todos os cidadãos.¹⁵²

Se, nesse período, na Europa Ocidental e nos Estados Unidos, já era perceptível a ascensão feminina no mercado de trabalho e no âmbito de reconhecimento de garantias fundamentais e direitos civis¹⁵³, no Brasil este fenômeno demorou um pouco mais para se efetivar. À época dos estudos para a elaboração do primeiro Código Civil Brasileiro, o país se adaptava à nova configuração social pós-abolicionismo e à condição de Estado Republicano.

Já no velho continente e nos Estados Unidos da América, o processo de industrialização, iniciado em 1798, e que permeou o século XIX e início do século XX, dava início a modificações consideráveis na estrutura social e na família moderna. Ainda que em grande parte das famílias a separação entre trabalho doméstico e trabalho profissional mantivesse a atribuição daquele às mulheres e deste aos homens¹⁵⁴, com a saída da mulher ao mercado de trabalho, passou-se a questionar a ordem de estamento sexual até então estabelecida. Exemplo disso são as duas greves ocorridas na cidade de Nova York, EUA, entre 1910 e 1911, que marcaram a

¹⁵² Ambas as Constituições Federais, tanto a de 1824, como a de 1891, não reconheciam às mulheres o direito de voto. A primeira ainda restringia a participação no processo eleitoral apenas àqueles que tivessem determinada renda. O Código Eleitoral Provisório, Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, reconheceu às mulheres o direito ao voto, mediante o cumprimento de certos requisitos, os quais foram suprimidos em 1934, permanecendo apenas o seu caráter facultativo, o que deixou de vigorar com a Constituição de 1942, tornando-o obrigatório, assim como já ocorria com os homens. Nos EUA, o direito ao voto feminino se consolidou em 1920.

¹⁵³ Ao fazer um extenso estudo a respeito da casa e da família sobre diferentes aspectos, Rafaella Sarti analisa como se deu a saída da mulher para o mercado de trabalho na Europa e os espaços que elas passaram a ocupar, não só sob o ponto de vista econômico, mas também por meio da aquisição de direitos fundamentais até então a elas renegados. Adverte para o fato de que, mesmo na Europa, dada a centralidade da figura do "paterfamilias" os por ela chamados "direitos cidadania", em relação às mulheres e filhos, só foram se concretizando a partir do início do século XX, o que no Brasil só veio a ocorrer a partir da metade do referido século. (SARTI, Rafaella. **Casa e família: habitar, comer e vestir na Europa moderna.** Tradução de Isabel Tereza Santos. Lisboa: Estampa, 2001. p.358-361). Também Guilherme de Oliveira chama a atenção para o Decreto Português n.º 1 de 1910 que, embora de amplitude reduzida, expressou em seu texto o reconhecimento dos princípios da liberdade e da igualdade na sociedade conjugal, os quais foram definitivamente consagrados pela Constituição Portuguesa de 1976 – art. 36.º, n.º 3. (OLIVEIRA, Guilherme de. Dois numa só carne. **Revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres – APEM**, Porto. n.10, p.42-44, 2004).

¹⁵⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2011. p.166. Ainda sobre o tema PERROT, Michelle. Funções da família. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra.** Tradução de Denise Bottmann, Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v.4. p.91-106.

reivindicação por melhores condições de trabalho, diminuição da jornada de trabalho e aumento na remuneração das mulheres, o que em 1917 também se verificou na Rússia.¹⁵⁵

Enquanto isso no Brasil, concomitante ao declínio dos centros de produção agrária, operado pós 1888, verifica-se um incremento das cidades e sua paulatina independência em relação ao campo.¹⁵⁶ No entanto, nesse período, ainda não se observava uma efetiva industrialização no Brasil. As mulheres permaneciam subjugadas aos homens, assim como os filhos aos pais, sendo incipiente o ingresso daquelas no mercado de trabalho.

Se com a abolição da escravidão¹⁵⁷ operaram-se algumas mudanças na estrutura da sociedade¹⁵⁸, o mesmo não ocorreu, de imediato, nas famílias. Estas

¹⁵⁵ Não obstante esse movimento tenha sido repreendido pelas autoridades locais e pelos proprietários das indústrias com extrema violência, representou um importante passo para o reconhecimento de igualdade de tratamento entre homens e mulheres nos países já industrializados. Não foi por acaso que em 1910, na II Conferência Internacional das Mulheres, ocorrida na Dinamarca, propôs-se a criação de um Dia Internacional da Mulher, mas sem a definição de data. Isso somente veio a ocorrer em 1975, por meio de Decreto da Organização das Nações Unidas (ONU). Há que se deixar consignado que diversos são os autores que questionam a origem, hoje amplamente difundida, de que a escolha deste dia se deu em razão da propalada greve das operárias americanas de 1857. Para eles, a real justificativa para a definição do dia 08 de março como "Dia Internacional da Mulher" está na greve ocorrida na Rússia em 1917. Para uma melhor compreensão do tema (GIANNOTTI, Vitto. **O dia da mulher nasceu das mulheres socialistas**. 08 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.piratininga.org.br/memoria/mulheres-vito.html>>. Acesso em: 14 jan. 2012).

¹⁵⁶ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.171-172.

¹⁵⁷ Eduardo Spiller Pena, ao defender a sua tese de doutoramento na Universidade Estadual de Campinas, traz à tona a discussão sobre momentos que antecederam a abolição da escravatura, bem como o papel desempenhado pelos advogados da época, em especial aqueles que Compunham o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros (IAB). Constata, o autor, as frequentes discrepâncias entre a finalidade para a qual um dispositivo legal atinente aos escravos tinha sido concebido e a forma como ele era aplicado. (PENA, Eduardo Spiller. **Pajens da Casa Imperial: juriconsultos e escravidão no Brasil do século XIX**. 409f. Tese (Doutorado em História) - Departamento de História do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998).

¹⁵⁸ Embora a promulgação da Lei Áurea em 1888 tivesse implicado um maior desenvolvimento das cidades, não se pode daí presumir que a condição social dos libertos foi equiparada ao dos homens nascidos livres. Essa é a orientação que toma Hebe M. Mattos de Castro: "À quebra da autoridade senhorial, em princípio de 1888, não correspondeu uma identificação imediata entre os libertos e os homens e mulheres nascidos livres que viviam como pequenos proprietários, posseiros ou agregados nas vizinhanças das fazendas. Não se tentou, ou não se julgou possível, quebrar prontamente as relações costumeiras que davam suporte econômico e social a esses grupos. [...]. Costuma-se alegar que aos libertos nada foi concedido além da liberdade. Nem terras, nem instrução, nem qualquer reparação ou compensação pelos anos de cativeiro. Eles

ainda se conservavam heterossexuais, monógamas, patriarcais, hierarquizadas, matrimonializadas e transpessoais. Cabia à família, como acentuou Michelle Perrot, "assegurar a gestação da sociedade civil e dos 'interesses particulares', cujo bom andamento era essencial à atividade do Estado e ao progresso da humanidade"¹⁵⁹.

A partir do contexto em que foi elaborado o Código Civil de 1916 é que se pode entender o modelo de família da época. A chamada família codificada¹⁶⁰ nasce na sua representação jurídica com o referido Código.¹⁶¹

À mulher relegavam-se o papel de mãe-esposa-dona de casa. Essas eram as suas principais funções, destinando-se aos homens o exercício do trabalho fora do lar. A satisfação e a realização da mulher só seriam possíveis dentro de um lar, exercendo o papel de boa esposa e apta a gerar filhos.¹⁶² Cabia à mulher zelar para que o espaço privado da família guardasse harmonia e satisfizesse aos anseios do marido. A subordinação daquelas ao esposo era tão evidente que cabia a ele autorizar ou não sua esposa a trabalhar.¹⁶³

foram entregues à própria sorte, [...]". (CASTRO, Hebert M. Mattos de. Laços de família e direitos no final da escravidão. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe de (Org.). **História da vida privada no Brasil: Império: a corte e a modernidade nacional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. v.2. p.372 e 378).

¹⁵⁹ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Veja 25 anos: reflexões para o futuro**, p.77, abr. 1993.

¹⁶⁰ Heterossexual, monógama, patriarcal, hierarquizada, matrimonializada e transpessoal.

¹⁶¹ Esta dissertação não desconhece que o Código Civil não é o representante único das relações familiares, no entanto, toma-o como hipótese de trabalho que, como tal, tem os seus limites.

¹⁶² "No manual de economia doméstica 'O lar feliz', destinado às jovens mães, e 'a todos os quantos amam seu lar', publicado em 1916, mesmo ano em que foi aprovado o Código Civil da República, o autor divulga para um público amplo o papel a ser desempenhado por homens e mulheres na sociedade, e sintetiza utilizando a ideia do 'lar feliz' a estilização do espaço ideologicamente estabelecido como privado. 'Nem a todos é dado escolher a sua morada, pois em muitos casais a instalação depende da profissão do chefe', afirma o compêndio em consonância com o Código". (MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau (Org.). **História da vida privada no Brasil: República - da Belle Époque à era do rádio**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. v.3. p.374).

¹⁶³ O art. 242, do Código Civil de 1916 vedava de forma expressa o trabalho da mulher casada sem autorização do marido, podendo ser declarado inválido o ato por ela praticado, caso não houvesse decisão judicial neste sentido. *in verbis*: "Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido: VII - Exercer a profissão; art. 245. A autorização marital pode suprimir-se judicialmente: II - nos casos do art. 242, VII e VIII, se o marido não ministrar os meios de subsistência à mulher e aos filhos; art. 252. A falta não suprida pelo juiz, de autorização do marido, quando necessária (art. 242), invalidará o ato da mulher, podendo esta nulidade ser alegada pelo outro cônjuge, até 2 (dois) anos depois de terminada a sociedade conjugal.

A hierarquia entre os componentes da família era facilmente perceptível, cabendo ao homem, pai e chefe da sociedade conjugal, uma posição central. As historiadoras Marina Maluf e Maria Luíza Mott chamam a atenção para o fato de que os poderes do marido sobre a mulher iam além das previsões legais. No mundo dos fatos cabia a ele decidir praticamente todas as questões envolvendo a vida de seus familiares, inclusive, dos filhos do casal.¹⁶⁴ Castigos físicos, tanto para a mulher como para os filhos, não eram raros na sociedade brasileira das primeiras décadas do século XX. Nem a esposa nem os filhos eram tidos como sujeitos de direito. Imperava, na maior parte das famílias¹⁶⁵, o patriarcalismo e o paradigma adultocêntrico.¹⁶⁶

A família não estava voltada a satisfazer a felicidade de seus membros, o que se buscava era a sua estabilidade. O seu caráter transpessoal era evidenciado na proibição do divórcio e no não reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, chamados, pejorativamente, de espúrios, ilegítimos ou adulterinos. Por uma pretensa estabilidade familiar, relegavam-se a dignidade e a felicidade dos seus membros a um segundo plano.¹⁶⁷ Não se buscava o estabelecimento de uma comunhão de responsabilidades entre os entes familiares; o que se pretendia preservar era a entidade familiar, ainda que para isso os interesses pessoais dos filhos e das mulheres fossem tidos como direitos de "segunda classe".

O Código Civil de 1916, no capítulo atinente à família, embora extenso, com mais de trezentos artigos, em momento algum faz menção, de forma direta ou

¹⁶⁴ MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau (Org.). **História da vida privada no Brasil: República - da Belle Époque à era do rádio**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. v.3. p.376.

¹⁶⁵ A expressão "em maior parte" foi utilizada, pois Gilberto Freyre chama a atenção para o fato de que no Brasil não existia apenas a família patriarcal. Embora esta fosse a mais comum, não se podia ignorar a presença das famílias antipatriarcais, parapatriarcais e semipatriarcais. (FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51.ed. São Paulo: Global, 2006. p.130).

¹⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. **Um ensaio sobre a proibição da violência contra a criança e o adolescente no ambiente familiar contemporâneo**. No prelo.

¹⁶⁷ Percebe-se a preocupação com a manutenção da estabilidade da instituição familiar em detrimento dos interesses dos sujeitos nela envolvidos na medida em que o Código Civil de 1916 dificultava em muito as ações negatórias de paternidade (p. ex., art. 340 do Código Civil). Outorgava-se uma proteção muito maior aos filhos havidos na constância do casamento, em detrimento dos chamados "espúrios". Sobre o assunto: FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p.42-44.

indireta, à existência de eventual responsabilidade entre os membros da família. Muito mais voltado ao patrimônio do que aos direitos existenciais, esse Código visava regular a família como instituição, tendo como base a Constituição de 1891, de índole essencialmente liberal.

Nesse contexto, às mulheres mais se negavam do que reconheciam direitos. Até 1934 sequer detinham capacidade política e civil, esta última somente obtida por completo em 1962, com a Lei n.º 4.121/1962. A potestade que o marido exercia sobre a mulher era equiparada ao pátrio-poder que aquele detinha sobre os filhos.¹⁶⁸ O Código Civil de 1916 impedia, expressamente, que as mulheres livremente vendessem bens imóveis particulares que estivessem sobre seu domínio, independentemente do regime de bens, aceitassem ou recusassem herança, exercessem a tutela, a curatela ou o mandato.¹⁶⁹ Havia o predomínio do individualismo, em que imperava uma mentalidade patrimonialista, sem que se pensasse no "outro"¹⁷⁰ como sujeito de carne a osso.

A possibilidade de o homem poder trabalhar sem depender de qualquer autorização, bem como a sua superioridade física, colocava-o em uma situação confortável. O exercício do labor fora de casa tornava o marido o responsável, mesmo que formalmente, pela entidade familiar, pela sua manutenção, assistência e proteção. Era do esposo o papel dominante na sociedade conjugal.¹⁷¹

À mulher eram destinados os limites da casa. Cabia a ela servir ao marido. Havia uma clara definição do papel de cada um dentro da família. Se o homem era o provedor, à mulher relegava-se a responsabilidade pela honra familiar. Devia portar-se de forma adequada na sociedade e respeitar a moral e os bons costumes, para com isso não ofender a honra do seu cônjuge.

¹⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Vulnerabilidade nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.309.

¹⁶⁹ Art. 242, incisos II, IV, V, IX do Código Civil de 1916.

¹⁷⁰ "Outro" aqui no sentido daqueles que na época eram vulneráveis como as mulheres e os filhos.

¹⁷¹ MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau (Org.). **História da vida privada no Brasil**: República - da Belle Époque à era do rádio. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. v.3. p.381.

As vontades femininas eram pouco consideradas. Presumia-se que o seu querer estava circunscrito às vontades do marido, cabendo-lhe satisfazê-lo e criar os filhos. A mulher transitava entre o jugo paterno e a submissão marital.

A importância do casamento e da sua não dissolução, durante grande parte do século XX, é perceptível pela proibição do divórcio até 1977, quando então foi aprovada a Lei n.º 6.515/77.¹⁷² Os conflitos e as insatisfações que existiam na relação conjugal eram deixados em segundo plano em nome da preservação do matrimônio e, por que não dizer, também do patrimônio.

Nos discursos literários, religiosos¹⁷³ e jurídicos¹⁷⁴, defendia-se uma família matrimonializada, denotando a importância da manutenção desse modelo de família em detrimento dos interesses de seus membros, principalmente da mulher e dos filhos. A noção de culpa informava o sistema jurídico familiar, seja no campo legislativo¹⁷⁵, seja jurisprudencial.¹⁷⁶ Era a família transpessoal que dominava o cenário social e que assim perdurou até a promulgação da Constituição de 1988.

¹⁷² A Lei n.º 6.515 de 26 de dezembro de 1977 é conhecida como a Lei do Divórcio. Por meio dela procurou-se regular "os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências".

¹⁷³ Embora o Brasil já tivesse estabelecido como um Estado laico, até 1970 o catolicismo ainda era a religião absolutamente predominante no cenário nacional. Para se ter uma ideia, até 1970 mais de 90% dos brasileiros se declaravam católicos-apostólicos romanos. (IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tendência demográficas**: uma análise dos resultados da amostra do censo demográfico de 2000. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias_demograficas/tendencias.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2012). Deste modo, não se pode ignorar a influência da religião no estabelecimento dos costumes locais e nos modelos familiares predominantes.

¹⁷⁴ Sobre o tema, escreveu Luiz Edson Fachin: "Basta ver que o sistema jurídico tem embalado formas diferentes de redução da mulher com o traço de exclusão da condição feminina que marca o patriarcado, o qual, a seu turno, estrutura um modelo de família definido. O tratamento injustificadamente discriminatório deferido à mulher, quando menos é motivo suficiente para compreender as razões dessa exclusão da 'cidadania jurídica'". (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.87-88).

¹⁷⁵ A leitura do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 1916, destinado a tratar do Direito de Família, é informado pelo binômio culpado-inocente, como se percebe expressamente pela leitura dos artigos 232, 317. Neste último, são elencadas as causas culposas do então desquite.

¹⁷⁶ DESQUITE. CULPA RECÍPROCA. GUARDA DE FILHA MENOR. É incensurável a decisão que, em ação de desquite, considerando culpados ambos os cônjuges, determina, atendendo aos interesses morais da filha menor, a sua guarda por pessoa notoriamente idônea da família de um dos cônjuges, com quem aliás já se achava (código civil, art. 326, par. 2)./ recurso extraordinário desprovido. (STF – RE 70363, Relator(a): Min. Amaral Santos, 1.ª Turma, julgado em 05/10/1971, DJ 11-02-1972).

Por relações familiares só se entendiam as advindas do casamento. A ele vinculava-se a felicidade das pessoas, sendo marginalizados aqueles que nesse contexto não estivessem inseridos.¹⁷⁷ Havia uma moralidade dominante, um subjetivismo que parecia inerente às relações familiares, o que se percebe na atribuição de deveres conjugais e na correlata atribuição de culpa pelo fim do casamento.¹⁷⁸ Não se cogitava numa noção de responsabilidade, mas no estabelecimento de um padrão culpado e inocente – era esse o paradigma¹⁷⁹ dominante na época.

Embora ainda, por várias décadas, o casamento tenha permanecido como a instituição legitimadora da família e o homem como seu chefe, aos poucos a mulher foi ocupando espaços que, em momento anterior, eram quase exclusivamente masculinos.

No entanto, essa aspiração feminina no Brasil ainda se mostrava tímida, pois a ela eram colocados limites e empecilhos para o exercício de diversas profissões. Relegavam-se às mulheres as atividades consideradas a elas adequadas: professora,

¹⁷⁷ A esposa deixada pelo marido, a então chamada concubina, os filhos havidos fora do casamento, eram relegados à margem da sociedade, levando a pecha de uma condição de ilegitimidade. Gustavo Tepedino abordou de forma singular esta questão: "Poder-se-ia dizer que a disciplina do Código Civil de 1916, pela qual a tutela dos filhos estava vinculada à espécie de relação preexistente entre seus pais, respondia a uma lógica patrimonialista bem definida. Em primeiro lugar, os bens deveriam ser concentrados e contidos na esfera da família legítima, assegurando-se a sua perpetuação na linha consanguínea, como que resguardados pelos laços de sangue. Em seguida, em consequência, por atrair o monopólio da proteção estatal à família, o casamento representava um valor em si, identificava-se com a noção de família (legítima), de sorte que sua manutenção deveria ser preservada a todo custo, mesmo quando o preço da paz (formal) doméstica fosse o sacrifício individual de seus membros, em particular da mulher e dos filhos sob o pátrio poder. [...]. É precisamente neste contexto axiológico que, na esteira de tais mecanismos asseguradores da unidade formal da família, poderá ser compreendida a discriminação sofrida pelos filhos ilegítimos e adotivos, bem como a preocupação exagerada do legislador civil para com os aspectos patrimoniais das relações de filiação, manifestada na sucessão hereditária e nas normas reguladoras do pátrio poder [...]." (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: _____. **Temas de direito civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p.477)

¹⁷⁸ Dos Direitos e Deveres do Marido (arts. 233 a 239); Dos Direitos e Deveres da Mulher (arts. 240 a 255; arts. 315 e ss. Causas da dissolução do casamento.

¹⁷⁹ Conforme Thomas Kuhn, "o termo paradigma é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda constelação de crenças, valores, técnicas, etc..., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como bases para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal". (KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 1990. p.218).

enfermeira, datilógrafa, taquígrafa, secretária, telefonista, operária das indústrias têxtil, de confecções e alimentícia.¹⁸⁰

Cabia ao homem, pai e marido, a regência da família. O teor do Código Civil de 1916 refletia os valores da sociedade daquela época. Ao mesmo tempo em que se aspirava por uma sociedade voltada a afirmar o regime capitalista de produção, já tão em voga no Hemisfério Norte, não conseguia se desvincular das influências e dos ranços de uma sociedade tão dependente do campo.¹⁸¹ Como cabia ao "chefe da família" o exercício de todos os papéis decisórios, em face do caráter transpessoal da família, era difícil imaginar a construção de uma noção de responsabilidade, para além da contratual, nesse contexto.

É a partir da década de 1950, que se começa a verificar um incremento no número de mulheres frequentando ensino superior e exercendo atividades remuneradas fora do lar. A intensa urbanização¹⁸² operada no país, principalmente após 1960, traz consigo o aumento de mulheres no mercado de trabalho. O avanço do feminismo e a divulgação das reivindicações, na Europa e nos EUA, por participação mais ampla na esfera pública também foram fatores relevantes para a conquista de maior espaço feminino na sociedade brasileira.¹⁸³

Com o passar dos anos a insatisfação de grande parte das mulheres ante a total dependência financeira dos maridos, torna-se premente. Sendo assim, em 1962, com a edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4121/62), dispensou-se a necessidade de autorização marital para o exercício de atividade laboral fora do lar. Também foi a partir desta Lei que as mulheres deixaram de ser enquadradas como

¹⁸⁰ MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau (Org.). **História da vida privada no Brasil: República - da Belle Époque à era do rádio**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. v.3. p.402.

¹⁸¹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.30-31.

¹⁸² IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tendência demográficas: uma análise dos resultados da amostra do censo demográfico de 2000**. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias_demograficas/tendencias.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2012.

¹⁸³ MALUF; MOTT, *op. cit.*, p.398; 401. As autoras também ressaltam que esse fenômeno urbano é mais presente nas grandes cidades brasileiras e com menor intensidade Norte do país.

relativamente incapazes, relegando esta condição apenas aos maiores de 16 anos e menores de 21, aos pródigos e aos silvícolas.

O regime de exclusão até então vigente, fundado no sexo, sangue e família, em que a norma jurídica servia de instrumento para a inferiorização de determinados sujeitos¹⁸⁴ – principalmente mulheres e crianças – começa a ser questionado.

As mudanças havidas na sociedade passavam a respingar na família. Iniciava-se o momento de se "chegar do outro lado do espelho", para utilizar a expressão de Michelle Perrot. Mais do que uma análise da história da sociedade, dos grupos e das famílias, verificou-se a necessidade de lançar um olhar para a história dos indivíduos que as compõem.¹⁸⁵

2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O DESPERTAR PARA A RESPONSABILIDADE

As diversas modificações ocorridas no Direito de Família nas últimas décadas, principalmente após o advento do Estado Social, foram fruto das profundas transformações ocorridas na própria estrutura familiar, estas decorrentes das alterações operadas nas estruturas sociais, econômicas, culturais e políticas da sociedade.¹⁸⁶

O matrimônio como única forma de constituição da família passa a dividir espaço com outras entidades familiares, algumas já vigorantes de fato, mas não

¹⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. Família. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006. p.314.

¹⁸⁵ PERROT, Michelle. Introdução. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. Tradução de Denise Bottmann, Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v.4. p.12.

¹⁸⁶ Anthony Giddens chama a atenção para a necessidade de compreensão das novas formas de família em relação às transformações havidas na organização da sociedade, inclusive a nível global. (GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p.180).

'reconhecidas pelo direito, e outras que, de forma incipiente, começam a aparecer. Depara-se com o percurso da unicidade para a multiplicidade.¹⁸⁷

Também a figura patriarcal como centro irradiador de poder na família e definidor de hierarquias no seu seio passa a ser colocada em xeque. Não é mais apenas a vontade do pai ou do marido que devem ser consideradas como determinantes e representativas do querer de todos os integrantes da família. As mulheres e os filhos passam a ocupar os seus lugares de protagonistas e não mais de meros coadjuvantes e objetos nas relações familiares.

A figura do então chefe da família se mostra anacrônica, na medida em que a coesão familiar deve ser buscada não na autoridade de um dos seus membros, mas, sim, na comunhão de vontades, na afetividade e na divisão de responsabilidades.¹⁸⁸

A família institucionalizada, numerosa¹⁸⁹ e caracterizada como unidade de produção dá lugar ao grupo familiar reduzido numericamente¹⁹⁰, marcado pela

¹⁸⁷ O modelo de família aristocrático, matrimonializado, hierarquizado, patriarcal, típico dos séculos XVIII e XIX, começa a dialogar com outros modelos de família. Sobre o tema, TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Temas de direito civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.393-418; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.12, p.40-55, jan./mar. 2004.

¹⁸⁸ Nesse sentido para José Lamartine e Francisco Muniz, "a concepção eudemonista da família progride à medida que ela regride ao seu aspecto instrumental. E, precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa – para a realização dos seus interesses afetivos e existenciais". (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2000. p.13). Ainda, para maior aprofundamento a respeito da afetividade, entendendo-a como princípio jurídico: CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contextos e efeitos**. 287f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

¹⁸⁹ "Nos domínios rurais é o tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho direito romano-canônico, mantidas na península Ibérica através de inúmeras gerações, que prevalece como base e centro de toda a organização. Os escravos das plantações e das casas, e não somente escravos, como os agregados, dilatam o círculo familiar e, com ele, a autoridade imensa do pater-familias. Esse núcleo bem característico em tudo se comporta como seu modelo da Antiguidade, em que a própria palavra 'família', derivada de *famulus*, se acha estreitamente vinculada à ideia de escravidão, em que mesmo os filhos são apenas os membros livres do vasto corpo, inteiramente subordinado ao patriarca, os *liberi*." (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.81).

¹⁹⁰ Segundo Eduardo de Oliveira Leite, a partir da segunda metade do século XX a família passa a ter novos contornos. Nas palavras do autor: "Esquematizava-se com traços marcantes a nova família, a família nuclear, que tende a se manter invulnerável até o final do século. Perdia a grande família, deslocava-se para a sociedade conjugal, a primazia exercida pelo parentesco. Ganhava o casal, perdia, definitivamente, a família tronco. Perdia-se em quantidade de membros, ganhava-se na qualidade de afeto entre o reduzido círculo da família conjugal." (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991. v.1. p.337).

cooperação e não pela subordinação, em que a sua tutela só se justifica se voltada a atender aos interesses dos seus membros.

O trabalho da mulher fora de casa, a crescente urbanização conjugada com a limitação do espaço urbano, a aceitação e a facilitação na dissolução dos vínculos conjugais, a utilização de métodos contraceptivos, contribuíram para o surgimento e o reconhecimento de novos modelos de famílias.

Diante desse quadro havia quem vislumbrasse a crise da família ou até mesmo o seu fim¹⁹¹. No entanto, como bem ressalta Michelle Perrot, "fala-se em 'decadência' frequentemente para estigmatizar mudanças com as quais não concordamos"¹⁹². A crise não era da família, mas do modelo de família concebido pela sociedade liberal-burguesa do século XIX, absoluto, totalizante, individualista e patrimonial.

Os fatos passaram a desmentir aquelas previsões pessimistas. No apontar do século XXI, já era possível perceber e reconhecer os novos arranjos familiares, admitindo-se como família agrupamentos que, nos dois últimos séculos, eram relegados à margem tanto da sociedade como do direito, visto que a eles não era dispensada proteção jurídica.¹⁹³ A sociedade que era homogênea e hegemônica passa a ser vista de forma plural.

A saída da mulher para o mercado de trabalho implicou a redução do número de filhos e a assunção de responsabilidades dentro do lar. O antigo chefe da família representado pela figura masculina vai cedendo cada vez mais espaço para que as

¹⁹¹ Sílvia Portugal, ao tratar das famílias nas sociedades contemporâneas, traz à tona os argumentos daqueles que defendem a erosão da entidade familiar, os quais se apresentariam em três ordens: 1) o desenvolvimento da industrialização teria gerado a decadência das unidades econômicas de base familiar (agrícola e artesanal); 2) a facilitação do casamento, bem como do divórcio, permitiu que os laços conjugais se tornassem efêmeros; 3) maior intervenção do Estado na esfera familiar. No entanto, a própria autora critica esse prognóstico pessimista, propugnando pela importância na manutenção dos vínculos familiares. (PORTUGAL, Sílvia. **As mãos que embalam o berço: o estado e a sociedade-providência no apoio à maternidade**, 1995. Prova de Aptidão Pedagógica e Capacidade Científica (Trabalho de Síntese) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra. p.54-56). Ainda sobre o tema GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p.198-199.

¹⁹² PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Veja 25 anos: reflexões para o futuro**, p.75-81, abr. 1993. p.75.

¹⁹³ Exemplo disso são as famílias monoparentais que, a partir da Constituição de 1988 deixam o ostracismo para ser reconhecidas como entidades familiares, assim como as uniões estáveis. A respeito do reconhecimento das uniões estáveis como entidades familiares, conferir RUYK, Carlos Eduardo Pianovcki. União estável: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações familiares de fato. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n.7, p.5-18, out./dez. 2000.

mulheres ou dividam a regência da família, ou assumam elas mesmas a sua chefia, o que se verifica com mais frequência nas famílias monoparentais.¹⁹⁴

A complexidade da vida contemporânea passou a evidenciar que o sistema de direito civil então operante e fundado na codificação de 1916 já não satisfazia mais aos anseios da sociedade. A divisão e a oposição entre o público e o privado, típica do liberalismo, em que os direitos privados eram apenas os direitos naturais e inatos dos indivíduos e o direito público era o emanado do Estado, dirigido a uma finalidade geral, passaram a carecer de sentido.¹⁹⁵

Todo esse processo de mudanças na estrutura familiar não passou ao largo da legislação brasileira. Após as Constituições de 1824 e 1891¹⁹⁶, estas típicas do Estado liberal-burguês, o Estado passou a exercer uma intervenção mais efetiva nas relações privadas, dentre elas as familiares, visando promover maior igualdade e liberdade entre seus membros. O Estado Social, refletido na Constituição de 1934 e nas seguintes, não convivia mais de forma tão pacífica com uma legislação civilística de cunho liberal, que encontrava sua representação precípua no Código Civil de 1916, e cuja pretensão de centralidade fazia dele praticamente uma constituição das relações privadas.

A extrema valorização da autonomia privada e da propriedade vai cedendo lugar à tendência de valorização do indivíduo integrado na sociedade; importa o eu, mas também importa o outro, restando superada a concepção do ser humano de forma isolada.

¹⁹⁴ As famílias monoparentais são aquelas formadas por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, parágrafo 4.º, Constituição Federal). Visando a um aprofundamento do tema: LACERDA, Carmen Silvia Maurício de. Famílias monoparentais: Conceito. Composição. Responsabilidade. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Família no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo. Salvador: PODIVM, 2010. p.165-182.

¹⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.34.

¹⁹⁶ Citando Orlando Bitar, Gilmar Ferreira Mendes bem expressa o espírito em que foi celebrada a Constituição Federal de 1824: "Quando, então, se exigia um regime constitucional, o que se queria era um regime liberal, e constitucionalismo não era dar uma Constituição qualquer, e sim uma Constituição liberal, fundada naqueles pressupostos clássicos." (BITAR, Orlando. Apostilas de direito constitucional *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.161). Enquanto a Constituição Federal de 1824 não tinha qualquer dispositivo específico a respeito da família, a Constituição Federal de 1891 tinha apenas um, o art. 72, § 4.º - "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita."

Todas essas mudanças repercutiram no plano legislativo. A interpenetração dos espaços públicos e privados espraiou os seus efeitos para o direito civil, o que restou evidenciado e consagrado pela Constituição Federal de 1988, ao elevar os fundamentos do direito civil ao *status* constitucional. A família, a propriedade e o contrato, os três pilares clássicos do direito civil, passaram a receber tratamento constitucional e, por consequência, a ser lidos a partir dos valores que informam a Constituição. Assim, não é demasiado dizer que a constitucionalização do direito civil atingiu seu ápice com a Constituição de 1988. Sobre o tema profícua é a lição de Paulo Lôbo:

Os civilistas, finalmente descobriram a Constituição. Perceberam que a elevação dos fundamentos do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da consequente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo. Os fundamentos constitucionais da organização social e econômica são os fundamentos jurídicos das relações privadas e de seus protagonistas principais: a personalidade, a família, o contrato, a propriedade, o dano.¹⁹⁷

Essa mesma Constituição recepcionou as transformações ocorridas nas estruturas familiares, deferindo à família especial proteção.¹⁹⁸ Assim, pode-se dizer que a Constituição de 1988 teve um papel promocional na construção e no reconhecimento de novas entidades familiares para além daquela fundada no casamento.¹⁹⁹

A Constituição, a partir do artigo 226 até o 230, tutelou a família, a criança, o adolescente e o idoso, reconhecendo, além da família matrimonializada, outras entidades familiares, como aquelas decorrentes da união estável e as famílias monoparentais, permitindo ainda uma interpretação extensiva e inclusiva, capaz

¹⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p.20.

¹⁹⁸ Art. 226. Constituição Federal: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

¹⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 27 a 29 out. 2005. p.615.

de albergar outros modelos de família inerentes à complexidade da sociedade contemporânea.²⁰⁰

Se antes a unidade familiar era apenas aquela matrimonializada, se os filhos reconhecidos como tais eram apenas os ditos legítimos²⁰¹, se cabia à mulher uma função secundária na família, após 1988 esta passa a ser menos um fim em si mesma e ter mais um fim instrumental, de desenvolvimento dos seus membros, que devem estar ligados por vínculos de afetividade, solidariedade e responsabilidade.

A partir desse momento histórico, o Código Civil deixa de exercer o papel central no ordenamento jurídico. Este passa a ser desempenhado pela Constituição Federal, cujas regras e princípios, além de deter supremacia sobre as demais normas, também são dotadas de imperatividade, deixando-se para trás a antiga ideia de que a Constituição era um mero documento político com conteúdo programático.²⁰² Com isso, há uma exigência constante de observâncias das normas constitucionais, seja na elaboração de novas leis, seja na regulação do caso concreto.

Ao admitir-se que os princípios constitucionais possuem densidade normativa e, tanto quanto as regras constitucionais, encontram-se no ápice do sistema normativo,

²⁰⁰ Foi a partir de uma interpretação extensiva do § 3.º do art. 226 da Constituição Federal que o Supremo Tribunal Federal declarou a possibilidade ser reconhecida a união estável entre casais homoafetivos - ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

²⁰¹ Como legítimos entendem-se aqueles filhos havidos na constância do casamento, ou seja, frutos de uma relação matrimonializada. Adjetivavam-se de espúrios, adulterinos ou ilegítimos os filhos que não fossem concebidos naquele formato de entidade familiar. Por todos, num minucioso estudo a respeito do estabelecimento da filiação: FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

²⁰² Por todos, Luís Roberto Barroso: "Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a *imperatividade*. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, aconselhar, alvitar. Normas jurídicas e, *ipso facto*, normas constitucionais contém comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica, e não apenas moral. Logo, sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão. É bem de ver, nesse domínio, que as normas constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm também um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nessa matéria, nelas vislumbrando prescrições desprovidas de sanção, mero ideário sem eficácia jurídica". (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 3.ed. 2.ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p.241-242)

permite-se construir uma hermenêutica que venha a atender aos anseios da sociedade contemporânea, em especial no que tange ao Direito de Família.²⁰³

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República²⁰⁴, a Constituição coloca a pessoa no centro do ordenamento jurídico brasileiro, impedindo que a tutela de qualquer instituição, dentre elas a família, seja sobreposta à tutela dos seus membros. Os valores existenciais são colocados no vértice do ordenamento jurídico brasileiro e devem informar todos os ramos do direito, inclusive o Direito de Família.

Com isso, percebe-se que, não obstante a Constituição de 1988 tenha ampliado o tratamento dispensado à família, se comparado às Constituições anteriores, o fato de ter reconhecido a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República impede que a família seja valorada como instituição em si mesma, merecendo proteção apenas e na medida em que vier a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Somente dessa maneira poderá haver adequação do direito à realidade.

Os vínculos familiares que outrora se voltavam a interesses patrimoniais passam a valorizar as relações de afetividade. "Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição", conduzindo ao fenômeno da repersonalização. Esta repersonalização não tem um sentido individualista, mas sim de valorização da pessoa, inserida no seu contexto de vida, no seu meio social, no caso as relações familiares, para assim garantir a realização da sua dignidade.²⁰⁵ Denota-se daí a superação daquela visão de mundo nitidamente antropocêntrica que

²⁰³ Deixa-se aqui consignado que extrapolaria aos limites e objetivos deste trabalho um exame mais apurado das diferenciações entre regras e princípios, bem como das teorias a elas atinentes. No entanto, necessário se faz registrar a adoção pela teoria que tem nas regras e nos princípios espécies do gênero norma. Para um exame mais apurado: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. 11.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p.1159-1175; DWORKIN, Ronald. **Lavando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁰⁴ Para uma melhor compreensão a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, conferir MORAES, Maria Celina de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.71-120; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

²⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.24, p.151, jun./jul. 2004.

informou o codificador de 1916, permitindo que da afirmação de direitos e deveres fundamentais se infira uma noção alargada de responsabilidade.²⁰⁶ Responsabilidade esta que não tem um conteúdo patrimonial, mas que se volta à coletividade, à natureza, ao outro ser humano, enfim, à preservação das gerações futuras.

Não é por outro motivo que essa mesma Constituição Federal, em seu artigo 225, preleciona que cabe ao Poder Público e à coletividade, a qual é integrada pela família, o dever de defender e preservar o meio ambiente "para as presentes e futuras gerações". Só assim será possível assegurar a continuidade da geração seguinte a que compõe o grupo familiar, bem como de toda a coletividade. Ao direito de permanência das gerações futuras corresponde um dever de responsabilidade para com a preservação do meio.

Dessa forma, e tendo-se em conta o fato de o ser humano não ser considerado de forma insular, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se também como princípio constitucional informador das relações familiares o princípio da solidariedade.²⁰⁷ Este decorre justamente da necessidade de o ser humano coexistir. Assim, o princípio constitucional da solidariedade, conforme afirma Maria Celina Bodin de Moraes, "identifica-se com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados"²⁰⁸.

A expressão do princípio da solidariedade nas relações entre cônjuges e companheiros pode ser percebida quanto ao dever de assistência material e moral, e nas relações entre pais e filhos, no dever daqueles de cuidar destes até o atingimento da vida adulta, fornecendo-lhes educação e formação social.²⁰⁹

²⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte, v.12, p.13, 2009.

²⁰⁷ Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

²⁰⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.114.

²⁰⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.57.

Manifestando-se também tanto nas relações paterno-filiais como nas relações conjugais, têm-se os princípios constitucionais da liberdade e da igualdade. Este encontra expressão no § 5.º do art. 226, CF, que reconhece a igualdade entre homens e mulheres no exercício de direitos e deveres na sociedade conjugal, bem como no § 6.º do art. 227, CF, que proíbe o tratamento discriminatório entre filhos havidos dentro ou fora do casamento, ou por adoção. O reconhecimento pela Constituição de diferentes entidades familiares, sem atribuir a elas qualquer forma de hierarquia (art. 226, §§ 3.º e 4.º, CF), também é expressão do princípio da igualdade.

Quanto ao princípio da liberdade, pode-se dizer que ele se expressa na liberdade dos cônjuges e companheiros de escolherem qual o tipo de entidade familiar irão constituir e ainda na possibilidade de permanecerem ou não unidos (art. 226, § 6.º, CF). Quanto aos filhos, está ele expresso no art. 227 da Constituição, ao assegurar às crianças e aos adolescentes o direito à liberdade, que, como ressalta Fabíola Santos Albuquerque,

em seu conteúdo inclui a liberdade de opinião e expressão, bem como a liberdade de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação. Todavia, não se pode perder de vista que a liberdade proclamada, oriunda das relações de afeto entre pais e filhos, dá-se em função da idade e maturidade da criança, em consonância com a evolução da sua capacidade, pois são pessoas em desenvolvimento. Neste sentido a liberdade do filho encontra limites nos direitos dos pais, e a liberdade dos pais encontra limites nos direitos dos filhos.²¹⁰

Nas lições da referida doutrinadora percebe-se que o exercício da liberdade nas relações familiares deve sempre vir acompanhado de responsabilidade, isso porque o exercício da liberdade pressupõe responsabilidade.

Como princípio implícito da Constituição, tem-se o princípio da afetividade, o qual vem sendo apontado por parte considerável da doutrina como o principal fundamento das relações familiares, decorrente da valorização constante da dignidade

²¹⁰ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Família no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo Salvador: PODIVM, 2010. p.39-40.

da pessoa humana.²¹¹ Por meio desse princípio permite-se o reconhecimento da filiação socioafetiva²¹², assegurando-se à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e fundamentando-se a igualdade dos filhos.

É diante dessa família repersonalizada, funcionalizada, eudemonista, livre e igual, ligada por laços de afeto, que se exprime a unidade da família. Essa unidade, fundada em deveres comuns de solidariedade, permite que os interesses de cada membro da família se desenvolvam em reciprocidade com os interesses dos demais. Assim como no restante da sociedade, o exercício de direitos e deveres dentro da família também se opera de forma transindividual. Cada membro da família é responsável pelo outro e é ele também responsável pelos outros. Por isso, diante desta unidade familiar se evidencia o momento da responsabilidade.²¹³

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer e incorporar as diversas mudanças havidas na sociedade, estabeleceu uma nova tábua axiológica a informar as relações familiares. Esse contexto fez emergir uma base normativa e valorativa, até então ausente nas legislações anteriores, o que permite fundamentar, em termos jurídicos positivos, uma noção de responsabilidade capaz de informar as relações familiares e que não se confunde com a responsabilidade civil.

²¹¹ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.14-17; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.63-68; ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Família no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo** Salvador: PODIVM, 2010. p.40-45; MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.95-96; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.179-191.

²¹² Sobre o tema: FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação socioafetiva e alimentos. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.551-553; FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. In: CORTIANO JUNIOR, Erolths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coord.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do projeto de pesquisa Virada de Copérnico**. Curitiba: Juruá, 2009. p.265-277.

²¹³ Segundo Perlingieri, "nesse sentido, subsiste uma dignidade originária entre liberdade e responsabilidade. A liberdade na família encontra na unidade e nos relativos deveres não tanto o limite, mas sim a função, o fundamento da sua própria titularidade." (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.251-252; 244).

Assim, os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da liberdade e da igualdade, se relacionam e fornecem as bases jurídicas para uma noção de responsabilidade a informar o Direito de Família. Embora esta noção não esteja expressa na Constituição, é ela decorrência lógica da implementação desses princípios.

Quando a Constituição reconhece a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres na conjugalidade, a pluralidade de entidades familiares sem qualquer hierarquia, a igualdade entre todos os filhos, a prioridade absoluta dos interesses das crianças e adolescentes a serem observados pela família, sociedade e Estado, o que está por trás disso é um contexto de valorização da responsabilidade, com a consequente superação do paradigma da culpa que informava o Código Civil de 1916.

O contexto acima delineado só é passível de ser compreendido se apreendida uma dimensão prospectiva da constitucionalização do direito civil, a qual transcende a sua dimensão formal e substancial.²¹⁴ A força criativa dos fatos desafia a aceitar o convite propalado por Perlingieri para releitura dos institutos de direito civil à luz da Constituição e se buscar, mediante uma teoria da interpretação, a proeminência da justiça sobre a letra dos textos.²¹⁵ Na busca pela implementação no Direito de Família de uma noção de responsabilidade do futuro e comprometida com o "outro", tem-se um caminho possível.

Esperava-se que o Código Civil, em fase de elaboração quando da promulgação da Constituição de 1988, concretizasse essa ordem de ideias, coadunando-se com as opções do Constituinte, o que, em grande parte, deixou de acontecer, pelo menos no que se refere ao Direito de Família.

²¹⁴ Explica Luiz Edson Fachin que a dimensão formal da Constituição está reduzida ao texto positivado. Já a dimensão substancial "insere no sentido da constitucionalização os princípios implícitos e aqueles decorrentes de princípios ou regras constitucionais expressas". Por fim, a dimensão prospectiva consiste em "apreender extra-sistematicamente o sentido de possibilidade da *constitucionalização*, como ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízo apriorístico de exclusão". (FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p.15).

²¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Celina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.54.

2.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A MANUTENÇÃO DE ANTIGAS PREMISSAS

Passados quase quinze anos da promulgação da Constituição de 1988, em 10 de janeiro de 2002, é publicado um novo Código Civil, cuja vigência iniciou-se um ano depois.

Até então no Brasil ainda vigorava o Código Civil de 1916 que, conforme se viu na seção 2.1, procurava enfeixar em seus dispositivos atinentes ao Direito de Família as características da sociedade da época, marcadamente influenciada por um Estado liberal-burguês, em que se valorizava o patrimônio, o indivíduo e a autonomia da vontade, ou seja, os valores patrimoniais prevaleciam se comparados aos valores existenciais.

Com o advento do Estado Social, bem como das Constituições de 1934, 1937 e 1946, e ainda considerando-se as transformações operadas na sociedade, cada vez mais urbanizada, começa-se a perceber que aquele Código de base oitocentista e inspirado no Código Napoleônico já não regulava as relações privadas de forma tão satisfatória.

A ausência de alterações no Código Civil, tido como a constituição das relações privadas, exigia do legislador um movimento no sentido de regulamentar, por meio de leis esparsas, situações jurídicas que já estavam consolidadas no mundo dos fatos. No Direito de Família isso se fez notar de forma bastante evidente, sendo especialmente modificado com a edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62) e com a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77).

Diante desse quadro, após a nomeação frustrada de algumas comissões e apresentação de Projetos que não seguiram adiante, em 1967 foi nomeada uma comissão de juristas presidida pelo Professor Miguel Reale, que resultou no Projeto de Lei n.º 365 de 1975 que, depois de diversas alterações e de um período de esquecimento junto ao Congresso Nacional, foi aprovado por meio da Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002.²¹⁶ A demora foi tanta entre a formação da comissão de

²¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.xvi-xvii.

elaboração do Código e sua aprovação que, na sua intermitência, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, diploma este que elegeu a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais e repersonalizou as relações familiares; passava-se ao predomínio do ser sobre o ter.

Era evidente o anacronismo existente entre o Código Civil de 1916 e a complexidade da sociedade que beirava o século XXI. Esta acabara de receber uma Constituição que consagrava os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, ou seja, que primava pela pessoa, a qual não se confundia com indivíduo insular, típico de outrora. Nesse contexto foram elaborados o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), dois microssistemas em completa consonância com a Constituição.

Não cabia mais ao Código Civil, fruto de um pensamento oitocentista e essencialmente patrimonial, figurar como centro do ordenamento; essa função havia migrado para a Constituição, cabendo agora a ela conferir unidade ao ordenamento jurídico. Perde força a separação entre público e privado; é o jardim que se aproxima da praça.²¹⁷

O contexto que se tinha delineado a regular as relações entre particulares era de duas legislações inspiradas por ordem de valores diversas, o Código Civil de 1916, de índole essencialmente patrimonial, e a Constituição de 1988, enaltecendo a pessoa humana. Diante deste quadro, outro caminho não havia senão uma leitura constitucional do direito civil ou, como se convencionou chamar, a constitucionalização do direito civil.²¹⁸

²¹⁷ "Sem dúvida o jardim concentra e registra a privacidade, retendo uma porção da natureza, enquanto que a praça vem a ser um espaço aberto na natureza, senão mesmo contra ela." (SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993. p.37).

²¹⁸ Conforme adverte Paulo Lôbo, não se pode confundir o fenômeno da constitucionalização com o que no Brasil se denominou publicização. Esta, segundo o autor, "é entendida como supressão de matérias tradicionais de direito privado transladadas para o âmbito do direito público." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p.19). Ainda sobre o assunto importa mencionar a lição de Maria Celina Bodin de Moraes ao comentar a nova faceta assumida pelo direito civil após o advento do Estado Social e, em especial, após a promulgação da Constituição de 1988: "O novo peso dado ao fenômeno significa a rejeição da idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para a admissão, ao revés, da estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para que possa

Em matéria de Direito de Família, em especial, em face das profundas alterações fáticas e jurídicas²¹⁹ ocorridas ao longo dos anos, o papel unificador do ordenamento desempenhado pela Constituição se mostrava evidente. Isso porque, não raro, havia conflito entre normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como destas entre si. Assim, era grande a expectativa para que o Código Civil, então em tramitação, estivesse em plena consonância com os valores eleitos pela Constituição. No entanto, não foi isso que se verificou. O Código Civil de 2002, embora tenha trazido com ele algumas conquistas, ainda manteve-se, em grande parte, fiel à lógica patrimonial de cunho liberal burguês característica do século XIX. Como bem afirmou Luiz Edson Fachin:

Oitenta e cinco anos depois do Código de 1916, a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, reedita, com atualizações e algumas mudanças, o paradigma insular da codificação privada. Serve, *à la carte*, no embarque rumo ao século XXI uma estrada que abriga o porvindouro no pretérito. Relança o modelo da unidade monológica sobre a estrutura de 1916 e compila, sob as vestes de um projeto moderno, premissas que iluminam o modelo passado.²²⁰

Embora o legislador de 2002 alardeasse a mudança do paradigma individualista inerente ao Código de 1916 para a solidariedade social, diversos dos institutos do Direito de Família mantiveram-se influenciados por um viés patrimonialista. Mediante o exame do Livro IV do referido Código, destinado a regular o Direito de Família, percebe-se que, se havia alguma intenção de o legislador adequar a normativa

abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público, como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado". (MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.7).

²¹⁹ Além de todas aquelas já mencionadas, antes da edição do Código Civil de 2002, ainda foram editadas as Leis n.º 8.971/94 ("regula os direitos dos companheiros a alimentos e sucessão") e n.º 9.278/96 (regula o § 3.º do art. 226 da Constituição Federal).

²²⁰ FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p.13.

infraconstitucional em matéria de Direito de Família à axiologia constitucional, esta restou de certa forma frustrada.²²¹

A família matrimonializada foi a que recebeu maior atenção do legislador, bem como a questão atinente ao seu regime de bens. Mesmo passada mais de uma década da promulgação da Constituição e tendo esta admitido a pluralidade de entidades familiares, optou o Código Civil de 2002 por omitir-se, por exemplo, quanto às famílias monoparentais e as famílias recompostas.

Dos artigos destinados a tratar de matéria de família no Código Civil, boa parte deles ou se refere diretamente ao patrimônio ou a ele se relaciona, mesmo que indiretamente. Dos 272 artigos que compõem o Livro IV, estes dividem-se em quatro Títulos: Título I - Do Direito Pessoal, composto por 127 artigos; Título II - Do Direito Patrimonial - composto por 83 artigos; Título III - Da União Estável, composto por 04 artigos e Título IV - Da Tutela e Da Curatela, composto por 55 artigos. Na parte do Direito Pessoal, dos 127 artigos, 71 tratam exclusivamente do casamento (disposições gerais, capacidade, impedimentos, causas suspensivas, habilitação, celebração, prova, invalidade, eficácia e dissolução do vínculo), sendo que muitos deles denotam uma carga essencialmente patrimonial, não obstante topograficamente localizados no Título I.²²²

Com isso, observa-se que, na contramão dos preceitos constitucionais de promoção dos valores existenciais, o Código Civil de 2002 manteve-se ainda vincado na concepção patrimonialista. Esta percepção encontra-se especialmente evidenciada nos dispositivos do Código que, quando tratam da dissolução da sociedade conjugal, fortalecem o papel da culpa.²²³ O legislador parece ter ignorado o fato de a família,

²²¹ Para Gustavo Tepedino, quanto ao Código de 2002, em matéria de Direito de Família, ainda mais graves que as omissões do legislador em termos de pluralidade de modelos familiares e novas técnicas de biotecnologia, foi a sua opção em reproduzir "uma dogmática matrimonialista, institucionalizada, que focaliza a família através da lente do casamento e dos seus diversos regimes patrimoniais." (TEPEDINO, Gustavo. O novo código civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.359).

²²² É o que se verifica, por exemplo, nas causas suspensivas do casamento elencadas no art. 1.523 do Código Civil.

²²³ Nesse sentido é o teor dos art. 1.572 e 1.578 do Código Civil. Art. 1.572. "Qualquer dos cônjuges poderá propor ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida comum." Art. 1.578. "O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: [...]"

repersonalizada, ter se convertido no espaço de realização da afetividade, *locus* de promoção da dignidade dos seus membros, de exercício de responsabilidades, em que tanto a união quanto a desunião das pessoas são decorrentes de escolhas.

Quando duas pessoas constituem uma família, seja ela na forma matrimonializada ou não, decidem por se unir, por comungar de um espaço de afetividade. Da mesma forma, quando as duas, ou uma delas, opta por dissolver a relação, o que importa é que uma nova decisão foi tomada, qual seja, a de não mais compartilhar aquele espaço. A motivação dessa decisão não deveria importar ao direito, em face da total impossibilidade de sua apreensão. O que deveria a ele relevar são as responsabilidades que se assume e são inerentes à formação de uma família. No entanto, não foi essa a opção primeira do legislador de 2002.

Ao arrolar, no art. 1.573²²⁴ do CC, os motivos caracterizadores da impossibilidade da comunhão de vida, assumiu o Código uma postura subjetivista, conservadora e descontextualizada das transformações operadas no Brasil tanto do ponto de vista legal quanto factual.²²⁵

²²⁴ Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

²²⁵ Em que pesem opiniões em sentido contrário, não se ignora que, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 66, que extinguiu o instituto da separação judicial, praticamente houve o esvaziamento do conteúdo do art. 1.573, visto não haver mais qualquer sentido em se discutir culpa quando da dissolução do vínculo conjugal. No entanto, ainda há vozes importantes na doutrina que se posicionam tanto no sentido de manutenção do instituto da separação, quanto da possibilidade de discussão da culpa. A referida Emenda alterou a redação do § 6.º do art. 226, suprimindo a parte relativa à separação judicial passando a vigorar com a seguinte redação: Art. 226. § 6.º. "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio". A sua redação concisa, sem qualquer alusão à expressa revogação dos dispositivos do Código Civil atinentes à separação, bem como a utilização do verbo pode, deram margem a uma série de discussões doutrinárias a respeito da manutenção ou não do instituto da separação. Posicionando-se ainda pela manutenção do instituto da separação tem-se: DELGADO, Mario Luiz. A nova redação do § 6.º do art. 226 da CF/1988: Porque a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a lei 11.441/2007**. 2.ed. São Paulo: Método, 2011. p.25-48; FRANÇA, Antonio de S. Limongi. O instituto da separação e o direito de reconciliação. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a Lei 11.441/2007**. 2.ed. São Paulo: Método, 2011. p.145-150; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Divórcio e separação após a EC n.º 66/2010**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. É ainda neste sentido o enunciado 514 da V Jornada de Direito Civil realizada no Conselho da Justiça Federal "Art. 1.571. A Emenda Constitucional n.º 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial – In: <http://www.jf.jus.br/cjf>, acesso em 23/08/2012. Contrariamente à subsistência da separação no

A manutenção do paradigma da culpa atrelado às relações familiares no Código Civil de 2002 denotou um apego desmedido ao passado, remontando à ideia de responsabilidade como imputação causal, em alusão à diferenciação proposta por Jonas. Deu-se um passo atrás, quando a expectativa era que se andasse adiante.

O momento em que a sociedade brasileira vive no início do século XXI, bastante influenciada pelos mais de dez anos de vivência da Constituição de 1988, é de valorização da pessoa integrada nas suas relações sociais. A família de agora é bastante diversa daquela da década de 1960. Família e mudança, mais do que nunca, "são palavras que surgem inevitavelmente acopladas"²²⁶.

O tempo da família é o tempo da simultaneidade; assim, os fatores que influenciam na sua constante transformação se operam concomitantemente e não de forma sucessiva.²²⁷ Dessa forma, é complexa a tentativa de apreensão da normativa referente aos Direito de Família no sistema codificado, denotando daí a razão da existência de diversas legislações esparsas sobre a matéria. Tentar disciplinar a família por meio de um Código que, em pleno século XXI, permanece valorizando a entidade familiar matrimonializada e o patrimônio, bem como admitindo a discussão

atual estado da arte do Direito de Família brasileiro, vem posicionando-se majoritariamente a doutrina a exemplo dos seguintes autores: DIAS, Maria Berenice. **DIVÓRCIO JÁ!** Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. Rio de Janeiro: GZ, 2010; SIMÃO, José Fernando. A emenda constitucional 66/2010, a revolução do século em matéria de direito de família: a passagem de um sistema antidivorcista para o divórcio pleno. In: LAGRATA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011. p.98-109; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Separação era instituto anacrônico**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 ago. 2012; VELOSO, Zeno. **O novo divórcio e o que restou do passado**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 ago. 2012. E ainda, antecipando-se ao legislador, FACHIN, Luiz Edson. Ensaio sobre o fim da separação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p.503-517.

²²⁶ ABOIM, Sofia. **Conjugualidades em mudança: percursos e dinâmicas da vida a dois**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2006. p.27.

²²⁷ Empréstimo de Milton Santos a ideia da diferença entre essas duas noções de tempo. Nas palavras do autor: "Em cada lugar, os sistemas sucessivos do acontecer social distinguem períodos diferentes, permitindo falar de hoje e de ontem. Este é o eixo das sucessões. Em cada lugar, o tempo das diversas ações e dos diversos atores e a maneira como utilizam o tempo social não são os mesmos. No viver comum de cada instante, os eventos não são sucessivos, mas concomitantes. Temos aqui o eixo das coexistências." (SANTOS, Milton. **A natureza do espaço: técnica e tempo, razão e emoção**. 4.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009. p.159).

de culpa pela dissolução da sociedade conjugal, seria reduzir a complexidade que é inerente à diversidade das famílias contemporâneas.

Independentemente das críticas acima delineadas, o Código Civil de 2002 encontra-se em plena vigência e, juntamente com a legislação esparsa, regulamenta as relações familiares em âmbito infraconstitucional. Assim, conforme já vinha ocorrendo com o Código Civil de 1916, deve ele ser interpretado tendo em conta a principiologia axiológica presente na Constituição, sob a perspectiva da constitucionalização do direito civil e seguindo uma dimensão prospectiva. Isso permitirá a concretização daquele ordenamento de modo a incrementar o desenvolvimento da dignidade da pessoa no ente familiar, bem como a implementação de uma noção de responsabilidade no Direito de Família para além do aspecto patrimonial.

Dessa forma, para que as demandas familiares possam ser solucionadas por meio de decisões que estejam em consonância com as características e as diversidades da família hodierna, há de se manter fiel à doutrina do direito civil-constitucional, com as implicações dela decorrentes.²²⁸

Assim, uma leitura do Código Civil a partir da Constituição poderá ofertar uma interpretação inclusiva do Direito de Família, de forma a ampliar cada vez mais

²²⁸ Segundo Pietro Perlingieri: "*I principali presupposti teorici della dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale – concepita quale conseguenza ineluttabile della incidenza del costituzionalismo contemporaneo sul fenomeno delle legislazioni e delle codificazioni in particolare – concernono: a) la natura normativa delle Costituzioni; b) la complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico ed il pluralismo delle fonti del diritto; c) una rinnovata teoria dell'interpretazione giuridica a fini applicativi*" (PERLINGIERI, Pietro. *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p.75, jul./set. 2007). Numa tradução livre: Os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional – concebida como consequência inevitável da incidência do constitucionalismo contemporâneo sobre o fenômeno da produção legislativa e, em particular, das codificações, dizem respeito: a) à natureza normativa das Constituições; b) à complexidade e à unidade do ordenamento jurídico e ao pluralismo das fontes do direito; c) a uma renovada teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos. A esses pressupostos elencados por Perlingieri, acrescenta-se, ainda, a necessidade de aplicação direta e efetiva dos princípios constitucionais de nas relações interindividuais, conforme apregoado pela doutrina do direito civil constitucional no Brasil por todos: MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil-constitucional*. In: _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.3-20; FACHIN, Luiz Edson. *A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p.12-17; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do direito civil brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p.18-28; TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira*. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.21-46.

o espaço de realização da pessoa humana, esta necessariamente solidária à comunidade em que se encontra inserida.²²⁹

Concomitantemente a esse contexto de reconhecimento de pluralidade de entidades familiares²³⁰, da natureza instrumental da família, da proporcional liberdade entre unir-se e desunir-se, desponta a perspectiva de uma noção de responsabilidade que deverá pautar, de forma objetiva, o Direito de Família.

No entanto, não basta, como bem resume Gustavo Tepedino

sublinhar a negação do modelo anterior, tampouco sendo suficiente invocar da prevalência dos sentimentos de amor, afeto e sinceridade na convivência familiar. Muitas vezes, na realidade forense, o cenário trazido ao magistrado mostra-se avesso a qualquer solução serena de conciliação, sendo indispensável, então, a fixação de um instrumental teórico eficiente e compatível com o momento presente.²³¹

O desenvolvimento de uma noção de responsabilidade voltada ao Direito de Família pode servir como instrumental teórico capaz de propiciar a prolação de decisões judiciais baseadas numa visão de família menos patrimonializada e fundada em pressupostos éticos anacrônicos, e mais repersonalizada e funcionalizada, pautada numa base ética humanística que atenda a esses anseios.

No entanto, antes de procurar estabelecer como a noção de responsabilidade pode servir ao Direito de Família, é preciso compreender como a doutrina vem se debruçando, ou deixando de se debruçar sobre o tema.

²²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.50.

²³⁰ A respeito da pluralidade familiar num diálogo com a solidariedade: MEIRELES, Rose Milleo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. p.215-226.

²³¹ TEPEDINO, Gustavo. Bases teóricas para o novo direito de família. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.402.

PARTE II

RESPONSABILIDADE E DIREITO DE FAMÍLIA

Em grande parte influenciada pelo tratamento legal dispensado à família durante o longo período de vigência do Código Civil de 1916, parcela considerável da doutrina do Direito de Família²³², mesmo em pleno século XXI, vem se mantendo ao largo de qualquer discussão atinente à responsabilidade a partir de uma perspectiva ética, limitando-se a tratá-la sob um viés patrimonial e baseada na noção de culpa.

Mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 – ocasião em que os valores existenciais passaram a informar, em primazia, todo o ordenamento jurídico –, essa mesma doutrina manteve-se fiel aos antigos pressupostos que, apesar de encontrarem respaldo infraconstitucional, não se refletem na Constituição.

Não é por outro motivo que o sentido de responsabilidade referido por doutrinadores como Regina Beatriz Tavares da Silva, Flávio Tartuce, Mário Delgado, dentre outros, não raro, possui um viés punitivo, voltado para atos do passado. Utilizando-se os parâmetros fornecidos por Hans Jonas, pode-se dizer que tal sentido contém um caráter de imputação, numa relação de causa e consequência.

No entanto, a compreensão da importância e necessidade do tratamento da responsabilidade numa dimensão ética, para o Direito de Família contemporâneo, passa por uma análise de como a responsabilidade vem sendo, ou não, abordada pela doutrina, seja nas relações parentais, seja nas relações conjugais e de uniões estáveis.

Nesta parte da dissertação será possível verificar que muito do que se tem escrito a respeito de responsabilidade em Direito de Família, seja em manuais, seja

²³² A utilização do termo "parcela considerável da doutrina" não foi aleatória. Optou-se por trabalhar com os autores contemporâneos do Direito de Família que se ocupam em produzir os chamados manuais e coletâneas atinentes ao tema, como, por exemplo, Regina Beatriz Tavares da Silva, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Mário José Delgado, dentre outros, que, de alguma forma, ainda permanecem valorizando o elemento culpa nas relações familiares.

em artigos especializados, volta-se aos seus aspectos punitivo e patrimonial, ainda relacionado à responsabilidade civil.²³³

Por outro lado, afere-se que, mesmo que em caráter minoritário, há algum movimento no sentido de se pensar a responsabilidade sob outra perspectiva. É o que se pode dizer da doutrina que faz uma abordagem do Direito de Família sob um viés psicanalítico, encabeçada por Rodrigo da Cunha Pereira e Giselle Câmara Groeninga, bem como do que se convencionou chamar doutrina do cuidado, no Brasil, sustentada, dentre outros, por Tânia da Silva Pereira.

Embora as referidas abordagens não coincidam no todo com a perspectiva que será adotada nesta dissertação, representam outro olhar sobre a responsabilidade, diverso daquele que tradicionalmente lhe era dispensado, o que, por si só, já justifica o seu exame.

Seguindo nessa linha de refletir a respeito da responsabilidade que não apenas sob uma perspectiva patrimonial, não há como deixar de mencionar os ensinamentos inovadores lançados por Paulo Luiz Netto Lôbo, o que será feito no terceiro capítulo, visto ser a doutrina que mais se aproxima do sentido ético de responsabilidade com o qual se busca trabalhar nesta dissertação.

²³³ Não se ignora que atualmente também vem se utilizando a expressão "direito de danos" para denominar um dos aspectos sob o qual a responsabilidade civil vem sendo tratada, menos dependente do ato ilícito, e mais voltada à vítima e à reação ao dano injustificado. No entanto, optou-se pela utilização da expressão "responsabilidade civil", considerando-se não só a necessária contraposição ao sentido de responsabilidade com o qual se está a trabalhar, mas também pelo fato de que esta expressão permanece sendo utilizada na grande parte dos textos e manuais consultados, conforme será possível aferir ao longo do texto e notas.

CAPÍTULO 1

A RESPONSABILIDADE NA DOUTRINA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO DE FAMÍLIA

A compreensão de como a responsabilidade, numa dimensão ética, se inscreve nas relações familiares no atual contexto do Direito de Família brasileiro, pressupõe um exame de como ela vem sendo tratada pela doutrina, tanto nas relações estabelecidas entre pais e filhos como nas relações de conjugalidade²³⁴, e qual o sentido a ela conferido.

Na dogmática do direito civil, em particular do Direito de Família, o sentido de responsabilidade com o qual se vem trabalhando está muito mais afeto à responsabilidade civil do que à responsabilidade no sentido forte com o qual se vem discorrendo, como um olhar para o outro, como um compromisso ético.

Na análise de grande parte da manualística e de artigos que se dedicam ao Direito de Família, uma dimensão ética de responsabilidade desponta mais pela ausência de tratamento do que pela sua presença. Ao longo deste capítulo será possível verificar que a noção de culpa ainda ocupa um lugar de destaque como fundamento na atribuição ou negação de direitos nas relações familiares e que, quando se menciona a palavra responsabilidade é de uma responsabilidade civil que se está a tratar, absolutamente distanciada do seu conteúdo ético e, não raro, aproximada de propósitos vingativos.

²³⁴ Seguindo os ensinamentos de Silvana Maria Carbonera em sua tese de doutorado, há de se tomar a expressão "conjugalidade" para designar tanto as relações matrimonializadas quanto as advindas de uniões estáveis. Nas palavras da autora, "A opção pela expressão conjugalidade assenta em seu sentido plural, rico em nuances, que apontam a composição de um mosaico que é a convivência quotidiana entre os cônjuges, mediante a expressão de seus anseios e objetivos que perpassam os mais variados aspectos da relação. E o emprego da expressão cônjuges é feito em sua homenagem, pois quer apontar as pessoas que estão inseridas numa relação conjugal, independentemente do modo de constituição a ela relacionado." (CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva de intimidade**: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.46).

A ausência de alusão à dimensão ética de responsabilidade e de um maior estudo a seu respeito no Direito de Família é evidente. Nem mesmo muitos dos doutrinadores que refutam a manutenção da culpa como pressuposto de atribuição de direitos e deveres na conjugalidade mencionam a necessidade de pensar essas relações a partir de um olhar para o outro, de responder por. Conforme se verá adiante, limitam-se a negar o sistema atual. No entanto, ante a complexidade das relações familiares, isso parece insuficiente.

A opção metodológica pela separação entre o exame do tratamento dispensado à responsabilidade na conjugalidade e nas relações parentais se justifica na medida em que operam sob fundamentos e estruturas diferentes, principalmente porque nas últimas tem-se um sujeito vulnerável a quem o ordenamento dirige especial e integral proteção.

Embora em ambas, cada qual com a sua peculiaridade, volte-se à solidariedade familiar, nas relações conjugais há uma esfera de escolha e autonomia dos indivíduos muito maior se comparada às relações parentais, na medida em que nesta há a presença do vulnerável, justificando uma comunicação diferenciada entre as esferas do público e do privado.²³⁵

A partir dessas distinções, e tendo-se em mente que este trabalho não tem a pretensão de discutir sobre a possibilidade, pertinência e extensão da responsabilidade civil nas relações familiares, buscar-se-á analisar como a doutrina vem tratando, por meio de enfrentamento ou omissões, a questão da responsabilidade, no sentido forte do termo, na conjugalidade e nas relações parentais.

²³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.447.

1.1 O TRATAMENTO DA RESPONSABILIDADE, OU A SUA AUSÊNCIA, NA CONJUGALIDADE

1.1.1 A dificuldade do desapego ao padrão culpa

No exame de boa parte da doutrina chama a atenção a abordagem da responsabilidade a partir de uma dimensão única e exclusivamente jurídica, restringindo o seu sentido à responsabilidade civil. Há uma completa omissão quanto ao enfrentamento dos outros sentidos possíveis de responsabilidade. Esse contexto é ainda mais evidente dentre os autores que se mantêm atrelados à discussão da culpa no Direito de Família. Tal posicionamento acaba por delimitar e simplificar o espaço de discussão das relações familiares. Ao se buscar um culpado, não se abre qualquer margem para uma reflexão a respeito de uma dimensão ética da responsabilidade, pois todos os olhares se voltam para os atos do passado.

No entanto, só se consegue compreender a necessidade de uma presença quando, antes, se percebe a sua ausência. Dito de outra forma, a presença de um sentido ético de responsabilidade nas relações familiares passa por uma compreensão prévia de como e por que ela não vem sendo trabalhada no Direito de Família brasileiro. Aí reside o sentido em se analisar a doutrina que se mantém atrelada ao padrão culpa na "solução" dos litígios família, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988.

Ao reconhecer a pluralidade de entidades familiares, proibir o tratamento discriminatório entre os filhos havidos dentro e fora do casamento e consagrar a igualdade de direitos entre homens e mulheres na sociedade conjugal, a Constituição Federal de 1988 promoveu uma mudança estrutural no Direito de Família Brasileiro. Essas alterações, conforme mencionado em momentos anteriores, foram reflexos das transformações que já se operavam na sociedade brasileira do século XX e que clamavam por reconhecimento jurídico.

No entanto, não obstante os consideráveis avanços advindos com a Constituição, pode-se dizer que na esfera da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal imperou uma evidente timidez por parte tanto do Codificador de 2002 como

de parcela considerável da doutrina. Continua-se aceitando a discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal, e para alguns até na dissolução do vínculo, com as consequências daí decorrentes, em especial no que se refere aos alimentos²³⁶, tendo como premissa a verificação da observância ou não dos deveres conjugais, sendo o mais comum deles o dever de fidelidade.²³⁷

Assim, àquele considerado culpado pelo fim do casamento impõe-se como sanção a perda de direitos que a ele, a princípio, seriam assegurados caso não tivesse infringido os respectivos deveres. Para além disso, há ainda quem admita, inclusive, a responsabilização civil em casos de descumprimento dos deveres conjugais ou inerentes à união estável.

Tanto do casamento como da união estável se irradia uma série de efeitos, alguns de caráter patrimonial, outros de caráter pessoal.²³⁸ O Código Civil de 2002, em relação ao casamento, em capítulo destinado a sua eficácia, como pondera Sílvio Rodrigues, repetindo a sistemática do Código de 1916, "trata apenas de alguns dos efeitos desta união, regulamentando, em especial, os direitos e deveres recíprocos, adaptando a legislação revogada à igualdade constitucional consagrada no § 5.º do art. 226 da Carta de 1988"²³⁹.

É a partir do reconhecimento dessa igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal que deve ser lido o rol de deveres recíprocos estabelecido no

²³⁶ Confere-se relevância aos alimentos, na medida em que é nessa esfera que cônjuges e companheiros ainda travam as maiores discussões, principalmente por se tratar de um direito de cunho irrepitível e de caráter continuado. No que se refere à permanência ou não do nome de casado ou até mesmo do direito sucessório previsto no art. 1830 do Código Civil, o dia a dia forense tem demonstrado serem situações de frequência muito mais rara. Por fim, quanto à guarda dos filhos menores, embora não raro implique conflitos de grandes proporções entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, já há algum tempo não se pauta na culpa pela dissolução da sociedade conjugal para a sua atribuição. O que deve nortear a decisão a respeito da guarda de um filho será sempre o melhor interesse da criança, sendo este o conteúdo do § 2.º do artigo 1583 e 1584 do Código Civil.

²³⁷ Diante dos advenços tecnológicos, Caetano Lagrasta Neto faz alusão ao que chama de "Infidelidade Virtual". (LAGRASTA NETO, Caetano. Infidelidade virtual. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**: novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011. p.164-170).

²³⁸ Os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento e da união estável estão previstos nos artigos 1.511, 1.565 a 1.570, 1.724 (efeitos pessoais); artigos 1.639 a 1.722, 1.725 (efeitos patrimoniais – regime de bens, alimentos e bem de família).

²³⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito de família. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.6. p.117.

artigo 1.566 do Código Civil. Seus cinco incisos apontam como deveres de ambos os cônjuges a fidelidade, a vida em comum no domicílio conjugal, a mútua assistência, o sustento, a guarda e educação dos filhos e o respeito e consideração mútuos. Zeno Veloso ainda ressalta que, além dos deveres explícitos pelo Código, há aqueles implícitos, de modo que o rol do referido artigo seria meramente exemplificativo, não se encerrando em *numerus clausus*.²⁴⁰

Tendo-se em mente que um estudo pormenorizado de cada um desses deveres extrapolaria ao âmbito desta dissertação, o que se pretende a partir da abordagem dos deveres conjugais é verificar como parte²⁴¹ da doutrina os tem abordado sob a perspectiva da sua infringência. De outro modo, se haveria ou não alguma consequência de caráter punitivo, sancionatório, no caso da inobservância destes deveres, ou seja, se eles também dialogam com uma noção de culpa, principalmente em situações de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal.

Comparada ao limitado regime do Código Civil de 1916, que admitia apenas a dissolução da sociedade conjugal por meio do desquite, pode-se dizer que, ao longo dos anos, a legislação brasileira apresentou alguns avanços, ainda que com certa timidez. Em 1977, após a Emenda Constitucional n.º 9 e a edição da Lei n.º 6.515, passou-se a se admitir o divórcio no território nacional. No entanto, manteve-se o instituto do desquite, mas agora sob a "denominação eufemística" de separação judicial, sistema este mantido pela Constituição de 1988 e repetido no Código Civil de 2002.²⁴²

²⁴⁰ VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges: responsabilidade civil. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (Orgs.). **Direito de família no novo milênio**: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. p.179.

²⁴¹ Faz-se alusão à parte da doutrina, pois, conforme se verá no item subsequente, há diversos autores para os quais, após a edição da EC/66, o descumprimento dos deveres a que alude o artigo 1566 do Código Civil não gera qualquer tipo de consequência.

²⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dissolução da sociedade conjugal: separação judicial e suas modalidades. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (Orgs.). **Direito de família no novo milênio**: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. p.286.

Nesse contexto de um sistema binário, em que a separação judicial ou o transcurso do lapso temporal eram pré-requisitos para a decretação do divórcio²⁴³, era comum que se vinculasse o término da sociedade conjugal a uma causa, dependente de prova e que, não raro, pautava-se no cumprimento ou não dos deveres conjugais, expressos ou implícitos, a teor do disposto no artigo 1.572 do Código Civil.²⁴⁴ Era a chamada separação sanção.²⁴⁵

O próprio nome sugestionava que se operasse num binômio culpado-inocente, resultando um provimento jurisdicional de cunho condenatório, decretando-se qual era o cônjuge culpado pelo fim da sociedade conjugal. Era inerente às separações litigiosas a busca por um culpado. Dito de outro modo, voltava-se o processo a invadir a privacidade do casal com o fim de produzir provas no sentido de demonstrar quem havia descumprido com os ditos deveres conjugais.²⁴⁶

²⁴³ O artigo 1.580 do Código Civil, em seu *caput* e § 2.º, estipulava os requisitos para o divórcio: art. 1.580: "Decorrido 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. § 2.º O divórcio poderá ser requerido, por um ou ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos."

²⁴⁴ Art. 1.572. "Qualquer dos cônjuges poderá propor ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum."

²⁴⁵ A separação sanção costumava-se contrapor à separação remédio. Silvio Rodrigues explica-as da seguinte forma: "A doutrina, nesse campo, distingue as *causas-remédio* das *causas-sanção* para a dissolução do casamento em qualquer de suas modalidades (separação ou divórcio). Enquanto essas últimas (*causas-sanção*) surgem como espécie de punição ao cônjuge que infringiu um dever conjugal e, portanto, seu campo é o da separação litigiosa, as causas remédio se apresentam como solução branda, visando por termo a uma união que já não oferece condições de subsistência. É o que ocorre, por exemplo, na separação por mútuo consentimento, em que os separandos dão o seu assentimento à dissolução da sociedade conjugal sem mesmo articular as razões que os movem, por estarem convencidos de que o seu casamento não pode prosseguir." (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.6. p.207).

²⁴⁶ Não se ignoram os inúmeros julgados, inclusive anteriores ao Código Civil de 2002, afastando a investigação da culpa nos processos de separação judicial, inclusive com edição dos Enunciados 100 na I Jornada da Justiça Federal: "Art. 1.572: na separação, recomenda-se a apreciação objetiva de fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum" e número 254 da III Jornada: "Art. 1.573: Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incisos), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza hipótese de 'outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum' – sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges". No entanto, não se pode deixar de consignar que há julgados recentes que não descartam a análise da culpa nos referidos processos, mesmo que ao final venham a concluir pela impossibilidade de se estabelecer um único culpado pelo término da relação. Nos

Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva chegam a afirmar o caráter de indispensabilidade das normas que estabelecem os direitos e deveres dos cônjuges, acreditando que por meio delas se faz possível "preservar a dignidade dos consortes e assegurar a manutenção do núcleo familiar, que é a base

dois sentido mencionados, confira-se: **Afastando a discussão da culpa:** "APELAÇÕES CÍVEIS. SEPARAÇÃO JUDICIAL. I - AÇÕES CONEXAS JULGADAS EM UMA ÚNICA SENTENÇA. POSSIBILIDADE DE INSURGÊNCIA MEDIANTE RECURSO ÚNICO. II - FIM DA SOCIEDADE CONJUGAL. CULPA. DISCUSSÃO QUE NÃO ENCONTRA PERTINÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO. III - VERBA ALIMENTAR. BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO. IV - REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. PARTILHA DOS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE DURANTE A UNIÃO. BARCO CUJA EXISTÊNCIA É INCONTROVERSA. DIVISÃO DO NUMERÁRIO EXISTENTE NAS CONTAS DO CASAL E DA EMPRESA A ELES PERTENCENTE NA DATA DA SEPARAÇÃO FÁTICA. DESCONTO DE VALORES GASTOS POR UM DOS CÔNJUGES PARA ADIMPLENTO DE OBRIGAÇÕES ANTERIORES. V - DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO AO DEVER DE RESPEITO E CONSIDERAÇÃO MÚTUOS. IMPOSSIBILIDADE E IMPERTINÊNCIA DE SUA ANÁLISE COMO CONSEQUÊNCIA DE ALEGADA CULPA CONJUGAL. POSSIBILIDADE DE SUA APRECIÇÃO SOB O ÂNGULO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. CONTINUIDADE DO RELACIONAMENTO. PERDÃO TÁCITO, ADEMAIS, QUE NO MÍNIMO MITIGA OS DANOS APONTADOS. VI - SUCUMBÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO ÊXITO DOS LITIGANTES EM CADA AÇÃO SEPARADAMENTE. FIXAÇÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EX OFFICIO. SENTENÇA MODIFICADA EM PARTE. RECURSO DO SEPARANDO DESPROVIDO E DA SEPARANDA PARCIALMENTE PROVIDO" (TJSC - Apelação Cível n.º 2008.068243-5, de Criciúma, rel. Des. Henry Petry Junior – j. 15/09/2009). Ainda neste sentido: TJSC - Apelação Cível n.º 2008.008561-7, de Chapecó, rel. Des. Fernando Carioni – j. 27/02/2009; TJMG – Apelação Cível n.º 1121695-04.2008.8.13.0480 – rel. Des. Fernando Botelho; TJMG – Apelação Cível n.º 2728071-77.2005.8.13.0145 – rel. Des. Edilson Fernandes; TJRS - Apelação Cível n.º 70049024474, Oitava Câmara Cível - Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 23/08/2012; TJRS - Apelação Cível N.º 70002787653, Oitava Câmara Cível - Relator: Rui Portanova, Julgado em 22/11/2001; TJPR - Apelação Cível N.º 801.452-4 – Décima Segunda Câmara Cível - Relator: Antonio Loyola Vieira, Julgado em 07/03/2012; TJPR - Apelação Cível N.º 862.128-5 – Décima Segunda Câmara Cível - Relator: José Cichocki Neto, Julgado em 29/06/2012; **Admitindo a discussão da culpa:** "SEPARAÇÃO JUDICIAL - Culpa da ré verificada - Demonstração da relação extraconjugal bastante suspeita mantida entre a ré e terceiro, com as características do denominado "quase adultério", que constitui injúria grave - Alimentos - Ausência de comprovação de não ter parentes em condições de prestá-los - Inteligência do art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil - Encargo indevido - Valores depositados em conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) do autor - Adoção do regime de comunhão parcial de bens - Partilha indevida, por não im egrar o patrimônio comum - Recurso desprovido" (TJSP – Apelação Cível n.º 0125003-87.2008.8.26.0000 – Rel. Luiz Antonio de Godoy – j.19/05/2009). Ainda admitindo a discussão da culpa: TJSP – Apelação Cível n.º 0055046-40.2007.8.26.0224 – Rel. Teixeira Leite – j.19/01/2012; TJSC - Apelação Cível n.º 2003.025599-0, de Chapecó, rel. Des. Monteiro Rocha – j. 13/10/2005; TJPR - Apelação Cível n.º 772566-6 – Décima Segunda Câmara Cível - Relator: Benjamim Acacio de Moura e Costa, Julgado em 07/03/2012 (nesta decisão não admite-se a discussão da culpa para a dissolução do vínculo conjugal, no entanto, o Relator deixa expresso que, em questões atinentes ao uso do nome, alimentos e direito sucessório ainda se faz possível a sua discussão); TJPE – Apelação Cível n.º 41291-7 – Rel. Zamir Fernandes – j. 08/08/2000; TJRS - Apelação Cível N.º 70000013417, Oitava Câmara Cível - Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 20/12/2001.

da sociedade, e, por conseguinte da nação"²⁴⁷. Para eles, eventual ausência de previsão dos efeitos jurídicos do casamento e das consequências legais decorrentes do descumprimento dos deveres conjugais implicaria um incentivo à inobservância desses deveres, o que importaria num desrespeito à dignidade da pessoa humana nas relações familiares.²⁴⁸

Ainda seguindo no mesmo sentido do entendimento acima colocado no que se refere à importância da permanência da discussão da culpa, é a posição de Mário Delgado. Para esse autor, que acredita que o instituto da separação se mantém vigente no ordenamento jurídico brasileiro, a supressão da culpa não implicaria qualquer espécie de redução dos litígios familiares. Chega até mesmo a afirmar que

ao resolver este tipo de conflito, ainda que muitas vezes com o sacrifício de parcelas do direito personalíssimo à inviolabilidade da intimidade e da vida privada dos litigantes, o Estado também exerce a sua função de pacificação social, evitando a *vindita* privada que poderia ocorrer da negativa de acesso ao Judiciário por parte daqueles que se sentissem verdadeiramente lesados.²⁴⁹

Assim como Mário Delgado, Paulo Nader também se posiciona pela manutenção do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, bem como pela permanência da apuração da culpa nos litígios de família, não obstante a alteração

²⁴⁷ Ainda nessa mesma obra, os referidos autores acrescentam que: "Pode-se imaginar o caos que se instalaria se não fossem estabelecidos certos efeitos jurídicos ao casamento e se não fossem estabelecidas as consequências de seu descumprimento. As pessoas nas relações conjugais não estariam obrigadas a manter o especial respeito no plano moral e físico; nossa sociedade, formada sobre base familiar e monogâmica, perderia essa característica, possibilitando formações familiares poligâmicas;" (MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. 41.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.2. p.214).

²⁴⁸ *Ibid.*, p.215. Os autores ainda pontuam que o cônjuge considerado culpado por ter violado os deveres do casamento perderá o direito de utilizar o sobrenome conjugal, caso haja pedido expresso neste sentido, e terá direito apenas aos alimentos indispensáveis a sua sobrevivência, caso não tenha aptidão para o trabalho, ou parentes em condições de prestá-los (p.364). Arnaldo Rizzardo, advogando a tese de que a separação judicial foi abolida apenas como requisito para a concessão do divórcio, permanecendo como instituto autônomo no ordenamento, admite a discussão da culpa na fixação dos alimentos. No entanto, ressalta que este pensamento vem cedendo espaço para uma visão que coloca a dignidade da pessoa humana a frente de todos os outros valores. (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.702-703).

²⁴⁹ DELGADO, Mario Luiz. A nova redação do § 6.º do art. 226 da CF/1988: Porque a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a lei 11.441/2007**. 2.ed. São Paulo: Método, 2011. p.47.

na redação do parágrafo 6.º do art. 226 da Constituição Federal. Defende que, caso venha a prevalecer a tese de que o instituto da separação deva ser suprimido, a culpa deverá ser discutida em ação autônoma com o fim de ser fixado o valor da pensão alimentícia e mantido ou não o nome de casado.²⁵⁰

Há ainda de se considerar o posicionamento de alguns doutrinadores, a exemplo de Flávio Tartuce, que, após o advento da Emenda Constitucional n.º 66, embora se manifestem favoravelmente à supressão do instituto da separação judicial, não permitindo a discussão da culpa como premissa para o rompimento do vínculo conjugal, se mantêm fiéis a este pressuposto para determinados fins, em especial para a aferição dos alimentos.

Discordando de José Fernando Simão, coautor no Curso de Direito Civil, Tartuce entende ser viável a discussão da culpa para a dissolução do casamento em determinadas situações e na própria ação de divórcio. Para esse autor, faz-se possível a manutenção de um sistema dualista, ou seja, a existência de ações de

²⁵⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.204-205. No mesmo sentido é o entendimento de Euclides de Oliveira, para quem a separação permanece entre nós, não havendo ainda qualquer óbice para a discussão da culpa nas questões atinentes aos alimentos ou ao uso do nome de casado. (OLIVEIRA, Euclides. **Separação ou divórcio?**: considerações sobre a EC 66. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/682#>>. Acesso em: 13 set. 2012.). Embora Maria Helena Diniz, ao contrário de Paulo Nader, negue a possibilidade de discussão sobre a culpa pelo descumprimento dos deveres conjugais após a EC/66, sustenta a possibilidade de o juiz, antes de decretar o divórcio, ouvir os cônjuges, para que aquele se convença sobre o propósito de se divorciarem, podendo até mesmo se recusar a homologar o divórcio se não houver certeza do fato. Nas palavras da autora: "o juiz deverá ouvir os cônjuges, que não precisarão revelar as causas da separação, logo, não se cogitará de apurar a culpa ou responsabilidade pela separação de fato, bastará o convencimento da firmeza de seus propósitos para que o magistrado mande tomar por termo as declarações. Se o órgão judicante não se convencer daquela intenção, designará nova audiência e, se a esta comparecerem os cônjuges confirmando aquele propósito, suas declarações serão reduzidas a termo. c) o magistrado, se tudo estiver em ordem, prolatará sentença de divórcio, homologando a vontade declarada dos consortes; porém, se não houver certeza sobre algum fato, recusará a homologação, cabendo, então, apelação para instância superior, manifestada por um dos cônjuges, por ambos ou pelo representante do Ministério Público, já que a lei não estabeleceu, para o caso, recurso *ex officio*". (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.369-370). Soa um tanto estranho esse posicionamento externado por Maria Helena Diniz. Isso porque, ao mesmo tempo em que refuta o questionamento da culpa nos processos de divórcio, ou até mesmo nos seus consectários, como, por exemplo, nas ações de alimentos, acaba por admitir que o magistrado se negue a homologar o pedido de divórcio caso não se convença do real propósito dos cônjuges em se divorciarem. Ao que parece, um agir deste modo iria de encontro à preservação da esfera de intimidade do casal, acarretando uma interferência injustificada do Estado na vida privada. Ainda que a referida autora alegue que não caberia ao casal justificar os motivos, as causas da ruptura, exigir o comparecimento de ambos para convencer o magistrado da pertinência da decretação do divórcio parece uma exposição desnecessária. Outrossim, a decisão sobre permanecer ou não casados é pessoal do casal, não cabendo ao juiz qualquer tipo de interferência na situação.

divórcio em que se discuta ou não a culpa.²⁵¹ Entende que a justificativa para a permanência na aferição da culpa, mesmo após a extinção da separação judicial do ordenamento, encontra-se sob diversas ordens.²⁵² A primeira estaria no fato de a culpa ser um conceito inerente ao ser humano, sendo que muitas vezes os cônjuges teriam necessidade de discuti-la para poder amadurecer os seus problemas pessoais, estando aí a segunda razão para sua manutenção.

O incentivo ao cumprimento dos deveres conjugais, dentre eles a fidelidade, seria a terceira justificativa para a permanência da análise da culpa, daí decorrendo a quarta, qual seja, a possibilidade de aferição da responsabilidade civil decorrente do casamento. Por fim, sustenta que esse modelo, que chama de binário, é o que melhor atende aos anseios da complexa sociedade pós-moderna.

Nessa mesma linha se posiciona Gladys Maluf Chamma, advogando que tamanha é a importância da defesa dos deveres conjugais que, mesmo após a aprovação da Emenda Constitucional n.º 66, a discussão da culpa, pela inobservância daqueles, poderá ocorrer no próprio processo de divórcio. Afirma que

não há como simplesmente proibir a discussão da culpa, da violação dos deveres do casamento, da conduta desonrosa. Do contrário, qualquer um, em rompante de mau humor, poderá destruir seu lar e se livrar de sua família com um simples requerimento judicial sem qualquer tipo de explicação ou punição, o que não se pode admitir.²⁵³

²⁵¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 6.ed. São Paulo: Método, 2011. p.217. Neste mesmo sentido é o escólio de Álvaro Villaça de Azevedo.

²⁵² *Ibid.*, p.220-222.

²⁵³ CHAMMA, Gladys Maluf. **A PEC do divórcio e a discussão da culpa**. Disponível em: <<http://www.original123.com.br/assessoria/2010/02/15/a-pec-do-divrcio-e-a-discusso-da-culpa/>>. Acesso em: 10 set. 2012. Acrescenta ainda a autora no mesmo texto: "Portanto, reputamos prematura a interpretação de alguns renomados juristas que afirmam que com a PEC do divórcio nunca mais se poderá discutir a culpa na ruptura da vida em comum. No nosso entender, a vedação da discussão da culpa no divórcio se aplica apenas aos casos de conversão de separação, judicial ou não, em divórcio, nos casos de divórcio direto defendemos ser possível, sim, examinar a culpa e todos os demais temas próprios da separação, tais como alimentos, guarda de filhos, partilha, etc." Em sentido um pouco diverso, Álvaro Villaça de Azevedo não admite a discussão da culpa para a decretação do divórcio, mas admite que esta seja analisada, na mesma ação, para o reconhecimento de outros direitos, como por exemplo alimentos. (AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Emenda constitucional do divórcio**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigosc>>. Acesso em: 10 set. 2012).

Os valores patrimoniais ainda se fazem tão presentes para essa parcela da doutrina que, não obstante reconheçam a primazia normativa da Constituição Federal no ordenamento jurídico, por vezes, acabam relegando para um segundo plano a principiologia axiológica de índole existencial presente na Constituição. É o que se verifica, por exemplo, quando Fábio Ulhoa Coelho, na 4.^a edição do seu Curso de Direito Civil, coloca o cônjuge que chama de culpado pelo fim do casamento quase numa condição de cidadão de "segunda classe", relegando-o a sobreviver com o mínimo necessário, pelo fato de ter infringido algum dos ditos deveres conjugais.²⁵⁴

Cabe ressaltar que, apesar de José Fernando Simão colocar-se em corrente diversa à de Flávio Tartuce, também admite a discussão da culpa nas ações de alimentos, diferindo do seu coautor apenas pelo fato de exigir que tal ocorra em ação autônoma e não na própria ação de divórcio.²⁵⁵

Para autores como Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva, Arnaldo Rizzardo, dentre outros, é tão importante a manutenção da noção de culpa nas relações familiares que estendem a possibilidade da sua discussão inclusive nas dissoluções de uniões estáveis. Partindo da ideia de que o legislador atribuiu aos companheiros, por meio do artigo 1.724 do Código Civil²⁵⁶, os mesmos deveres dos cônjuges, esses doutrinadores vêm defendendo que o seu descumprimento caracteriza ato culposos a ensejar consequências no momento da fixação da pensão alimentícia, quando da dissolução das uniões estáveis.

²⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: famílias - sucessões**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.5. p.222-223. Ao exemplificar uma situação em que um casal, em processo de separação, ele um empresário de sucesso e ela uma mulher de classe média, apenas com curso técnico, discutem a fixação da pensão alimentícia, o referido autor chega a colocar a mulher numa condição bastante peculiar, em suas palavras: "Evidentemente, na separação, se a partilha não lhe destinou patrimônio suficiente para gerar os rendimentos para uma vida de padrão de classe média, por mais que se esforce essa infeliz, não conseguirá trabalho que lhe proporcione renda para tanto. Só conseguirá viver *de modo compatível com a sua condição social*, se puder contar com os alimentos do ex-marido. Terá direito a eles, nesse caso, a menos que tenha sido dela a culpa da dissolução da sociedade conjugal." (p.223).

²⁵⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 6.ed. São Paulo: Método, 2011. p.234.

²⁵⁶ Art. 1.724. "As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito, assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva chegam a sustentar que

diante dessas novas regras, o companheiro que violar gravemente dever inerente à união estável, sendo desleal ou desrespeitando ou faltando com a assistência ao outro companheiro, perderá o direito a alimentos, já que esses procedimentos são indignos. Finalmente, a lei atribuiu à união estável efeitos semelhantes aos do casamento, impondo aos companheiros as devidas consequências pelos atos que praticam.²⁵⁷

Em sentido semelhante posiciona-se Arnaldo Rizzardo, para quem, da regra contida no parágrafo único do art. 1.704 do Código Civil²⁵⁸, pode-se extrair que "mantém-se a obrigação de prestar alimentos ao convivente considerado culpado pela separação, mas restritamente no valor indispensável para a sobrevivência, e desde que não tenha parentes em condições de fornecê-los e aptidão para o trabalho".²⁵⁹

²⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. 41.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.2. p.85.

²⁵⁸ Art. 1704, parágrafo único. "Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência".

²⁵⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.832. Comungando do mesmo entendimento: NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.512; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.444. Ao atualizar a obra de Caio Mário da Silva Pereira, Tânia da Silva Pereira posiciona-se em sentido diverso, entendendo que na fixação da pensão alimentícia, nas uniões estáveis, a culpa não deve ser considerada. Entretanto, apesar de deixar bastante clara a sua posição quanto à extinção da separação do ordenamento jurídico brasileiro após a edição da Emenda Constitucional n.º 66, quando trata dos alimentos entre cônjuges no Código Civil, dá a entender que permanece admitindo a análise da culpa; é o que se afere, por exemplo, do seguinte trecho: "Dentro da orientação do Código de 2002, na hipótese de decretação de culpas recíprocas, ou seja, de descumprimento pelo marido e pela mulher de dever conjugal, ambos perdem o direito a alimentos, uma vez que não haverá 'inocência' de qualquer deles, sempre com observância do disposto no parágrafo único do art. 1.704." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011. v.5. p.265-272; 545; 567).

Sem que seja preciso ingressar em um debate mais aprofundado a respeito da permanência ou não do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro,²⁶⁰ de tudo o que até aqui restou exposto, percebe-se que, para parte da doutrina do Direito de Família, a discussão sobre a culpa ainda merece relevância.

Independentemente de alguns autores permanecerem admitindo ou não a separação após o advento da Emenda Constitucional 66, o fato é que se mantêm atrelados à discussão da culpa, divergindo apenas se tal ocorrerá na própria ação de divórcio ou em ação autônoma. Essa situação denota que o subjetivismo, típico e até mesmo inerente às relações em que se discute culpa e que era característico do liberalismo do século XIX e meados do século XX, ainda não restou totalmente superado, não podendo se ignorar que esta doutrina também acaba por influenciar a jurisprudência.²⁶¹

Sob a justificativa de que muitas vezes a discussão da culpa viria em benefício e não em prejuízo das partes²⁶², defende-se a sua manutenção nos litígios de família sem que haja uma efetiva reflexão das consequências dessa sistemática sobre aqueles que de fato estão envolvidos no litígio.

²⁶⁰ Embora entenda que, após a Emenda Constitucional n.º 66, o instituto da separação tenha restado extinto do ordenamento jurídico brasileiro, qualquer digressão mais aprofundada sobre o tema transbordaria aos limites desta dissertação. Para uma análise mais aprofundada: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio**: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/629#>>. Acesso em: 11 set. 2012; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. Rio de Janeiro: GZ, 2010; DIAS, Maria Berenice. **DIVÓRCIO JÁ!** Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²⁶¹ Diversos dos doutrinadores citados têm os seus manuais em edições bastante elevadas, figurando como Professores e Palestrantes em Instituições e Congressos por todo o País, logo se pode dizer que são formadores de opinião.

²⁶² É o que defende por exemplo Mário Luiz Delgado ao questionar: "A reflexão que queremos lançar aqui é outra e diz respeito à eficácia da supressão (*de lege ferenda*) da culpa para a efetiva redução de litígios familiares. Será que a extinção de determinados instrumentos processuais evitará o litígio? Ou não será mais racional deduzir que os litigantes arranjarão outro meio para litigar? Um cônjuge raivoso, magoado, vítima de dano moral, de agressões físicas, lesado em seu patrimônio, superará a mágoa, relevará a dor e abrirá mão de litigar tão somente porque não poderá mais fazê-lo no processo de divórcio?" (DELGADO, Mario Luiz. A nova redação do § 6.º do art. 226 da CF/1988: Porque a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a lei 11.441/2007**. 2.ed. São Paulo: Método, 2011. p.45).

Quando se está a tratar de Direito de Família, é preciso se ter em mente que as questões que envolvem as partes não têm a sua origem num único evento, e tampouco se findam com um provimento jurisdicional isolado, seja ele de que natureza for. As relações familiares são complexas e devem assim ser encaradas²⁶³, são constituídas por uma diversidade de atos que não podem ser elencados num *a priori*, como, por exemplo, num contrato, ao contrário, elas se renovam diariamente e por isso o seu grau de previsibilidade é menos mensurável.

Dessa forma, a se continuar insistindo na análise da culpa nas relações familiares, ainda que seja apenas para fim de fixação da pensão alimentícia, estar-se-á a reduzir a complexidade dessas relações, buscando-se culpados e inocentes mediante uma investigação invasiva de atos efetivados no passado. Permanecer-se-á incentivando sentimentos belicosos e vingativos, lançando-se um olhar contra o outro, quando, tendo-se em conta a principiologia axiológica existencial erigida pela Constituição Federal de 1988, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, esse olhar deveria ser para o outro.

Buscando-se evitar que o litígio passe a ser o único vínculo entre pessoas que em algum momento estiveram unidas pelo afeto, e que por isso, às vezes, têm tanta dificuldade em por fim ao processo, é que se faz necessário pensar em uma dimensão ética de responsabilidade a pautar o Direito de Família.

Conforme se anotou, era de certa forma previsível que aqueles que se mantiveram fiéis à discussão da culpa se omitissem quanto a outro olhar sobre a responsabilidade. No entanto, esperava-se que os que a criticam começassem a pensar num sentido de responsabilidade nas relações familiares para além da responsabilidade civil. No entanto, conforme se verá a seguir, tal expectativa tem restado de certa forma frustrada.

²⁶³ Anthony Giddens, fazendo alusão à obra de Beck e Beck-Gernsheim resume bem essa complexidade por qual passam as famílias na contemporaneidade: "Os autores concluem que as relações na nossa época moderna são, por assim dizer, muito mais que relações. Não só o amor, o sexo, os filhos, o casamento e os deveres domésticos são tópicos de negociação nas relações, mas também o são os tópicos que têm a ver com o trabalho, a política, a economia, as profissões e a desigualdade. Os casais modernos enfrentam um conjunto variado de problemas, que vão dos mais mundanos aos mais profundos." (GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p.181). Para um maior aprofundamento da ideia acima colocada: BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. **The normal chaos of love**. Tradução de Mark Ritter e Jane Wiebel. Oxford: Blackwell, 1995.

1.1.2 Nem culpa nem responsabilidade

Se, por um lado, não se pode desprezar a influência e o papel desempenhado pelos já referidos doutrinadores que se mantêm fiéis à defesa da culpa como um elemento ainda presente nas relações familiares, por outro, há também uma gama respeitável de autores que, já há algum tempo, vem se posicionando pela superação da sua discussão em qualquer esfera dos litígios de família, como é o caso de Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias, Leonardo Barreto Moreira Alves, dentre outros. Para esses autores, a impossibilidade da análise da culpa se mostra evidente não só quanto à dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, mas também quanto a tudo o que daí decorre, incluindo a questão afeta aos alimentos e ao nome de casado.

Na visão desses doutrinadores, que não divergem quanto à extinção da separação do ordenamento jurídico brasileiro, se antes da alteração do § 6.º do artigo 226 da Constituição a tendência já era pela superação da análise da culpa nos litígios de família, após esta mudança tal se mostrou mais acentuada.²⁶⁴

Rolf Madaleno, por exemplo, deixa clara a sua posição quanto à impossibilidade de discussão da culpa no atual contexto em que se encontra o Direito de Família brasileiro.²⁶⁵ Para ele, ainda que o Código Civil de 2002 tenha se mostrado bastante

²⁶⁴ Cabe aqui deixar consignado que são da lavra de Paulo Luiz Netto Lôbo os artigos, em revistas e sítios eletrônicos especializados, que de forma mais minuciosa abordaram a questão da superação da análise da culpa nos litígios de família, antes e depois da Emenda Constitucional n.º 66/2010. No entanto, este autor não será trabalhado neste momento da dissertação, na medida em que, diferentemente dos demais, conforme será possível aferir em capítulo posterior, não se limitou a refutar a culpa, vindo a refletir sobre uma dimensão ética da responsabilidade. Para um exame dos textos do referido autor sobre o tema conferir: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio: alteração constitucional e suas consequências**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/629#>>. Acesso em: 11 set. 2012; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas**. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrf/lpext.dll?f=templates;z&fn=index.htm>>. Acesso em: 13 set. 2012.. Justifica-se também a abordagem a *posteriori*, da contribuição externada por Rodrigo da Cunha Pereira, na medida em que vem trabalhando com uma noção de responsabilidade para além do viés patrimonial, o que o difere dos demais doutrinadores elencados neste capítulo. Para um aprofundamento da visão exposta pelo referido autor no que se refere às transformações operadas pela Emenda Constitucional n.º 66, conferir: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

²⁶⁵ Cabe aqui anotar que em diversas passagens de sua obra Rolf Madaleno utiliza as palavras culpa e responsabilidade praticamente como sinônimos. Citam-se como exemplo as seguintes assertivas em que usa expressamente o significante responsabilidade no sentido de imputação, de atribuição de culpa: "Por detrás da apuração da responsabilidade ou desse verdadeiro

conservador em matéria de alimentos, mantendo expressa a questão da culpa para a sua fixação entre cônjuges, doutrina e jurisprudência já vinham se posicionando no sentido de afastá-la e assim encarar o direito alimentar de uma forma objetiva, o mesmo podendo ser dito no que se refere à manutenção ou não do nome de casado.²⁶⁶

Tendo como ponto de partida as transformações operadas na estrutura familiar após o advento da Constituição Federal de 1988, a qual reconheceu a dignidade da pessoa humana como seu fundamento e forneceu as bases para que a família se tornasse o espaço de realização do afeto, Leonardo Barreto Moreira Alves refuta por completo a discussão da culpa nos litígios de família, posição esta assumida mesmo antes da vigência da Emenda Constitucional n.º 66.²⁶⁷ Sustenta que a superação da culpa também irradia os seus efeitos para aquilo que se tinha como punição nas separações, em especial no que se refere aos alimentos. Estes devem ser fixados tendo-se em conta a pessoa humana em sua plenitude, sem que se possa aceitar a imposição de qualquer limitação decorrente de critérios advindos da culpa.²⁶⁸

campeonato de culpas segue o homem perseguindo a transferência da responsabilidade pessoal, pois casamento sempre foi uma coisa de dois, [...]"; "Até o advento da Emenda Constitucional n.º 66/2010 ainda importava para o direito brasileiro a pesquisa e apuração da suposta autoria e responsabilidade pelo fracasso da sociedade conjugal e quando examinada a culpa em relação ao direito alimentar, [...]". (MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.201 e 928).

²⁶⁶ *Ibid.*, p.320 e 929. No que se refere à união estável, defende o autor que a culpa nunca pode ser considerada, pois o Código Civil, no seu artigo 1.704, delimitava a sua análise às relações matrimoniais, não sendo lícito restringir direitos nos quais o legislador assim não procedeu. (p.932).

²⁶⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O fim da culpa na separação judicial**: uma perspectiva histórico-jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.97-123.

²⁶⁸ Nas palavras do autor: "Corolário do fim da culpa como óbice à decretação da separação judicial é a falência do modelo que atribui sanções àquele havido como culpado na dissolução da sociedade conjugal [...]. Nesse contexto, *ab initio*, relembre-se que a punição da perda da *guarda judicial dos filhos do casal* já se encontra superada com o advento do Código Civil de 2002 [...]. Quanto ao *nome de casado*, é preciso estar atento ao fato de que, uma vez obtido, ele integra definitivamente o nome como um todo do separando, pois, por meio dele, haverá a identificação deste enquanto indivíduo perante a sociedade. Em razão disso, o nome de casado passa a constituir mais um dos direitos da personalidade do cônjuge que a ele aderiu, não podendo, por isso, ser suprimido. [...] Destarte, dentre as punições decorrentes da separação-sanção, sem dúvida alguma, a mais injusta delas é a perda ao *direito a alimentos*. [...] O castigo em si continua a existir, mesmo atenuado. Se só recebe a totalidade do direito a alimentos (ou seja, os alimentos civis) quem for declarado inocente na separação (além de ser exigido que ele não tenha parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho), é óbvio que o culpado recebeu uma punição. Não é mais possível, nos dias de hoje, aceitar que o odioso e ultrapassado elemento 'culpa' imponha a concessão do direito a alimentos de forma limitada, apenas pela metade. A dignidade da pessoa humana exige que tal direito seja exercido por inteiro, com a plenitude que o cônjuge-alimentando faz *jus*". (*Ibid.*, p.114-119).

Voltando-se o olhar para momentos que antecederam a edição da Emenda Constitucional n.º 66, percebe-se que mesmo a jurisprudência já emitia fortes sinais sobre a necessidade de se questionar a pertinência da análise da culpa nos processos de família. Ao relatar o Recurso Especial n.º 467.184, de 05 de dezembro de 2002, antes mesmo da vigência do atual Código Civil, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar deixou consignado que era possível decretar a separação de um casal independentemente da comprovação da culpa de qualquer dos cônjuges. Este acórdão serviu de paradigma para diversos outros julgados tanto do próprio Superior Tribunal de Justiça como dos Tribunais dos Estados.²⁶⁹

Esse contexto não passou despercebido à Maria Berenice Dias, que há muito se posiciona pela exclusão do elemento culpa. Para ela, a busca na identificação de condutas culposas implica a violação ao direito à privacidade e à intimidade das pessoas, constituindo, portanto, afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dito de outro modo, obrigando-se os cônjuges a expor suas intimidades com o fim de produzir provas ao juiz, no intuito de apontar um culpado, de verificar qual dos dois violou os ditos deveres conjugais, estar-se-ia a admitir uma ingerência indevida na esfera privada. Defende não haver sentido em se averiguar a culpa quando, na verdade, o que se tem como consequência, não raro, é causa, e vice-versa.²⁷⁰

²⁶⁹ STJ – REsp n.º 467.184-SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 05/12/2002. Cabe ainda anotar que o Projeto de Lei n.º 647/2007, denominado Estatuto das Famílias, ainda pendente de aprovação no Congresso Nacional, além de não fazer qualquer alusão ao instituto da separação judicial, também não menciona a culpa como critério para a fixação dos alimentos entre cônjuges.

²⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.290. Em obra lançada logo após a edição da Emenda Constitucional n.º 66 a mesma autora ainda deixa expresso que, com o fim da separação judicial e o questionamento sobre as suas causas e a culpa, restaram revogados os dispositivos do Código Civil que impunham limitações quanto à permanência do uso do nome de casado e à fixação dos alimentos. (DIAS, Maria Berenice. **DIVÓRCIO JÁ!** Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.51, 96-100). No mesmo sentido é o posicionamento de Sílvio de Salvo Venosa e Carlos Roberto Gonçalves, para quem a Emenda Constitucional n.º 66 pôs fim à separação judicial e, conseqüentemente, retirou do direito brasileiro a noção de culpa no que se refere às relações familiares (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.147 e 379; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.220-221). Assinala-se que mesmo antes da Emenda Constitucional n.º 66 Luiz Edson Fachin já questionava a pertinência da manutenção não só da discussão da culpa, como também do próprio instituto da separação no direito brasileiro (FACHIN, Luiz Edson. Ensaio sobre o fim da separação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p.503-517).

A essa parcela da doutrina que milita pela superação da culpa no Direito de Família poderia se indagar se extariam extintos os deveres conjugais previstos no artigo 1566 do Código Civil. Quanto a este questionamento Rolf Madaleno posiciona-se no sentido de que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 66, estes deveres se tornaram postulados éticos, não havendo qualquer sanção pela sua inobservância, mas também não implicando na sua revogação. Tanto é assim que chega a afirmar que os deveres conjugais

são disposições de cunho ético e insuscetíveis de derrogação pela vontade dos consorciados, que devem se curvar diante dessas normas cogentes de conduta social [...]. Uma vez violado qualquer um desses deveres, que não podem ser dispensados por vontade dos cônjuges, nem mesmo no contrato antenupcial, implicará na faculdade ética de o cônjuge atingido pela quebra do dever matrimonial promover a dissolução do seu casamento.²⁷¹

Nesse sentido, Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ainda complementam

Com o casamento são estabelecidos deveres recíprocos entre os cônjuges para que se aperfeiçoe a plena comunhão de vida instalada entre eles. Os efeitos pessoais do matrimônio são os que alcançam os cônjuges individualmente, entrelaçando-os reciprocamente, com um mínimo de conteúdo ético, não suscetível de apreciação pecuniária. Consistem, pois, em direitos recíprocos e necessários para que a relação seja plena, em todos os seus sentidos.²⁷²

Ao seguirem percorrendo sobre cada um dos deveres conjugais, o que se infere é que, ainda que não deixem consignado de forma expressa, de fato, não vislumbram a incidência de qualquer sanção direta pela inobservância desses deveres. Argumentam que o dever de fidelidade, por exemplo, só pode ser compreendido em conjunto com o dever de mútuo respeito e consideração, não ficando aquele restrito a um aspecto sexual e devendo ser lido devidamente contextualizado na complexidade da sociedade contemporânea, o mesmo podendo ser afirmado do dever de vida em

²⁷¹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.174-175.

²⁷² FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. v.6. p.296. Em sentido análogo é o posicionamento de GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.6. p.280-306.

comum no domicílio conjugal. Assim, dito de outra forma, a decisão sobre dividir ou não o mesmo teto deverá ser uma escolha única e exclusivamente do casal.²⁷³

No que se refere à mútua assistência, a qual deve ser encarada tanto sob um aspecto moral quanto material, argumentam que esta decorre do princípio constitucional da solidariedade, sendo que o dever de guarda, sustento e educação dos filhos estaria mais afeto ao exercício do poder familiar do que, propriamente, a um dever de cunho matrimonial.²⁷⁴

No entanto, prosseguindo-se na reflexão, percebe-se que esta ordem de questionamentos a respeito dos deveres conjugais, limitando-se a dizer que eles se tornaram postulados éticos, parece insuficiente. Talvez se faça necessário pensar os deveres conjugais a partir de um diálogo com a dimensão ética da responsabilidade. Assim será possível analisar até que ponto se justifica a manutenção desses deveres de forma expressa na legislação civil.²⁷⁵

Não há como se negar o relativo avanço dessa parcela da doutrina quando reconhece a impossibilidade de qualquer análise a respeito da culpa para fim de concessão ou restrição de direitos nos litígios de família, uma vez que este tipo de investigação representa uma efetiva invasão na vida privada do casal. No entanto, apesar desse passo adiante, em momento algum os autores examinados denotam preocupação em abordar as relações familiares a partir de uma dimensão ética da responsabilidade; proceder este que permitiria compreender diversas situações familiares sob um viés menos subjetivo e imputativo.

É preciso, de fato, entender quais os vínculos que se estabelecem numa relação conjugal para além da afetividade e da solidariedade, estes talvez já bem compreendidos pela doutrina.

As alusões feitas à responsabilidade na doutrina do Direito de Família ligam-se, de um modo geral, ou ao seu sentido coloquial ou, de uma forma ainda mais frequente, ao sentido estritamente jurídico, qual seja, de responsabilidade civil.

²⁷³ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. v.6. p.296-302.

²⁷⁴ *Ibid.*, p.302-303.

²⁷⁵ Na parte III, ao se cotejar a dimensão ética da responsabilidade com algumas decisões judiciais atinentes à família simultânea essa ordem de reflexões ficará mais evidenciada.

1.1.3 O que se fala é de responsabilidade civil

Para além do exame dos tradicionais manuais de Direito de Família, o que já foi feito no item anterior, um olhar sobre os periódicos e coletâneas destinados a este ramo do direito, bem como sobre os sítios eletrônicos que veiculam artigos jurídicos, denotam que na conjugalidade a história de um sentido ético de responsabilidade se confunde praticamente com uma ausência de história.

Diferentemente do que ocorre com a afetividade e até mesmo com o cuidado²⁷⁶, a dimensão ética da responsabilidade não tem recebido a devida atenção dos estudiosos do Direito de Família. As alusões feitas à responsabilidade na conjugalidade acabam ficando restritas à esfera da responsabilidade civil, a qual, por óbvio, não se confunde com a dimensão ética da responsabilidade.

Não há como se olvidar que a responsabilidade civil no seu sentido mais tradicional passa por profundas transformações. Numa abordagem mais contemporânea, ela tem se mostrado de certa forma descolada do famoso trinômio culpa,nexo causal e dano, que a acompanhou ao longo da sua história.²⁷⁷ Segundo Anderson Schreiber, "vive-se um momento de erosão dos filtros da reparação, com a gradual perda de importância dos tradicionais critérios de imputação de responsabilidade (culpa e o nexo causal)"²⁷⁸. Na vertente da responsabilidade civil, que hoje vem se

²⁷⁶ A questão atinente ao cuidado será mais bem abordada no capítulo 2 desta segunda parte. No entanto, cabe ressaltar que tanto o cuidado como a afetividade têm recebido maior atenção por parte da doutrina do direito de família, sendo objeto de estudo em diversos artigos, tanto em revistas especializadas como em coletâneas e sítios jurídicos. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira dedicaram-se a coordenar três obras destinadas a tratar do cuidado (*Cuidado como valor jurídico; Cuidado e vulnerabilidade; Cuidado e Responsabilidade*). Quanto à afetividade, basta uma rápida consulta nas revistas e nos sítios especializados em direito de família, para se constatar a diversidade de artigos que a ela se dedicam direta ou indiretamente. Junto ao sítio da Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, com revistas editadas desde outubro de 2007, foram encontrados mais de quinze artigos (<http://www.magisteronline.com.br/mgstrf/lpext.dll?f=templates&fn=edicoes.htm&2.0>).

²⁷⁷ Para um estudo mais aprofundado a respeito da responsabilidade civil, no seu sentido tradicional conferir: DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.5. O mesmo autor aponta ainda cinco tendências da responsabilidade civil brasileira, a partir da observação da jurisprudência e da doutrina, quais sejam: "(i) a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil; (ii) a coletivização das ações de responsabilização; (iii) a expansão dos danos ressarcíveis e a necessidade de sua

denominando "Direito de Danos"²⁷⁹, é a figura da vítima que é levada a destaque, bem como do dano injusto, e não mais do ato ilícito em si considerado.

No entanto, a responsabilidade civil, seja na teoria tradicional, seja na perspectiva do direito de dano, permanece guardando em si um caráter de imputabilidade e de relação com os fatos passados, características que lhe são inerentes. Dito de outro modo, independentemente da corrente a que se filie²⁸⁰, não se pode negar que a responsabilidade civil tem por essência um caráter imputacional e de índole

seleção; (iv) a despatrimonialização não já do dano, mas da reparação; e (v) a perda de exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de danos". (SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.6, n.22, p.47, abr./jun. 2005). Ainda, lançando as bases para uma nova perspectiva da responsabilidade civil menos vinculada à culpa e a hipóteses preestabelecidas de responsabilização objetiva, é o escólio de Giselda Maria F. Novaes Hironaka, para quem "a grande questão em sede de responsabilidade civil contemporânea, a se envolver nas dobras do pensamento jurídico da pós-modernidade, afinal de contas, parece mesmo revoltar-se contra as torrentes de construções doutrinárias que visaram, precipuamente, dar menos à interpretação dos textos legais, no sentido do favorecimento do direito das vítimas, para dar mais a essa interpretação, que corresse no sentido de melhor favorecer o interesse do demandado, em não reparar o dano causado. Provavelmente, será necessário revisar, reler, reconsiderar sem demora, e em tempo já não tão distante de chegar, aquelas mesmas objeções que foram levantadas, ao longo da segunda metade do século que findou, contra uma efetiva possibilidade de se fundar, sobre uma noção de *mise en danger*, ou sobre um critério melhor, que se possa logo estruturar, um mecanismo de reparação de danos cometidos às vítimas, que não fosse simplesmente um mecanismo assentado sobre a velha noção de culpa, mas que fosse um tal mecanismo no qual a exposição ao risco pudesse representar algo além da mera identificação causal do dano reparável, apresentando-se quiçá, como um verdadeiro critério de imputação da responsabilidade sem culpa, elevado à categoria de *règle à valeur d'ordonnancement juridique*." (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.353).

²⁷⁹ Segundo Caitlin Sampaio Mulholland, "a expressão *direito de danos* deve ser utilizada preferencialmente quando nos referimos ao estado atual da Teoria Geral da Responsabilidade Civil. Isto porque [...] a noção de responsabilidade está atrelada a uma ideia moralizante e limitadora da autonomia individual, característica marcante do século XIX; enquanto a expressão *direito de danos* seria mais consentânea das funções hodiernas do estudo da obrigação de indenizar, pois se refere aos danos que devem ser indenizados. A análise é, pois, objetivada em relação ao resultado afastando-se a pesquisa da conduta pessoal fruto da autonomia individual reprovável causadora de um prejuízo (visão subjetiva da responsabilidade)". (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.13).

²⁸⁰ É importante consignar que mesmo dentre aqueles autores que se filiam ao chamado "direito de dano" não há uma completa negação à noção da culpa. A esse respeito afirma Caitlin Sampaio Mulholland: "É neste sentido que a noção de responsabilidade civil é modificada com a nova concepção constitucional do direito civil. Se antes, a obrigação de indenizar um dano tinha como principal – e senão, único – fundamento a culpa daquele que lesiona o direito subjetivo de outrem, na atualidade ela deve ser necessariamente reinterpretada no sentido de considerar-se também responsável aquele que proporciona um risco de dano, calcando-se essa responsabilidade no princípio da solidariedade social que deve estar presente em todas as relações sociais. Não se quer com esta afirmação afastar do âmbito da responsabilidade civil contemporânea a noção de culpa e sua importância na configuração na obrigação de indenizar. O que se pretende é estabelecer que antes de ser exceção, a responsabilidade calcada no risco – responsabilidade esta de natureza objetiva – se encontra atualmente em um mesmo grau de relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro baseando-se em valores que são constitucionalmente garantidos." (*Ibid.*, p.20-21).

reparatória²⁸¹, ou seja, pressupõe a existência de um dano, mesmo que de caráter extrapatrimonial, para que haja o respectivo dever de reparar ou de compensar, reparações e compensações estas que via de regra são de cunho patrimonial.

Dessa forma, percebe-se que, diferentemente do que ocorre com a responsabilidade numa dimensão ética, a responsabilidade civil trabalha com os pressupostos de causa-consequência, direito-dever, ou seja, de reciprocidade e isso numa esfera temporal de proximidade, responde-se pelos atos já praticados. Volta-se, via de regra, para aquilo que já aconteceu e não para o futuro.

Não obstante o incremento de uma produção doutrinária cada vez mais atenta ao estudo da responsabilidade civil a partir de um olhar voltado à vítima, permanecem as divergências entre os estudiosos desta área do direito²⁸², como, aliás, não poderia deixar de ser, dada a relativa novidade do tema, refletindo, inclusive, na jurisprudência.²⁸³

²⁸¹ Anderson Schreiber, ao elencar as já mencionadas "novas tendências da responsabilidade civil", enfatiza-as justamente sob o prisma de uma ampliação dos danos ressarcíveis. (Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.6, n.22, p.59-64, abr./jun. 2005). Sem qualquer tom de crítica, o que com isso se quer demonstrar é que a responsabilidade civil, não obstante as suas transformações, guarda em si um cunho de ressarcibilidade e reparabilidade, o que não se verifica numa dimensão ética de responsabilidade.

²⁸² Os autores já citados, Caitlin Sampaio Mulholland, Anderson Schreiber, Giselda Maria F. Novaes Hironaka, bem como Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. **Temas de direito civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.205), dentre outros, admitem a existência de um sistema dualista no Código Civil de 2002, em que convivem normas de responsabilidade civil subjetiva e objetiva, negando qualquer prevalência às primeiras. No entanto, há de se mencionar a existência de autores que ainda se mantêm fiéis à defesa da supremacia da responsabilidade civil fundada na culpa. É o caso de Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil: noções gerais. Responsabilidade objetiva e subjetiva. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011. p.38); Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Rio de Janeiro: Forense: 2004. v.13. p.34).

²⁸³ Apenas a título de exemplo, citam-se dois julgados, um primeiro mantendo-se adstrito à responsabilidade civil de cunho subjetivo e outro que reconhece uma amplitude maior a responsabilidade estendendo a obrigação de indenizar aos organizadores do evento: APELAÇÃO CIVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA ESTÉTICA. LIPOASPIRAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. ALEGAÇÃO DE RESULTADO INSATISFATÓRIO. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. 1- A obrigação decorrente de procedimento cirúrgico plástico embelezador é de resultado, sendo atribuída ao médico, portanto, nestes casos, responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida, em atenção ao disposto no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. 2- O laudo pericial, ainda que não tenha respondido pontualmente todos os quesitos formulados pelas partes, concluiu de forma exaustiva que o

No entanto, extrapolaria aos limites e objetivos desta dissertação qualquer pretensão de estabelecer uma abordagem mais aprofundada a respeito do atual estado da arte em que se encontra a teoria da responsabilidade civil ou do chamado direito de dano.²⁸⁴

O que importa para o presente estudo é demarcar, a partir de premissa já estabelecida, qual seja, de que a responsabilidade civil não se confunde com a dimensão ética da responsabilidade, que esta, de fato, vem sendo praticamente ignorada por parcela expressiva da doutrina do Direito de Família brasileiro.²⁸⁵ Quando esta doutrina trata de responsabilidade nas relações conjugais, é de responsabilidade civil que está a tratar.

"procedimento cirúrgico obteve o resultado adequado, dentro dos padrões para técnica lipoaspiração". Ademais, não tendo a autora oferecido o recurso cabível contra a decisão que indeferiu o pedido de realização de nova prova pericial, resta precluso o seu direito. 3- Neste caso, considerando que o procedimento adotado foi correto, convenci-me de que o réu não agiu com culpa, o que afasta seu dever de indenizar. O expert foi conclusivo ao afirmar que o resultado obtido foi o esperado dentro dos padrões da lipoaspiração. DESPROVERAM AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível n.º 70050337849, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 12/09/2012); RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRESSÃO FÍSICA NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTÁDIO DE FUTEBOL. ESTATUTO DO TORCEDOR. CDC. Agravo retido. Cerceamento de defesa. O juiz é o destinatário das provas, sendo seu dever indeferir a produção das inúteis ou protelatórias, a teor do disposto no art. 130 do CPC. Em relação à legitimatio ad causam, como regra geral, deve estar presente a correspondência entre as partes do processo, autor e réu, e pessoas que integram a relação jurídica de direito material objeto do litígio. A entidade responsável pela organização de competições e de práticas esportivas equipara-se ao fornecedor de serviços, por expressa disposição art. 3.º da Lei 10.671/03 (Estatuto do Torcedor). O dever de indenizar decorre da constatação nos autos que, diante das falhas do réu na organização do evento esportivo, o autor foi agredido fisicamente ao tentar ingressar no estádio de futebol. Agressão física que caracteriza dano in re ipsa. Estatuto do torcedor. Dever de segurança do mandante do jogo. Valor da indenização reduzido, para adequá-lo às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, bem como com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade Agravo retido não provido. Apelo provido em parte. (Apelação Cível n.º 70045324795, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 31/05/2012):

²⁸⁴ Considerando-se o fato de que nos textos nos quais se aborda a questão atinente à responsabilidade civil no Direito de Família o termo utilizado permanece sendo, exclusivamente, "responsabilidade civil" e não direito de danos a opção nesta dissertação será pela utilização apenas e tão somente "responsabilidade civil".

²⁸⁵ Em outros momentos já se deixou consignada a ressalva de que há alguns nomes pontuais na doutrina brasileira de Direito de Família que vêm tratando da responsabilidade para além do seu aspecto civil, como por exemplo, Paulo Luiz Netto Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Celina Bodin de Moraes, Gisele Câmara Groeninga.

Não são poucos os artigos que se debruçam sobre a questão da responsabilidade civil na conjugalidade.²⁸⁶ Estes se propõem a encarar a responsabilidade no Direito de Família única e exclusivamente sob o enfoque da teoria da responsabilidade civil, abordando-a sob a perspectiva da possibilidade ou não de reparar eventuais danos sofridos pelo cônjuge ou companheiro na constância da relação.²⁸⁷

Nesses escritos grande parte dos autores deixa claro que, em matéria familiar, em especial nas relações conjugais, ainda prevalece a teoria da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, fundada na culpa. Nesse sentido, Marcos Ehrhardt Júnior assevera que "não parece possível afirmar que ocorreu o 'divórcio' entre a culpa e

²⁸⁶ De forma exemplificativa, mencionam-se, dentre outros: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade civil no direito de família. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**. em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p.487-504. p.487-504; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade civil pela violação ao dever de fidelidade no casamento. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p.505-516. p.505-516; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos A. de A. Responsabilidade civil no direito das famílias: vicissitudes do direito contemporâneo e o paradoxo entre o dinheiro e o afeto. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Família no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo Salvador: PODIVM, 2010. p.353-371; ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**. Disponível em: <www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/75>. Acesso em: 17 set. 2012. p.397-428; VAZ, Caroline. A compensação dos danos morais no divórcio após a EC n.º 66 de 13 de julho de 2010 In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick (Org.). **Direito de família em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012. p.55-74; CASABONA, Marcial Barreto. Responsabilidade civil no direito de família. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.350-368; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Responsabilidade civil nas relações familiares**. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em: 17 set. 2012; REYS, Clayton; SIMÕES, Fernanda Martins. **As relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil brasileira**. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/2076/1422>>. Acesso em: 18 set. 2012. Em pesquisa realizada no sítio eletrônico da Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões (<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0> – Acesso em: 17 set. 2012), bem como junto ao sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (<http://www.ibdfam.org.br/novosite/> - Acesso em: 18 set. 2012) verificou-se que a quase totalidade dos artigos em que se menciona o significante responsabilidade é assumindo o significado de responsabilidade civil.

²⁸⁷ Há de se pontuar que, justamente por se tratar de questão circunscrita única e exclusivamente à responsabilidade civil, não interessará a esta dissertação qualquer tipo de indagação a respeito das hipóteses de cabimento ou não da responsabilização civil na conjugalidade e eventual extensão da indenização. O que importa consignar é apenas e tão somente a ausência de um tratamento da responsabilidade a partir da sua dimensão ética.

os demais pressupostos ensejadores do dever de indenizar no campo do Direito de Família"²⁸⁸.

Com isso, pode-se perceber que, nesse contexto, a responsabilidade civil, nitidamente enfoca os atos passados. Há uma relação de causa e consequência, estando a responsabilidade ainda atrelada a um viés patrimonial e com um evidente caráter de imputação, o que diverge do seu sentido ético. Se na doutrina do Direito de Família, ao tratar da responsabilidade civil, por um lado, percebe-se uma aproximação à noção de culpa, por outro, não se verifica o mesmo movimento no que se refere a uma dimensão ética de responsabilidade.

Não se quer com tudo isso negar a importância de se estudar e debater aspectos da responsabilidade civil no Direito de Família. A questão que se coloca é de justamente não se restringir a abordagem a este significado, na medida em que o significativo responsabilidade é muito mais amplo e pode pautar decisões mais justas em matéria familiar.

Poder-se-ia se pensar que a indiferença para com o tratamento da dimensão ética de responsabilidade até agora verificado seria decorrente do fato de se estar diante de relações entre iguais (cônjuges e companheiros). No entanto, conforme será abordado a seguir, cenário parecido é encontrado nas relações parentais.

²⁸⁸ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos A. de A. Responsabilidade civil no direito das famílias: vicissitudes do direito contemporâneo e o paradoxo entre o dinheiro e o afeto. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Família no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo Salvador: PODIVM, 2010. p.366. Guilherme Calmon Nogueira da Gama sustenta que na conjugalidade só se admite o dever de indenizar caso esteja configurado o ato ilícito e presentes os requisitos genéricos da responsabilidade civil. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Responsabilidade civil nas relações familiares**. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em: 17 set. 2012). Em relação ao artigo de Marcos Ehrhardt Junior, cabe o registro de que, dentre os analisados é o único que, embora trate da responsabilidade civil nas relações familiares sob um enfoque subjetivo, atrelado à culpa, ao final do seu texto, noticia a importância de se pensar preventivamente nos conflitos de família.

1.2 A RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES PARENTAIS

A mudança paradigmática operada pela Constituição Federal de 1988, ao alterar o foco do direito civil do patrimônio para a pessoa, operando-se o que se convencionou chamar de repersonalização do direito civil²⁸⁹, fez-se sentir com especial ênfase no Direito de Família. Fruto das transformações sociais que já eram sentidas na sociedade brasileira do século XX, a referida Constituição incorporou em seu texto importantes dispositivos ampliando a tutela constitucional de sujeitos que até então eram tidos como objetos da relação jurídica familiar, dentre eles os filhos.²⁹⁰ Nesse contexto, de prevalência do ser sobre o ter, as relações parentais sofreram sensível alteração de conteúdo, na medida em que "de uma vinculação formal e hierarquizada assumiu uma vertente mais afetiva, já que vivenciada em uma família democrática"²⁹¹.

Por serem pessoas em condições peculiares de desenvolvimento, portanto vulneráveis, crianças e adolescentes, recebem da Constituição Federal de 1988 especial proteção. Colocam-se diante de uma nova estrutura familiar, não mais se justificando a manutenção dos antigos postulados que marcavam o anacrônico "pátrio poder" do Código Civil de 1916. Quanto à família, "progressivamente, com o surgimento do desenho do afeto no plano dos fatos, ela se inscreve numa trajetória

²⁸⁹ Por todos, LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.24, p.136-156, jun./jul. 2004.

²⁹⁰ Citam-se como exemplo os §§ 4.º e 5.º do artigo 226, o artigo 227, todos da CF.

²⁹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.203. Para uma maior compreensão do que se entende por família democrática, MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 27 a 29 out. 2005. p.613-640. Neste artigo Maria Celina observa que "a tendência da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez menos organizado, menos hierarquizado, e independente de laços consanguíneos, e cada vez mais baseado em sentimentos e em valores compartilhados" (*Ibid.*, p.617).

de direitos subjetivos: de espaço de poder se abre para o terreno da liberdade: o direito de ser ou de estar, e como se quer ser ou estar"²⁹².

Aos filhos importa não apenas estar na família, mas como se está. Nesse sentido tanto a Constituição, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002 passaram a lhes assegurar direitos para que pudessem nela se desenvolver livremente como pessoas e assim chegar à vida adulta de maneira mais saudável física e emocionalmente. O relacionamento estabelecido entre pais e filhos deve ser dialógico, não havendo mais lugar para uma relação de poder, seja ele exercido por meio físico ou psíquico; a relação é muito mais de dever.

Com a superação da antiga figura do "pátrio poder", o Código Civil de 2002 passou a denominá-lo poder familiar. No entanto, esta denominação parece não ser a mais adequada na medida em que o atual conteúdo do dito "poder familiar" não é exatamente de poder, mas de dever.²⁹³ Assim, tem-se preferido, o que inclusive será adotado nesta dissertação, o termo autoridade parental. Sobre isso, oportuna a explicação de Ana Carolina Brochado Teixeira:

Julgamos mais adequada a nomenclatura autoridade parental, por melhor refletir o conteúdo democrático da relação, além de traduzir preponderantemente uma carga de deveres do que de poderes, para que o filho, pessoa em desenvolvimento, tenha a estruturação biopsíquica adequada. O vocábulo autoridade é mais condizente com a concepção atual das relações parentais, por melhor traduzir a ideia de função, e ignorar a noção de poder. Já o termo parental traduz melhor a relação de parentesco por excelência presente na relação entre pais e filhos, de onde advém legitimidade apta a embasar a autoridade.²⁹⁴

²⁹² FACHIN, Luiz Edson. **Paradoxos do direito de filiação na teoria e prática do novo Código Civil Brasileiro**: intermitências da vida. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em: 18 set. 2012.

²⁹³ Na linha de Paulo Luiz Netto Lôbo: "Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O interesse do múnus não é livre, mas necessário no interesse de outrem." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 19 set. 2012).

²⁹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.204.. Compartilhando do mesmo entendimento: LÔBO, *op. cit.*. A Lei

Contudo, há que se atentar, como bem pontua Paulo Luiz Netto Lôbo, que de nada adianta reconstruir o referido instituto se tal implicar apenas no deslocamento do poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), uma vez que é preciso que a mudança seja compreendida com maior amplitude e sempre se tendo em mente que a autoridade parental é exercida no interesse dos filhos, na sua realização como pessoas.²⁹⁵

É nessa perspectiva que a autoridade parental deve ser lida, tendo como premissa o princípio constitucional da igualdade, igualdade esta em sentido substancial, não havendo mais lugar para relações de sujeição, mas de participação. "A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado ao outro"²⁹⁶, a criança e o adolescente tornam-se sujeitos ativos da própria educação.²⁹⁷ Assim, fica evidente que o exercício dessa autoridade só se justifica na medida e nos limites em que vier a atender aos interesses dos filhos e a fim de promover a sua dignidade como pessoa.

Nessa medida, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 227 uma série de deveres à família, portanto, aos detentores da autoridade parental. Aqueles devem

n.º 12.318/2010, que dispõe sobre alienação parental, em seu artigo 3.º adotou a denominação "autoridade parental", *verbis*: "A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrente de tutela ou guarda". O Estatuto das Famílias (PL n.º 674/2007), ainda pendente de aprovação, também preferiu a expressão autoridade parental (Capítulo III do Título IV - arts. 83 a 91) (In: <<http://s.conjur.com.br/dl/projeto-cria-estatuto-familias.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2012). Ainda quanto à nomenclatura importa ressaltar que no direito português, em caráter bastante inovador, a Lei n.º 61/2008, que trouxe diversas alterações no seu sistema de divórcio, modificou a denominação "poder paternal" para "responsabilidades parentais". Para um maior aprofundamento sobre o tema: GUERRA, Paulo. As responsabilidades parentais. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo. **Estudos em homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Almedina, 2010. p.237-252; GERSÃO, Eliana. Transformação social, divórcio e responsabilidades parentais. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo. **Estudos em homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Almedina, 2010. p.223-235.

²⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 19 set. 2012.

²⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.258.

²⁹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.204.

ser exercidos em benefício dos filhos, como crianças e adolescentes, destinatários de especial proteção, quais sejam: direito a vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária.

A autoridade parental também se encontra regulamentada no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, havendo plena compatibilidade entre todas as normas.²⁹⁸ Embora o Código Civil mencione que o "poder familiar" compete aos pais, é ele integrado por titulares recíprocos de direitos, pois são os filhos os titulares dos direitos correspondentes aos deveres efetivados pelos pais.²⁹⁹ Esses deveres são exercidos conjuntamente pelo pai e pela mãe e não sofrem qualquer solução de continuidade caso haja alteração do estado civil dos pais, como, por exemplo, pelo divórcio ou dissolução de união estável.³⁰⁰ Ocorre que, havendo divergência entre os pais quanto a este exercício, poderão socorrer-se ao Poder Judiciário para resolvê-lo.³⁰¹

A prática demonstra não serem frequentes situações de litígios entre pais que se encontrem casados ou em união estável e se voltem ao Poder Judiciário para solucionar divergências atinentes ao exercício da autoridade parental. Não se quer com isso dizer que as diferenças não existam, apenas que com maior dificuldade elas se transformam em lides. Tal vem a ocorrer, aí sim com demasiada frequência, nos casos em que não mais perdura a conjugalidade, ou mesmo quando a relação conjugal nunca existiu.

Nessas situações, não raro, o pai ou a mãe que exerce a guarda vem a dificultar ou mesmo impedir que o não guardião exerça os seus deveres junto ao filho, promovendo-se um afastamento entre ambos. Nos casos mais extremos, em

²⁹⁸ Arts. 21 a 24 e 155 a 163 do ECA e arts. 1.630 a 1.638 do Código Civil.

²⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.299.

³⁰⁰ É neste sentido o teor dos artigos 1.631 e 1.632 do Código Civil e art. 21 do ECA.

³⁰¹ Art. 1.631, parágrafo único do CC e art. 21, ECA.

que o processo de distanciamento vai se tornando crônico, sem que haja a contribuição do pai/mãe afastado, pode-se configurar a chamada alienação parental.³⁰²

Também vem se tornando bastante comum no cenário forense episódios em que os próprios filhos, no caso de falha ou total inobservância pelos pais dos deveres inerentes à autoridade parental, pleiteiam indenização por dano moral com base no alegado abandono afetivo.³⁰³

³⁰² É com certa tristeza, dada a gravidade que toca a situação, que se constata o aumento do número de casos no Poder Judiciário que envolvem acusações de prática de alienação parental. Não foi por outro motivo que em 26/08/2010 foi editada a mencionada Lei n.º 12.318. Em seu artigo 2.º esta Lei preceitua: "Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este". Em seu parágrafo único exemplifica atos caracterizadores de alienação parental. Ao tratar da alienação parental, Giselda Hironaka e Gustavo Ferraz Monaco esclarecem que na prática da alienação parental, por meio de violência psíquica, viola-se o direito constitucional da criança e do adolescente de convivência familiar, afetando-se a sua identidade pessoal e maculando a sua dignidade humana. (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.539).

³⁰³ Ao tratar do abandono afetivo, Paulo Luiz Netto Lôbo explica que "sob esta expressão, doutrina e jurisprudência brasileiras atentaram para o fato de o pai, que não convive com a mãe, contentar-se em pagar alimentos ao filho, privando-o de sua companhia. A questão é relevante, tendo em conta a natureza dos deveres jurídicos do pai para com o filho, o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza laica do Estado de Direito, que não pode obrigar o amor ou afeto às pessoas". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.310-311). Em decisão recente o Superior Tribunal de Justiça condenou um pai a pagar indenização a uma filha pelo chamado abandono afetivo – "CIVIL É PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (Resp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012) .

Sem a pretensão de se realizar um estudo pormenorizado a respeito do instituto da autoridade parental, da alienação parental e do abandono afetivo, o que se pretende, a partir do estabelecimento destas premissas e de algumas outras que a seguir serão expostas, é refletir se nesses novos contornos assumidos pela relação parental houve concomitantemente algum espaço de reflexão a respeito de uma dimensão ética de responsabilidade por parte da doutrina majoritária do Direito de Família.³⁰⁴

Quanto à conjugalidade, o que se verificou, quando do exame da referida doutrina, é que o tratamento conferido à responsabilidade se restringe à responsabilidade civil. Essa visão é compartilhada tanto pelos autores que admitem a discussão da culpa nas relações familiares como por aqueles que a refutam.

Na relação parental, por ter fundamentos um pouco diversos dos da conjugalidade, conforme anotado em momento anterior, não se cogita de um eventual rompimento da relação entre pais e filhos por mera liberalidade daqueles. Dito de outro modo, diversamente do que ocorre, por exemplo, numa relação conjugal, o fim do amor, a incompatibilidade de gênios, não pode dar ensejo ao término de uma relação parental. Tanto é assim que as hipóteses elencadas pelo Código Civil para a extinção do que chamou "poder familiar" são bastante restritas e *numerus clausus*.³⁰⁵

As quatro primeiras hipóteses (morte, emancipação, maioridade e adoção), uma vez implementadas, implicam a extinção automática da autoridade parental. Apenas para o caso de perda será necessária prévia decisão judicial. A destituição da autoridade parental poderá ocorrer caso se façam presentes uma das quatro

³⁰⁴ Utiliza-se a expressão doutrina majoritária no mesmo sentido e para abarcar os autores já examinados nos itens anteriores, consignando-se que, também como já exposto, a visão de Paulo Luiz Netto Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira, Tânia da Silva Pereira e Gisele Câmara Groeninga será vista de forma apartada, uma vez que estes vêm trabalhando com a responsabilidade sob um outro olhar.

³⁰⁵ O artigo 1.635 do Código Civil elenca as cinco hipóteses de extinção do poder familiar, quais sejam: "I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5.º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638."

situações descritas no artigo 1.638 do Código Civil³⁰⁶, sendo a prevista no inciso IV a que aqui interessa, pois relacionada à inobservância dos deveres inerentes à autoridade parental.³⁰⁷

Antes de adentrar, propriamente, na questão atinente à análise doutrinária sobre a inobservância dos deveres inerentes à autoridade parental e suas consequências, importante frisar que pelas próprias características da relação estabelecida entre pais e filhos a natureza desses deveres é diversa daquela prevista para as relações conjugais, que se encontra encartada nos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil.

É justamente em razão de nas relações parentais se fazer presente um vulnerável, qual seja, a criança ou o adolescente, que nela sequer se coloca em dúvida a obrigatoriedade de observância, do ponto de vista jurídico, dos deveres inerentes à autoridade parental. Em caso de inobservância dos deveres, há previsão expressa de sanção consistente na perda da autoridade parental.

Situação equivalente não se verifica na conjugalidade. Nesse contexto, principalmente após a Emenda Constitucional n.º 66, conforme restou delineado em item anterior, vem se firmando o entendimento de que esses deveres, em sua maioria, tornaram-se postulados éticos, de modo que a sua inobservância não é capaz de gerar qualquer sanção de ordem jurídica.³⁰⁸

³⁰⁶ "Artigo 1.638 do Código Civil. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente"; Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha."

³⁰⁷ De certo modo, todas as hipóteses descritas no artigo 1.638 do Código Civil implicam a inobservância dos deveres inerentes à autoridade parental. Não há como negar que o castigo imoderado do filho, o seu abandono e a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, estes últimos devidamente contextualizados, não infringem o disposto no artigo 227 da Constituição Federal e 22 do ECA. Ocorre que o inciso IV do artigo 1.638, ao remeter ao artigo 1.637, confere uma abrangência maior, pois alberga todos os deveres inerentes à autoridade parental.

³⁰⁸ Conforme já mencionado no item 1.1.2, há autores, dentre eles Regina Beatriz Tavares da Silva, que permanecem defendendo o caráter obrigatório dos deveres conjugais, sob pena de não o fazendo ser o cônjuge considerado culpado pela dissolução da sociedade conjugal e, com isso, vir perder o sobrenome de casado ou ter a pensão alimentícia fixada em valor restrito a sua sobrevivência.

Dessa forma, percebe-se que na relação parental a observância dos deveres inerentes à autoridade parental não é uma faculdade ou um postulado ético, mas um dever jurídico cujo descumprimento enseja, por lei, a aplicação de sanção. No entanto, a relação parental não tem em si um conteúdo patrimonial ou contratual, como se pudesse ser resumida ou simplificada num binômio lícito-ilícito; ela certamente é mais complexa que isso.

Ocorre que, ao se analisar, do ponto de vista doutrinário, a questão atinente aos deveres inerentes à autoridade parental, percebe-se que grande parte dos autores limita-se a abordá-la sob um viés descritivo e(ou) punitivo, sem qualquer alusão a um sentido ético de responsabilidade. Para ilustrar esse discurso mostra-se oportuno trazer a lume a abordagem delineada por alguns dos civilistas que vêm se ocupando do tema.

Sílvio de Salvo Venosa utiliza de maneira indiscriminada as denominações pátrio poder, poder familiar e autoridade parental, sem denotar maior preocupação com a origem dessas diferenças e do porquê da necessidade de se empregar, na atualidade, uma denominação que seja condizente com o conteúdo do instituto. Tal pode ser conferido pelo teor do seguinte trecho da sua obra

o poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é o exercício de um poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. Nesse sentido, entendemos o pátrio poder como conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens.³⁰⁹

Essa opção do autor se reflete na forma como aborda a autoridade parental, inclusive no que se refere aos deveres a ela inerentes. Fá-lo com um viés bastante descritivo, pautando-se basicamente nos dispositivos do Código Civil. O mesmo pode ser observado quando trata das infrações a esses deveres e, especificamente, da alienação parental. Nessas duas últimas situações pode-se perceber que a abordagem do instituto é feita muito mais por um viés punitivo, não se encontrando

³⁰⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.303-304.

qualquer reflexão de cunho preventivo ou que pudesse se aproximar de uma dimensão ética de responsabilidade.³¹⁰

Arnold Wald e Priscila M. P. Correa da Fonseca tratam do assunto de forma ainda mais concisa, sequer mencionando a existência dos dispositivos constitucionais referentes à matéria. Definem o poder familiar como "um poder jurídico, ou seja, como um poder familiar-dever, exercido pelo pai e pela mãe, por delegação do Estado, no interesse da família"³¹¹. Talvez por nem mesmo tangenciarem o conteúdo constitucional da autoridade parental, o que é fundamental para a atual compreensão do instituto, é que os autores acabam por defini-lo como um poder-dever exercido no interesse da família e não dos filhos. Abordando a autoridade parental a partir de premissas como essas, de fato, há pouco espaço para um diálogo com uma dimensão ética de responsabilidade.

De modo mais abrangente, autores como Maria Helena Diniz, Arnaldo Rizzardo, Sílvio Rodrigues e Paulo Nader tratam da autoridade parental a partir dos seus aspectos constitucionais, codificados e do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, apesar de discorrerem, de certa forma até minuciosa, sobre o conteúdo dos deveres inerentes a ambos os pais e das hipóteses de extinção, suspensão e perda do poder familiar, não há uma maior problematização sobre o assunto, sequer mencionando as questões da alienação parental ou do abandono afetivo, quanto menos a possibilidade de se refletir sobre a autoridade parental a partir de um sentido ético de responsabilidade.³¹²

³¹⁰ Também bastante descritiva, pautando-se essencialmente no Código Civil, é a abordagem trazida sobre o tema por Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva. Estes autores ainda sustentam que nos casos de descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, juntamente com o pedido de destituição do poder familiar poderá ser cumulado pedido de indenização por danos morais. No entanto, não tecem maiores considerações a respeito do assunto. (MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**: direito de família. 41.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.2. p.501-520).

³¹¹ WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Correa da. **Direito civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2009. v.5. p.331. No mesmo sentido procede Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: famílias - sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.5. p.200-210).

³¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.588-608; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.535-550. RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito de família. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.6. p.353-372; NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.343-364. Apesar de Maria Helena Diniz exaltar a importância do dever de criação e educação dos pais para com os filhos, admite que estes prestem serviços aos pais,

Mesmo autores como Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Berenice Dias e Rolf Madaleno³¹³, que adotam uma postura menos descritiva do instituto da autoridade parental, problematizando-o um pouco mais, desde o aspecto da denominação escolhida pelo Codificador até aportar nas polêmicas questões do abandono afetivo e da alienação parental, se abstêm quanto a um enfrentamento das relações parentais a partir de uma dimensão ética de responsabilidade.

Não obstante reconheçam o caráter democrático da família, bem como o fato de serem relações baseadas no afeto, Tartuce e Simão acabam por encarar a autoridade parental e as questões que a ela se relacionam muito mais sob um viés punitivo. Tanto é assim que os únicos momentos a que fazem alusão ao significativo responsabilidade é quando tratam da responsabilidade civil por abandono afetivo e por abuso de direito decorrente da prática de alienação parental.³¹⁴

com o fim de assim participar da manutenção da família, não fazendo qualquer ressalva quanto à condição de vulnerabilidade do filho e à superação da noção de família como núcleo de produção. Restringe-se a mencionar as limitações aos trabalho apenas de ordem legal e objetivas, previstas na Constituição Federal, CLT e legislação especial (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.596). Sílvio Rodrigues vai ainda mais longe ao defender que "É óbvio que a regra implica a permissão para os pais guardarem parte ou mesmo todo o salário do filho menor, pois a ideia do legislador é a de que os filhos que trabalham, embora menores, devem participar da manutenção da família. Nos lares menos afortunados, a contribuição dos filhos é uma das fontes importantes da receita." (RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.6. p.363). Ainda mais preocupante é a afirmação de Paulo Nader: "Embora não seja o melhor caminho, é admissível a imposição de castigos físicos leves, moderados, oportunos, que não causem alguma lesão, física ou psicológica. Qualquer reprimenda deve ser justa, a fim de não provocar a revolta do filho." (NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.352). Dada a importância do tema, cabe aqui uma pequena digressão. Na medida em que os citados autores se posicionam no sentido de que a autoridade parental é exercida no interesse dos filhos, considera-se que tal é de certa forma contraditório com a admissão de aplicação de castigos físicos leves às crianças ou adolescentes, bem como com a exigência de participação na manutenção da casa.

³¹³ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 6.ed. São Paulo: Método, 2011. p.399-408; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.6. p.595-613; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.412-435; DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.382-396; MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.653-674.

³¹⁴ TARTUCE; SIMÃO, *op. cit.*, p.400 e 405.

Não é outra a forma de encarar a autoridade parental de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Esses autores chegam a ressaltar, assim como o faz Carlos Roberto Gonçalves, que de nada adianta o aprimoramento terminológico do Código Civil de 2002, se este não vier acompanhado de uma efetiva percepção daqueles que exercem a autoridade parental, de que ela deva ser realizada em total benefício dos filhos. No entanto, ao prosseguirem tratando do tema, quando poderiam caminhar para uma reflexão das relações parentais a partir de um sentido ético de responsabilidade, passam a abordá-las de maneira bastante descritiva e num sentido imputacional.

Quando, por exemplo, Stolze e Pamplona, bem como Gonçalves³¹⁵, referem-se à chamada "Lei da Palmada"³¹⁶, limitam-se a abordá-la sob uma perspectiva quase exclusivamente normativa, para ao final questionar a possibilidade de os pais deferirem ou não nos filhos as chamadas "palmadinhas corretivas". Dito de outro modo, ficam restritos a problematizar até que ponto poderia o Estado interferir na esfera privada, no caso na educação dos filhos, quando não houvesse excessos.³¹⁷

No entanto, ao que parece, a reflexão a respeito da "Lei da Palmada" não se restringe à possibilidade ou não de aplicação de castigo moderado dos pais aos filhos, ou da ingerência ou não do Estado na vida privada da família. Ela se estabelece em algo que antecede a isso, que diz menos com premissas reflexivas de causa e efeito e mais com um olhar sobre o outro, no caso o filho, a criança e o adolescente como pessoas em si consideradas, como o "outro". Assim, percebe-se ausente um enfrentamento da responsabilidade a partir da sua dimensão ética.

Quanto à obra de Maria Berenice Dias, há de se fazer algumas ressalvas com o fim de se evitar qualquer injustiça. Nela verifica-se a existência de algumas alusões ao significante responsabilidade e ao respectivo adjetivo (responsável), que, a princípio, não se ligam apenas ao significado de responsabilidade civil, embora este

³¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.6. p.595-613; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.422-423.

³¹⁶ Ainda em fase de projeto de lei. (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54C299CDB606B07977E1BFF3082FABE9.node2?codteor=790543&filename=Tramitacao-PL+7672/2010>. Acesso em: 08 out. 2012.

³¹⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p.601-604.

apareça com mais força. Aparecem essas referências quando Maria Berenice Dias afirma, por exemplo, que "a autoridade parental é o veículo instrumentalizador de direitos fundamentais dos filhos, de modo a conduzi-los à autonomia responsável"³¹⁸, ou ainda, "a essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar"³¹⁹.

A referida jurista não se propôs a explicar as eventuais diferenças de significados do mesmo significante, debruçando-se apenas sobre a responsabilidade civil, naquilo em que se relaciona com as hipóteses de abandono afetivo. Assim, remanesce certa dúvida sobre qual teria sido a intenção da autora ao utilizar o significante responsabilidade em diferentes momentos. Dito de outra maneira, se com isso pretendeu dar início a uma reflexão sobre um sentido ético de responsabilidade ou se, na realidade, todas as alusões à responsabilidade, de um modo ou de outro, serviram apenas para justificar a possibilidade de caracterização de responsabilidade civil no âmbito familiar.

O mesmo cenário pode ser observado quando se analisam alguns estudos realizados a respeito da alienação parental e do abandono afetivo. Cabe aqui perquirir³²⁰ se em situações tão caras ao Direito de Família não seria o momento de se ter um olhar mais voltado ao futuro e menos fincado em binômios maniqueístas como culpado-inocente, alienador-alienado, causa-consequência.

Os textos de Direito de Família que se dedicam à alienação parental, de um modo geral, seguem uma mesma linha na abordagem do tema, qual seja, procuram explicar no que consiste a chamada síndrome de alienação parental³²¹, o contexto

³¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.384.

³¹⁹ *Ibid.*, p.388.

³²⁰ Salienta-se que nessas reflexões não há qualquer pretensão de se tratar de forma exaustiva esses assuntos, pois tal certamente daria ensejo a novas dissertações.

³²¹ Há que se diferenciar a síndrome de alienação parental (SAP) da alienação parental. Aquela geralmente decorre desta, que consiste no "afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia" (FONSECA, Priscila Maria Pereira Côrrea da. **Síndrome de alienação parental**. Disponível em: <www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/24534>. Acesso em: 23 set. 2012). Já a SAP, segundo Richard Gardner, "é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de

em que ela costuma ocorrer, quais os atos mais comuns praticados pelo alienador no intuito de inserir falsas memórias no filho, os meios para identificar a alienação parental, suas consequências e o papel do Poder Judiciário na sua repressão.³²²

As abordagens são feitas inevitavelmente em uma relação de causa e consequência, adotando-se parâmetros de reciprocidade. Nesses textos propõem-se soluções para os casos de alienação parental, ou mesmo para a própria síndrome, mediante os atos do Poder Judiciário, cogitando-se, também, na reparação do dano moral e material ao não guardião prejudicado pelos atos do guardião. Ocorre que não se atenta para o fato de que a alienação não é algo isolado, a ser resolvido com uma simples medida judicial. Ela se protraí no tempo e com ele se renova. Não há uma causa em si determinada.

Quando o fenômeno da alienação parental é colocado como uma relação que envolve guardião-alienador de um lado e não guardião de outro, o filho retorna quase à condição de objeto desta relação, ignorando-se a sua condição de pessoa. Concentra-se na busca de um "culpado" pela prática dos atos de alienação e na respectiva punição, quando caberia ao direito olhar para aquilo que antecede a isso, buscando-se um agir preventivo.

crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinaçção das instruçções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programaçção, doutrinaçção") e contribuiçções da prpria criançca para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criançca pode ser justificada, e assim a explicaçção de Síndrome de Alienaçção Parental para a hostilidade da criançca não é aplicável". (GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienaçção Parental (SAP)?** Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobresap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 23 set. 2012).

³²² Esse contexto foi verificado nos seguintes textos: FONSECA, Priscila Maria Pereira Côrrea da. **Síndrome de alienação parental**. Disponível em: <www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/24534>. Acesso em: 23 set. 2012; DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Disponível em: <http://mariaberenicedias.com.br/uploads/1_-_s%EDndrome_da_aliena%E7%E3o__parental,_o_que_%E9_isso.pdf>. Acesso em: 21 set. 2012; LAGRASTA NETO, Caetano. **Parentes: guardar ou alienar – a síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=index.htm>>. Acesso em: 23 set. 2012; COSTA, Ana Surany Martins. **Alienaçção parental: o "Jogo Patológico" que gera o sepultamento afetivo em função do exercício abusivo da guarda**. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=index.htm>>. Acesso em: 23 set. 2012.

As premissas com as quais operam as relações familiares são muito diversas da dos outros ramos do direito civil. Diferentemente do que ocorre, por exemplo, num contrato de locação em que, caracterizada a mora pelo atraso no pagamento pode se vir a decretar o despejo, nas relações familiares há uma complexidade muito maior que é a elas inerente pelo simples fato de que as pessoas que nela estão inseridas se ligam por laços de afetividade.

Com isso não se quer dizer que se devam ignorar as situações de alienação, e eventuais penalidades a serem aplicadas ao alienador. Contudo, no atual estado da arte das relações familiares isso se mostra insuficiente. A complexidade dessas relações impede que elas sejam pensadas apenas a partir de um olhar para os atos do passado, buscando-se a aplicação de uma punição. Por isso, a necessidade de se trabalhar com uma dimensão ética de responsabilidade que se dirige à realização de deveres voltados ao futuro. Dessa forma, é possível pensar em um agir preventivo, evitando-se a configuração ou a perpetuação daquele quadro endêmico.

O mesmo ocorre quando se examina a questão do abandono afetivo. Numa análise de alguns dos textos que se propõem a tratar da matéria, percebe-se que a questão que se coloca em debate é se cabe ou não o pagamento de indenização por parte do pai que teria abandonado emocionalmente o seu filho. Entre aqueles que defendem o provimento de cunho condenatório, chega-se a falar na necessária interface entre Direito de Família e direito das obrigações, adotando-se, inclusive, os postulados da teoria tradicional da responsabilidade civil, ou seja, o dever de indenizar estaria caracterizado mediante a prática de ato ilícito consagrado no artigo 186 do Código Civil.³²³

Aqueles que se posicionam pela impossibilidade de caracterização de dano moral por abandono afetivo, fazem-no sob o argumento de que não haveria sentido

³²³ É essa a posição de Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio. Abandono afetivo (indenização): comentários a julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. Danos Morais por abandono moral. In: LAGRATA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011. p.225-239. p.225-239); Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. v.6. p.630-633; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Cuidado de pai e de mãe é dever de natureza objetiva**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/regina-beatriz-cuidado-pai-mae-dever-natureza-objetiva>>. Acesso em: 23 set. 2012.

em se obrigar alguém a amar, a dar afeto.³²⁴ No entanto, há de se pontuar que a discussão sobre o dano moral é apenas a ponta do *iceberg*. Se a relação parental chegou a ponto de o filho pleitear a condenação do pai/mãe a indenizá-lo moralmente por se sentir abandonado afetivamente, certamente isso não teve origem num único ato, como quando uma instituição financeira procede à inscrição indevida do nome de um correntista em serviço de proteção ao crédito. Assim, essa discussão não pode ficar restrita a parâmetros patrimoniais.

Sem qualquer intenção de negar a possibilidade de interlocução entre a responsabilidade civil e o Direito de Família, o que se que questiona é se este seria o único sentido possível do significante responsabilidade a ser trabalhado no Direito de Família; acredita-se que não. Pelo contrário. Um sentido ético de responsabilidade talvez venha a contribuir ainda mais para o Direito de Família contemporâneo, principalmente quando nele se pensa em longo prazo.

Embora muito se esteja a falar sobre alienação parental, sobre as consequências dos atos do alienador sobre os filhos e sobre o não guardião, as penalidades àquele aplicadas, bem como sobre as situações de abandono afetivo e a existência ou não do dever de indenizar, o que não se percebe é que há algo na antessala de tudo isso.

Ao se decidir ser pai ou mãe, ao se postular a guarda de uma criança ou mesmo exercê-la de fato, as pessoas fazem escolhas. Nesse movimento de decisão, de escolher, encontra-se embutido um sentido de responsabilidade que deve ser exercitado e trabalhado.

No entanto, conforme se pode ver nas linhas que antecederam, o olhar daqueles que se dedicam ao estudo do Direito de Família, em sua maior parte³²⁵, tem se voltado em muito para o passado, dando-se pouca importância para o futuro. Desse modo, situações caras a este ramo do direito não são tratadas de forma preventiva, sendo abordados sob um viés punitivo ou patrimonial.

³²⁴ HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/298>>. Acesso em: 23 set. 2012.

³²⁵ As ressalvas já mencionadas com relação aos autores que serão tratados no capítulo 2 desta parte também valem para este item.

É tempo para uma reflexão sobre outros sentidos de responsabilidade no Direito de Família que não fique restrita à responsabilidade civil. Por certo, tal importará num aprimoramento na solução dos conflitos levados ao foro. Além disso, permitirá uma melhor compreensão, pelas famílias que se socorrem do Poder Judiciário, de como elas mesmas poderão trabalhar com os seus próprios atos e angústias para que eles não se transformem em constantes e perenes litígios.

CAPÍTULO 2

A RESPONSABILIDADE NA DOUTRINA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO DE FAMÍLIA SOB OUTRO OLHAR

Na medida em que o presente trabalho se propõe a uma reflexão a respeito dos limites e das possibilidades da responsabilidade no Direito de Família contemporâneo, sua abordagem não pode se restringir às ausências, devendo tratar também das presenças.

Se, por um lado, no capítulo anterior, fez-se necessário demonstrar que a maior parte da doutrina vem tratando a responsabilidade de forma unívoca, ou seja, considerando apenas o seu aspecto jurídico, por outro, é mister ressaltar que ela possui outras dimensões que merecem ser encaradas. Neste sentido, alguns doutrinadores do Direito de Família vem se debruçando sobre o tema, conferindo à responsabilidade um sentido que ultrapassa aos limites da responsabilidade civil.

É nessa medida que serão analisados os ensinamentos da doutrina que estabelece uma relação entre responsabilidade e psicanálise, dos autores que vêm trabalhando o cuidado como valor jurídico e, especificamente, a contribuição de Paulo Luiz Netto Lôbo, que propõe uma reflexão da responsabilidade a partir de uma dimensão ética para o Direito de Família brasileiro.

2.1 RESPONSABILIDADE E PSICANÁLISE

Há autores do Direito de Família, como Rodrigo da Cunha Pereira e Giselle Câmara Groeninga, que discutem a responsabilidade desde uma perspectiva psicanalítica na interface entre Direito de Família e Psicanálise, os quais enfrentam questões pertinentes ao tema da responsabilidade.

É preciso pontuar que não interessa aos propósitos deste trabalho estabelecer uma digressão mais aprofundada a respeito da psicanálise e de como ela se relaciona com o Direito. Dessa forma, a abordagem psicanalítica ficará restrita apenas àquilo que ela dialoga com um sentido de responsabilidade a partir do olhar

dos juristas que abordam a matéria, ou seja, dos referidos doutrinadores do Direito de Família que trabalham na interface entre direito e psicanálise.

Cunha Pereira defende a ideia de que, na contemporaneidade, o Direito de Família só consegue ser bem compreendido a partir de um diálogo com a psicanálise, na medida em que esta auxilia a entender a real importância da subjetividade para o Direito e assim permite uma solução mais efetiva dos litígios.

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 [...]. 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 inconsciente pode também desvendar muitos porquês de demandas judiciais, que são verdadeiras trajetórias de sofrimentos.³²⁶

É nesse contexto, e a partir da teoria de Lacan, que Cunha Pereira concebe a família como uma estruturação psíquica, "como um núcleo básico, fundante e essencial de qualquer sociedade ou agrupamento humano"³²⁷, em que cada membro ocupa um lugar, uma função. Tanto é assim que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai ou de mãe sem que o seja o pai ou mãe biológica. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológica pode não vir a ocupar este lugar.³²⁸

Para esses autores, a partir da compreensão da estrutura psíquica se consegue compreender a estrutura do litígio conjugal, o qual se transmuda para o

³²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.50-52. Sobre o inconsciente, o autor esclarece que "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. 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." (p.51).

³²⁷ *Id.*

³²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p.158.

processo judicial.³²⁹ Isso ocorre porque, para além da objetividade que informa os atos jurídicos, há também uma subjetividade a eles inerentes e que permeia as relações jurídicas.³³⁰ Assim, defendem que um estudo interdisciplinar entre Direito e psicanálise permite a ampliação da compreensão dos conflitos, na medida em que estes transcendem a esfera jurídica.

O discurso psicanalítico, desse modo, enfoca o sujeito e seus relacionamentos, inclusive sua relação com o conhecimento e a partir daí procura mostrar que é entre o sujeito e o outro que se formam a objetividade e a subjetividade desse sujeito.³³¹ A culpa se encontraria na esfera da subjetividade. Para os adeptos do referido discurso, a compreensão da culpa se dá por meio da psicanálise, pois esta permite entender o grande poder que aquela ainda exerce sobre os seres humanos.³³²

Ocorre que, tanto para Groeninga quanto para Cunha Pereira, a utilização da culpa como critério de punição no Direito de Família não se mostra mais adequado. Por esse motivo, propõem a superação do paradigma da culpa para o paradigma da responsabilidade. Nas palavras de Pereira:

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.³³³

³²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p.160.

³³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v.4. p.323.

³³¹ GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: Da culpa à responsabilidade. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p.96.

³³² Ainda Groeninga a respeito da culpa: "Ela representa um ponto no qual as emoções podem inadvertidamente penetrar a racionalidade, e desta forma o objetivo e o subjetivo tendem a se confundir. Fundamental a interface psicanálise e direito para ampliarmos nossa consciência, inclusive de suas limitações, e nos assenhormos mais do campo da responsabilidade." (*Ibid.*, p.97).

³³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.70. Em sentido análogo: GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas: é tempo de responsabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.146-166.

Nesse contexto, uma das questões que aparece na interface da psicanálise com o direito é o desenvolvimento do sentido de responsabilidade em contraposição à sujeição, ao sentimento de culpa.³³⁴

Tendo por base as modificações estruturais implementadas pela Constituição de 1988 no Direito de Família, tais como a admissão da pluralidade de entidades familiares, o reconhecimento da igualdade entre os filhos proibindo-se qualquer tratamento discriminatório, bem como a igualdade entre homens e mulheres, a teoria psicanalítica do Direito de Família, tal como defendido por outros doutrinadores mencionados nesta dissertação (item 1.1.2), também passou a questionar a culpa como fator de atribuição ou negação de direitos nas relações familiares. No entanto, aos argumentos de ordem jurídica esses juristas acrescentam outros de ordem psicanalítica, não se limitando a refutar a culpa nas relações familiares, mas a compreendê-la na sua subjetividade.

O uso da culpa como causa da separação não contempla a complexidade e a natureza complementar das relações familiares, trazendo consequências deletérias a essas relações. Embora não seja mais critério para a atribuição da guarda de filhos, a culpa como causa da separação traz consequências também para esses, que integram o sistema familiar que se transforma com a separação. Ademais, a investigação da culpa utilizada como o foi, e ainda o é – de modo simplista, fere a dignidade da pessoa humana. Atualmente há uma tendência em desconsiderá-la e a utilizar o critério da ruptura. Mas por outro lado, em tempos de "relacionamentos líquidos", para utilizar a expressão de Zigmunt Baumann, deve-se ter em mente a tendência a simplificar em demasia o que é, por natureza, complexo.³³⁵

É nessa medida que Giselle Groeninga³³⁶ procura explicar que, do ponto de vista da psicanálise, não se pode simplesmente ignorar a culpa como elemento inerente ao ser humano, em face de seu valor simbólico e axiológico. No entanto, esclarece que

³³⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: Da culpa à responsabilidade. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p.96.

³³⁵ GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas: é tempo de responsabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.147-148.

³³⁶ *Ibid.*, p.149.

há certa dificuldade no emprego do termo dada as diversas searas em que ele é utilizado. No âmbito jurídico, muitas vezes, na tentativa de conferir objetividade à culpa acaba-se obtendo o resultado inverso, com motivações inconscientes e desrespeito à dignidade da pessoa humana, num processo investigativo em que se violam a intimidade e a privacidade dos cônjuges.

É claro que o questionamento da culpa traz consequências para o indivíduo. No entanto, seu questionamento traz consequências também para o sistema. E a tarefa que se afigura aos juristas, e a contribuição interdisciplinar, é de enfrentar a dificuldade deste questionamento e conferir-lhe um valor epistemológico.³³⁷

Nessa perspectiva, a defesa do que esses autores chamam de um novo paradigma da responsabilidade, em substituição ao paradigma da culpa não se satisfaz pela transposição da noção de responsabilidade civil para o Direito de Família. Esses juristas que trabalham a partir da interface entre o direito e a psicanálise se valem de uma ideia de responsabilidade em sentido lato, cuja compreensão pressupõe verificar a "genealogia da culpa na responsabilidade"³³⁸.

Essa mudança paradigmática estaria também relacionada, sob o ponto de vista psicanalítico, à descoberta do inconsciente, fazendo com que se busquem os espaços da subjetividade e da objetividade. Assim, pela via da psicanálise seria possível esclarecer quais aspectos da subjetividade estariam presentes na objetividade e assim compreender como a culpa estaria presente na genealogia da responsabilidade.³³⁹

Para os adeptos da teoria psicanalítica, quando se trabalha apenas com a noção de culpa tende-se a encarar os conflitos de forma mais imatura, colocando-se no outro a responsabilidade por eventos que dizem com a sua própria história. Nessas situações, não é incomum que esses conflitos se desloquem de lugar, atingindo não apenas aqueles que dele, a princípio, faziam parte, como, por exemplo, cônjuges ou companheiros, mas abarcando também as pessoas dos filhos.

³³⁷ GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas: é tempo de responsabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.150.

³³⁸ *Id.*

³³⁹ *Ibid.*, p.152.

Em contrapartida, a utilização da noção de responsabilidade importa em uma atitude mais amadurecida, pois implica responsabilizar-se pelas próprias escolhas, sejam elas conscientes ou inconscientes.³⁴⁰

Groeninga alerta para o fato de que essas diferenças entre culpa e responsabilidade também decorrem do fato de elas estarem vinculadas a categorias diferentes, a primeira à moral e a segunda à ética.³⁴¹ Na esfera da ética, tanto o fazer quanto a motivação do agir levam em conta o outro; há na ética uma noção de alteridade, de apreensão do outro, seja ele igual ou diferente.³⁴² "Só se pode falar em ética a partir das relações e de um conhecimento maior ou menor de si [...] e, acrescente-se a necessidade de conhecimento do outro enquanto tal"³⁴³.

Na medida em que a personalidade vai se desenvolvendo amplia-se o autoconhecimento, mas também a dependência e a consideração para com o outro. Desenvolve-se o sentido ético de responsabilidade pelas próprias ações.³⁴⁴ Assim, estrutura-se o paradigma da responsabilidade, que consiste num posicionamento ético, considerando a complexidade e questionando a culpa na sua subjetividade.³⁴⁵

Fazendo-se um paralelo disso com o direito, pode-se dizer que, ao se optar pelo paradigma da culpa como critério para a interpretação dos conflitos levados ao Judiciário, se estará a reduzir a sua complexidade, pois se faz uma escolha por fator simplificador, na medida em que impede o conhecimento e favorece a punição.

³⁴⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas: é tempo de responsabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.153.

³⁴¹ *Ibid.*, p.160-161. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, é preciso diferenciar a ética da moral. Nas palavras do autor: "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." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.87).

³⁴² GROENINGA, *op. cit.*, p.162.

³⁴³ *Id.*

³⁴⁴ *Ibid.*, p.164.

³⁴⁵ *Ibid.*, p.165.

Em contrapartida, operando-se com o paradigma da responsabilidade haveria um efetivo questionamento da culpa, tanto a paranoide quanto a depressiva,³⁴⁶ podendo-se, assim, chegar à reparação, "forma privilegiada do exercício da responsabilidade"³⁴⁷.

Nesse contexto, os juristas do Direito de Família que se filiam à teoria psicanalítica têm por anacrônica a utilização da culpa como critério de atribuição ou negação de direitos por entenderem que a sua aferição ultrapassa os limites do Direito e macula os direitos da personalidade³⁴⁸. No entanto, é importante deixar consignado que embora proponham a superação do paradigma da culpa pelo paradigma da responsabilidade, esses autores deixam expresso que não se faz possível uma total negação da culpa, visto ser ela inerente ao ser humano, devendo ser resgatado o seu valor axiológico e epistemológico.³⁴⁹

Giselle Groeninga deixa claro seu posicionamento ao afirmar

A presente proposta é a de justamente conferir à culpa seu importante valor de sentimento cujo questionamento é fundamental na humanização das relações. As questões de quem é a culpa, de que culpa se trata, qual a relação do indivíduo com o que lhe desperta culpa, são, entre outras questões essenciais para a operacionalização da responsabilidade. São questões presentes não só no desenvolvimento psicológico dos indivíduos ao longo

³⁴⁶ Giselle Groeninga utiliza-se dos ensinamentos de Melanie Klein para diferenciar essas duas modalidades de culpa. "Klein descreve duas posições, ou formas do ser estar no mundo e interpretar a realidade. De acordo com estas posições, estão presentes no indivíduo basicamente dois tipos de ansiedade, em seu desenvolvimento, e ao longo da vida. Uma ansiedade paranoide, em que o funcionamento mental caracterizar-se-ia pela Lei de Talião 'olho por olho dente por dente'. O outro tipo de ansiedade identificado por Klein é a ansiedade que denominou de depressiva, em que o funcionamento mental seria caracterizado pelo medo da perda do amor e preocupação com o outro. Dependendo do tipo de posição, dos mecanismos de defesa utilizados e da ansiedade, o indivíduo interpreta e reage ao ambiente de uma forma mais simplista e maniqueísta, bom *versus* mau, culpado *versus* inocente, ou lhe imprime uma interpretação mais complexa. O mais importante é que, relativamente a estas duas posições, a ansiedade e o sentimento de culpa teriam diferentes qualidades: uma ansiedade e culpa mais paranoide e uma ansiedade e culpa mais depressiva." (GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas: é tempo de responsabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.156).

³⁴⁷ *Ibid.*, p.156 e 165.

³⁴⁸ Investigar sobre a culpa é adentrar em uma das questões mais inquietantes do ser humano. E pensar na angústia existencial e na eterna luta entre o bem e o mal que há em cada um de nós." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v.4. p.328).

³⁴⁹ GROENINGA, *op. cit.*, p.166.

de suas infâncias e de suas vidas, mas também no próprio processo civilizatório e na evolução do direito, sobretudo do direito de família. À semelhança desta instituição matriz da qual derivam todas as outras, o direito de família pauta-se como modelo de todos os outros ramos do direito, realizando o direito a ser humano.³⁵⁰

Pelo acima exposto, percebe-se que tanto Rodrigo da Cunha Pereira como Giselle Câmara Groeninga trabalham com uma noção de responsabilidade para o Direito de Família que não se confunde com a responsabilidade civil, questão essa que inclusive deixam bem claro em seus textos. Ambos não se limitam a questionar a culpa como critério para a atribuição ou negação de direitos, indo além, propondo uma noção ética de responsabilidade que tem os seus fundamentos na psicanálise.

Questão que merece ser destacada é a importância que a teoria psicanalítica atribui ao "outro", o que, de certa forma, pode ser estabelecido como ponto de contato com a teoria jonasiana, já que nesta é central a preocupação com a preservação das gerações futuras.³⁵¹ No entanto, apesar de alguns pontos de contato, não se pode dizer que haja coincidência entre o sentido de responsabilidade de Hans Jonas e aquele trabalhado por Rodrigo da Cunha Pereira e Giselle Câmara Groeninga, na medida em que partem de fundamentos diferentes, aquele de cunho filosófico e estes psicanalítico. Com isso não se quer dizer que sejam excludentes, mas apenas que não são coincidentes.

Não obstante nesta dissertação não se tenha optado por trabalhar com a teoria psicanalítica da responsabilidade para o Direito de Família, não se ignora a sua importância para esta área do Direito. Os autores que com ela operam demonstram uma inquietação com o atual estado da arte do Direito de Família. Entretanto, não se limitam a negá-lo, problematizam e propõem novas reflexões, o que traz novos ares a este ramo do Direito que por tanto tempo ficou confinado a meras repetições.

³⁵⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas: é tempo de responsabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.166.

³⁵¹ É importante consignar que embora a preocupação com o "outro" seja um ponto de contato entre as duas teorias mencionadas, o fato de elas se pautarem em fundamentos diversos faz com que a própria noção de outro não seja coincidente entre elas. Há de se anotar que, diferentemente da abordagem jonasiana, os juristas que abordam a responsabilidade a partir da psicanálise não denotam uma preocupação para com o futuro, perspectiva esta que é inerente ao "outro" jonasiano, no caso, as futuras gerações.

Seguindo também numa linha de inquietação e diante da atual complexidade das relações familiares, alguns doutrinadores passaram a se debruçar sobre a questão do cuidado voltado ao Direito de Família, o qual em muito se comunica com a responsabilidade.

2.2 RESPONSABILIDADE E CUIDADO

Pode-se dizer que o estudo do cuidado voltado às relações familiares é algo recente na doutrina do Direito de Família Brasileiro. No entanto, um olhar mais atento às produções doutrinárias atinentes ao tema, bem como à jurisprudência³⁵², permite afirmar que são crescentes aqueles que entendem o cuidado como um valor jurídico.

A opção, nesta dissertação, por uma reflexão a respeito do cuidado encontra os seus limites naquilo em que ele se aproxima ou se distancia da responsabilidade, mas que de alguma forma com ela dialoga. Para se estabelecer estes contrapontos algumas premissas devem ser traçadas a respeito do cuidado, sem com isso visar ao exaurimento do tema, tendo-se em conta não só a sua complexidade, como também o seu caráter eminentemente interdisciplinar³⁵³.

Segundo Leonardo Boff, o cuidado é uma atitude fundamental, pois

abrange mais que um momento de atenção, de zelo, de desvelo. Representa uma *atitude* de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro. A atitude é uma fonte, gera muitos atos que expressam a atitude de fundo [...]

³⁵² Resp 1106637/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 01/07/2010; Resp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

³⁵³ O cuidado não é uma categoria especificamente jurídica e há pouco tempo vem recebendo atenção deste campo do conhecimento. No entanto, em outras áreas do conhecimento, como a exemplo da saúde, o cuidado há muito vem sendo estudado. É o que se verifica na obra de Vera Regina Waldow, com extensa publicação sobre o tema, dentre elas: WALDOW, Vera Regina. **Atualização do cuidar**. Disponível em: <<http://www.fhss.com.br/Producao%20cientifica/Artigo%20%20Atualizacao%20do%20cuidar.pdf>>. Acesso em: 1.º out. 2012.

Quer dizer, o cuidado se encontra na raiz primeira do ser humano, antes que ele faça qualquer coisa. E, se fizer, ela sempre vem acompanhada de cuidado e imbuída de cuidado. Significa reconhecer o cuidado como um *modo-de-ser* essencial, sempre presente e irreduzível à outra realidade anterior. É uma dimensão fontal, originária, ontológica, impossível de ser totalmente desvirtuada.³⁵⁴

Boff distingue duas dimensões do cuidado, uma ontológica e outra afetivo-antropológica, as quais se relacionam intimamente.

A dimensão ontológica diz com a própria concepção de ser humano, como ser "consciente e livre, que está no mundo com os outros, voltado para o futuro"³⁵⁵. O ser-no-mundo não diz com uma posição geográfica, mas com uma perspectiva ontológica. O ser humano é parte no mundo e com ele se relaciona, na mesma medida que o afeta é afetado por ele. Mas, além de estar no mundo, o ser humano está no mundo com os outros, e assim estabelece os mais diversos tipos de relações.

É neste âmbito que emerge o cuidado. Todo ser humano precisa ser cuidado para viver e sobreviver. Desde o seu primeiro momento de existência, ele se vê enredado pelo cuidado [...]. O cuidado se apresenta como um caminho de duas mãos: há o cuidar e o ser cuidado. Há uma tendência natural de cuidar e de ser cuidado.³⁵⁶

Desse modo, tem-se o cuidado como algo constitutivo do ser humano, sendo uma atitude permanente para com os outros no mundo.

Outrossim, há também a dimensão afetivo-antropológica, por meio da qual o cuidado se expressa de duas formas interligadas entre si.

³⁵⁴ BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**. 18.ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p.37-38. A respeito da filologia da palavra cuidado o mesmo autor esclarece: "Segundo clássicos dicionários de filologia, alguns estudiosos derivam cuidado do latim *cura*. Esta palavra é um sinônimo erudito de cuidado, usada na tradução de *Ser e tempo* de Martin Heidegger. Em sua forma mais antiga, *cura* em latim escrevia-se *coera* e era usada num contexto de relações de amor e amizade. Expressava-se atitude de cuidado de desvelo, de preocupação e de inquietação pela pessoa amada ou por um objeto de estimação. Outros derivam cuidado de *cogitare-cogitatus* e de sua corruptela *coyedar, coidar, cuidar*. O sentido de *cogitare-cogitatus* é o mesmo de cura: cogitar, pensar, colocar atenção, mostrar interesse, revelar uma atitude de desvelo e de preocupação." (p.102-103).

³⁵⁵ BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares? In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.6.

³⁵⁶ *Ibid.*, p.7.

Na primeira, o cuidado é uma atitude (não um ato isolado) de desvelo, solicitude, afeição e amor. Trata-se de um gesto amoroso para com o outro. Na segunda, o cuidado significa preocupação e inquietação pelo outro, pois quem cuida se sente envolvido afetivamente com ele e carrega responsabilidade por ele.³⁵⁷

Nessa medida, pode-se dizer, juntamente com Vera Regina Waldow, que o cuidado é um fenômeno existencial (faz parte do ser), relacional (revela-se na coexistência com outros seres) e contextual (assume variações nas maneiras e expressões de cuidar conforme o meio em que ocorre).³⁵⁸

Diante disso, percebe-se que como ser-no-mundo ao cuidado importa a natureza do ser humano, o valor inerente às coisas. "Ser-no-mundo é essencialmente zelar, cuidar, existir ao lado das coisas e dos seres, ter interesse, ser-com-os-outros que encontramos no mundo"³⁵⁹. Dessa forma, é possível afirmar que o cuidado se expressa na relação com o outro, estando aí presente uma dimensão de alteridade.

A partir dessa ordem de ideias, e buscando fundamentos principalmente nos ensinamentos de Leonardo Boff, alguns doutrinadores do Direito de Família brasileiro, capitaneados por Tânia da Silva Pereira³⁶⁰, passaram a defender a tese de que o cuidado deve ser reconhecido como um valor jurídico do ordenamento. Pode-se mencionar Heloísa Helena Barbosa que, além de reconhecer o cuidado como um valor implícito do ordenamento jurídico, afirma que ele "vincula as relações de afeto,

³⁵⁷ BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares? In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.7-8.

³⁵⁸ WALDOW, Vera Regina. **Atualização do cuidar**. Disponível em: <<http://www.fhss.com.br/Producao%20cientifica/Artigo%20%20Atualizacao%20do%20cuidar.pdf>>. Acesso em: 1.º out. 2012.

³⁵⁹ *Id.*

³⁶⁰ PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Nesse livro encontra-se uma coletânea de artigos em que a questão do cuidado é tratada de forma direta ou indireta. Além disso, ao prefaciar a obra Tânia da Silva Pereira esclarece a importância da escolha do tema, alertando para o fato de que, embora o cuidado já componha diversas práticas interpessoais e institucionais, muitas devem ser revistas, o que torna a reflexão sobre o cuidado como valor jurídico "urgente e imprescindível" (p.xi).

solidariedade e de responsabilidade, não só familiar, pois é 'preciso identificar o cuidado dentre as responsabilidades do ser humano como pessoa e como cidadão'³⁶¹.

Dentro dessa perspectiva de envolvimento com o outro, de assunção de compromissos e de corresponsabilidades, o cuidado se pauta como uma "norma ética de convivência" a desenvolver importante papel na interpretação e aplicação das normas jurídicas.³⁶² Nessa linha, esses doutrinadores defendem que, na análise do caso concreto, o cuidado permitirá estabelecer o alcance de princípios constitucionais que se voltam à família, em especial o da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente. "A jurisprudência caracteriza-se por descer ao caso singular, tentando compreender o fato jurídico a partir do contexto particular e das relações implicadas. Esse é também um procedimento da ética do cuidado"³⁶³.

Esse panorama que foi traçado a respeito do cuidado permite perceber que, embora o cuidado e a responsabilidade não se confundam num único sentido, também não se separam por completo, possuindo diversos pontos de contato³⁶⁴, a começar pela importância que conferem ao outro.

³⁶¹ BARBOSA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.88. Neste mesmo sentido posiciona-se Guilherme Calmon Nogueira da Gama, ao tratar do cuidado e do planejamento familiar: "O cuidado, como valor implícito do ordenamento jurídico brasileiro, dá ênfase e prioriza as relações de afeto, de solidariedade e responsabilidade na família contemporânea." (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Cuidado e planejamento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.234).

³⁶² BARBOSA, *op. cit.*, p.88. Roberta Tupinambá defende a utilização do cuidado como princípio jurídico a informar as relações familiares (TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.357-379). Cabe aqui ressaltar que não se busca neste trabalho trazer um arrazoado a respeito da natureza jurídica do cuidado. O que se pretende é apenas estabelecer algumas premissas relativas ao cuidado para que se possa compreender em que medida ele dialoga com a responsabilidade.

³⁶³ JUNGES, José Roque. Cuidado. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.180.

³⁶⁴ Serão elencadas algumas semelhanças e diferenças entre cuidado e responsabilidade, desde já advertindo-se que não se trata de um rol exaustivo.

É da essência do cuidado agir em relação ao outro, cuidar de outro e ser cuidado por outro, é o ser-com-os-outros de que fala Boff.³⁶⁵ Essa dimensão de alteridade também se faz presente na responsabilidade no sentido trabalhado nesta dissertação. Na medida em que a teoria da responsabilidade defendida por Jonas surge no contexto de valorizar a vida, ela só adquire sentido a partir de um olhar para o outro, seja ele conhecido, ainda por nascer ou a própria natureza. Na dimensão ética da responsabilidade é pelo outro que se é considerado responsável, e não apenas pelos efeitos de uma ação e pelos possíveis danos causados.

Nessa medida, tanto na dimensão ética do cuidado como na da responsabilidade, o ser humano não é visto de forma insular. Além de ele se relacionar com outros seres humanos, ele se relaciona com o todo, com a natureza, da qual cuida e pela qual é responsável, não apenas porque ela lhe serve, mas pelo simples fato de ela existir.³⁶⁶ Nesse sentido é a lição de Luiz Edson Fachin, em texto escrito em conjunto com outros autores:

A vida humana é muito mais do que a representação que dela se tem na vida de cada um. Por isso, ao se buscar a proteção da vida, a categorização imposta pelo Direito Clássico, individualista, mostra-se de todo insuficiente. E, em igual medida, desnecessária. Não é possível categorizar o direito à vida como um direito subjetivo em relação a um titular reconhecido pela ordem jurídica como tal. Também não é necessário todo um esforço para sempre adequar da vida humana a alguém que esteja categorizado como a lei dispõe e pretende. A vida humana merece cuidados cuja ética caminhe para além disso tudo. Merece ser protegida no presente, sob o olhar lançado ao seu futuro, em respeito ao passado e a todas as gerações que fizeram possível ser a vida humana, hoje, o que é. Esse é o limite do cuidar em tal dimensão.³⁶⁷

³⁶⁵ BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares? In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.6.

³⁶⁶ "A concepção de cuidado integra o 'ser-no-mundo', que é algo que vai além de estar no plano físico com as coisas e outros seres humanos. Significa relacionar-se com todas as coisas do mundo e, nesse jogo de relações, o ser humano vai construindo o próprio ser, a autoconsciência e a própria identidade." (BARBOSA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.87-88).

³⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson; HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha; MATOS, Ana Carla Harmatiuk; RUZYK, Carlos Eduardo Pianowski; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; SILVA, Marcos Alves da; CARBONERA, Silvana Maria. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.131-132.

Tanto cuidado como responsabilidade nas relações interpessoais têm um caráter de continuidade, de permanência. Como "modo-de-ser típico do ser humano com os outros no mundo"³⁶⁸, o cuidado não pode ser encarado como algo temporário, ele perdura na relação sujeito-sujeito. Da mesma forma a responsabilidade, a qual não sofre solução de continuidade, tem um compromisso de manutenção da vida.

Se não há como negar a vinculação entre cuidado e responsabilidade, podendo-se inclusive dizer que o cuidado é uma das formas pelas quais a responsabilidade se expressa³⁶⁹, ambos não podem ser confundidos, pois constituem coisas distintas. Leonardo Boff define: "cuidar é mais que um ato; é uma atitude"³⁷⁰. Por sua vez a responsabilidade, tem feitiço ambivalente, podendo-se configurar ora como um agir, ora como uma situação.³⁷¹

A responsabilidade se estabelece independentemente de uma atitude prévia, ela simplesmente existe em razão da presença do ser. Esse contexto se evidencia, por exemplo, na relação parental, em que o pai ou a mãe se tornam responsáveis pelo simples fato de estarem nessa condição. Essa responsabilidade faz com que surjam deveres em relação ao outro ser, no caso a criança, sem a necessidade de que eles sejam exigidos. Percebe-se, assim, que embora cuidado e responsabilidade andem juntos não podem ser confundidos.

³⁶⁸ BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares? In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.7.

³⁶⁹ O próprio Hans Jonas deixa expressa a vinculação existente entre cuidado e responsabilidade, conforme pode ser aferido no item 1.2.3 da parte I, na nota n.º 87. Também Leonardo Boff, em diversas passagens de sua obra *Saber Cuidar* evidencia que cuidado e responsabilidade possuem grande proximidade. (BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**. 18.ed. Petrópolis: Vozes, 2012).

³⁷⁰ *Ibid.*, p.37.

³⁷¹ Considera-se a definição de situação jurídica fornecida por Paul Roubier: "*Si intende con questo termine un complesso di diritti e di doveri, di prerogative e di obblighi, che si crea intorno ad un fatto, o uno stato, o uno atto, capace di generare effetti giuridici*". Continua Pietro Perlingieri e Pasquale Femia: "*Si trata di una nozione complessa ma unitaria, della quale può venire accentuato ora un aspetto, ora un altro.*" (Apud PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. **Nozioni Introductive e Principi Fondamentali del Diritto Civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p.266).

A doutrina que se dedica a estudar o cuidado no Direito de Família tem se debruçado, de uma maneira geral, especificamente sobre o cuidado em si considerado e sua relação com os sujeitos vulneráveis. Não há uma preocupação maior em se estabelecer um efetivo diálogo entre cuidado e responsabilidade a partir de uma dimensão ética. Nos textos pesquisados verifica-se que quando há uma interlocução entre responsabilidade e cuidado tal se dá, de modo geral, a partir da abordagem do princípio constitucional da paternidade responsável. Relaciona-se a responsabilidade ao exercício dos deveres inerentes à autoridade parental. Não há um aprofundamento específico a respeito do tema da responsabilidade, da sua dimensão ética, nas relações familiares, assim como se faz com o cuidado.³⁷²

Não obstante essa constatação, isso não diminui a importância da referida doutrina para o presente trabalho. Isso porque, ao tratar do cuidado, inclusive sob uma dimensão ética, autores como Tânia da Silva Pereira, Heloisa Helena Barbosa e Guilherme Calmon Nogueira da Gama, acabam por tocar, mesmo que indireta e talvez involuntariamente, na dimensão ética da responsabilidade nas relações familiares. Tanto é assim que inscrevem o cuidado dentre as responsabilidades da pessoa humana.

Percebe-se, com isso, que a chamada doutrina do cuidado no Direito de Família se mostra disposta a refletir as relações familiares a partir de novas premissas, abrindo espaço, inclusive, para um diálogo com uma dimensão ética da responsabilidade.

Essa dimensão da responsabilidade, ainda que de forma incipiente, vem aparecendo de maneira mais expressa na doutrina de Paulo Luiz Netto Lôbo, conforme será analisado adiante.

³⁷² Na coletânea de textos intitulada "Cuidado e responsabilidade", todos 26 artigos destinam-se a tratar do cuidado, não se encontrando nenhum que se dedique de forma mais específica à responsabilidade. (PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011).

2.3 UMA TRAVESSIA QUE SE INICIA: A RESPONSABILIDADE A PARTIR DA DOUTRINA DE PAULO LUIZ NETTO LÔBO

Para que se possa compreender o sentido de responsabilidade com o qual Paulo Luiz Netto Lôbo vem trabalhando, é necessário que primeiramente se estabeleçam quais as premissas teóricas sobre as quais se funda o autor.³⁷³

Adepto à doutrina do Direito Civil Constitucional³⁷⁴, Paulo Luiz Netto Lôbo reconhece na Constituição Federal de 1988, dentre as que já vigoraram no Brasil, a que de forma mais ampla pretendeu regular a esfera privada com vistas à efetivação da justiça material.³⁷⁵ Num contexto de complexidade crescente das relações sociais, com o advento simultâneo de microsistemas jurídicos, tornou-se notória a insuficiência do sistema codificado que desempenhava papel unificador do ordenamento jurídico no âmbito das relações privadas.

Na medida em que a Constituição de 1988 incorporou em seu texto princípios do direito civil, estes é que passaram a ser os fundamentos jurídicos primeiros das relações privadas, buscando-se na Carta a unidade do ordenamento e não mais no Código Civil. Nesse contexto, passa-se a admitir a incidência direta, não só dos direitos fundamentais, mas também de toda e qualquer norma constitucional, às relações privadas. Outrossim, a norma infraconstitucional, ao ser aplicada, deverá ser interpretada

³⁷³ Por óbvio que face aos limites do trabalho não se faz possível exaurir toda a doutrina de Paulo Luiz Netto Lôbo. No entanto, a compreensão do sentido de responsabilidade com o qual trabalha este autor passa, antes de mais nada, pela maneira pela qual ele encara o atual estado da arte do Direito Civil, em especial do Direito de Família.

³⁷⁴ Paulo Luiz Netto Lôbo define a constitucionalização do direito civil como um "fenômeno doutrinário que tomou corpo, principalmente a partir da última década do século XX, entre os juristas preocupados com a revitalização do direito civil e sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição de 1988, como expressão das transformações sociais". De forma específica, esclarece que "a constitucionalização do direito civil é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional pertinente." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.49 e 51).

³⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p.19.

em consonância com a Constituição.³⁷⁶ Nessa perspectiva, de unidade do ordenamento jurídico, é "que os princípios constitucionais exercem a função de valores guias e assumem um papel central na articulada pluralidade das fontes do direito"³⁷⁷. Os valores eleitos pelo legislador constituinte, e que foram reflexos das transformações operadas na sociedade, irradiam os seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, os quais devem ser considerados na elaboração, interpretação e aplicação das leis.

A Constituição de 1988, visando consagrar o Estado Democrático de Direito, e objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, colocou a pessoa humana no vértice do ordenamento. Diferentemente do viés patrimonialista que imperava no Código Civil de 1916, passou-se a privilegiar os valores existenciais, elegendo-se a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Paulo Luiz Netto Lôbo adverte para o fato de que a constitucionalização do direito civil foi o aspecto mais importante da transformação operada neste ramo do direito quando da passagem do Estado liberal para o Estado social; mudanças estas que geraram reflexos também nos seus principais institutos, quais sejam o contrato, a propriedade e a família³⁷⁸, sendo esta última a que interessa a este trabalho.

Nesse panorama do Estado social, em que há valorização da pessoa humana e de sua dignidade, a função da família passa a ser a de realização da afetividade, conduzindo ao fenômeno que Paulo Luiz Netto Lôbo denominou repersonalização do Direito de Família.³⁷⁹ "Enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração,

³⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p.21. No mesmo sentido: PERLINGIERI, Pietro. La dotrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p.75-86, jul./set. 2007.

³⁷⁷ No original: "*là dove i principi costituzionale fungono da valori guida e assumono un ruolo di baricentro nell' articolata pluralità delle fonti del diritto.*" (*Ibid.*, p.76).

³⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.65.

³⁷⁹ *Ibid.*, p.138. Na parte I deste trabalho já foi delimitado qual o exato sentido e limite do termo repersonalização, motivo pelo qual não será repetido.

na comunhão de vida não hierarquizada"³⁸⁰. Sendo assim, só haverá família onde houver uma relação ou comunidade ligada por laços de afetividade, os quais se revelam num ambiente de solidariedade e responsabilidade.³⁸¹

Na medida em que um dos fundamentos da afetividade é o princípio da solidariedade, essa repersonalização não remonta a qualquer tom individualista, típico do liberalismo; ao contrário, seu foco é na pessoa humana desde que contextualizada no ambiente em que vive, bem como tendo em conta a coexistência com outras pessoas.

A partir desse contexto de uma família constitucionalizada e plural³⁸², em que seus membros se unem por laços de afetividade, é que Paulo Luiz Netto Lôbo se propõe a refletir sobre a responsabilidade no Direito de Família para além do sentido jurídico atinente ao campo da responsabilidade civil.³⁸³

Para o autor, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade somente podem ser asseguradas se houver responsabilidade, a qual se realiza de forma interdependente com a liberdade; uma só existindo na medida e nos limites da outra. Nesse sentido, afirma que

não há liberdade sem responsabilidade, nem esta sem aquela. Em outras palavras, quanto mais liberdade se conquista, com redução consequente do *quantum* despótico, mais responsabilidade se impõe a quem exerce aquela. A liberdade das famílias contemporâneas, assegurada pelo direito, encontra sentido e legitimidade na ética da responsabilidade.³⁸⁴

³⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.24, p.138, jun./jul. 2004.

³⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.12, p.47, jan./mar. 2004. O autor deixa expresso que a afetividade é presumida nas relações entre pais e filhos considerando-se o tipo de parentesco entre eles estabelecido, que jamais se extingue.

³⁸² Plural no sentido de que a Constituição Federal admite uma pluralidade de entidades familiares.

³⁸³ É imperioso anotar que de todos os manuais e cursos de Direito de Família pesquisados o de autoria de Paulo Luiz Netto Lôbo é o único que se dispõe a tratar de forma específica a respeito da relação entre Direito de Família e responsabilidade para além de uma perspectiva relacionada à responsabilidade civil (LÔBO, Paulo Luiz Netto. , Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.51-53).

³⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte, v.12, p.5-6, 2009.

Tendo por base a concepção de responsabilidade desenvolvida por Hans Jonas³⁸⁵, Lôbo acentua que esta não deve se voltar apenas às consequências dos atos do passado, como reação a um comportamento danoso, mas deve dirigir-se "à realização ética de deveres voltados ao futuro", ao comportamento desejado.³⁸⁶

Antes de abordar especificamente a responsabilidade no Direito de Família a partir da perspectiva do referido autor, cabe traçar algumas considerações sobre como ele vem entendendo a Responsabilidade no Direito em Geral na contemporaneidade.³⁸⁷

A alteração na concepção da responsabilidade, para Paulo Lôbo, advém com o Estado Social. É nesse contexto que ela assume um viés mais objetivado, voltando-se de forma mais intensa à proteção dos sujeitos tidos como vulneráveis – idosos, consumidores, crianças e adolescentes, dentre outros.³⁸⁸

Nesse novo contexto, defende o referido autor que o dano não figura mais como elemento central do ilícito civil³⁸⁹, o qual poderá restar caracterizado não só sem a presença do dano, como também desprovido de culpa.³⁹⁰

No que diz respeito especialmente à culpa, tantas vezes referida neste trabalho, Paulo Lôbo manifesta-se no sentido de que, no campo da responsabilidade civil, há um

³⁸⁵ Neste ponto, faz-se alusão a toda ordem de ideias já desenvolvidas no capítulo 1 da Parte I do trabalho, quando se tratou especificamente da teoria de Hans Jonas.

³⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte, v.12, p.5-7, 2009.

³⁸⁷ Essas considerações não visam a um aprofundamento na teoria do autor no que se refere à responsabilidade civil. Busca-se apenas e tão somente estabelecer algumas premissas de como ele vem compreendendo a responsabilidade no Direito de uma forma geral, o que de certo modo se reflete na maneira de encarar a responsabilidade no Direito de Família.

³⁸⁸ LÔBO, *op. cit.*, p.9.

³⁸⁹ Paulo Lôbo esclarece que o artigo 186 do CC não trata do ilícito civil como gênero, fazendo alusão apenas ao ato ilícito. Este, juntamente com o fato jurídico ilícito e ato-fato ilícito são espécies do ilícito civil. No entanto, os dois últimos, para existirem, não dependem da vontade e da intencionalidade, por isso, não se fundam na culpa. Já o ato ilícito tem o seu fundamento na culpa do agente. No entanto, adverte o autor que "o ilícito civil não se confunde com a responsabilidade civil e com a consequente imputação de responsabilidade. Há várias espécies de ilícitos civis que não redundam em responsabilidade civil e imputabilidade, e sim em outros tipos de consequências jurídicas." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.304).

³⁹⁰ *Id.* O autor elenca o abuso de direito (art. 187, CC) como hipótese tanto de ilícito sem dano, como de ilícito sem culpa. Exemplifica a colocação de produtos em circulação por atividade empresarial lícita como caso de dano reparável proveniente de fato lícito.

progressivo afastamento deste elemento, com a crescente ampliação da responsabilidade objetiva, bem como de situações em que se imputa responsabilidade diante da prática de uma atividade lícita.³⁹¹

Na natureza da responsabilidade dos pais pelos danos decorrentes dos atos praticados por seus filhos, encontra-se exemplo claro do papel decrescente da culpa na responsabilidade civil. Se no Código de 1916 a responsabilidade dos pais só restava configurada após a prova, pela vítima, de que aqueles agiram com culpa³⁹², hoje esta responsabilidade é admitida independentemente da prova da culpa, ou mesmo de qualquer presunção, tendo ela caráter objetivo (art. 933, CC).

Nessa medida há uma superação da tradicional ideia de reparação. Isso porque, no Estado democrático de direito, o Estado e o direito passam a assumir funções não apenas de intervenção, mas também de proteção e de prevenção. Busca-se, assim, evitar a concretização dos danos mediante uma atuação preventiva, "ao lado da responsabilidade curativa trilha a responsabilidade preventiva"³⁹³.

A conjuntura acima descrita permite a Paulo Lôbo concluir pela ruína dos pressupostos e requisitos tradicionais da responsabilidade civil. No seu entender, não se faz mais possível identificar, em todas as situações de responsabilidade civil, ato ilícito, culpa, dano, nexos causal e reparação. Necessita-se de uma reconfiguração da responsabilidade civil a fim de abranger

³⁹¹ Paulo Lôbo ainda adverte para a impossibilidade de confusão entre ato ilícito, este previsto no artigo 186 do Código Civil, e responsabilidade civil, a qual pode ter a sua origem num ato ilícito (culposo), mas também em outros fatos jurídicos, que podem ser inclusive lícitos (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade*. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte, v.12, p.11, 2009).

³⁹² Art. 1.521, I Código Civil de 1916. Ainda no que se refere ao progressivo distanciamento da culpa da responsabilidade civil, Paulo Lôbo aponta para o fato de que a imputabilidade não mais se comunica com a noção de culpa. Nas palavras do autor: "No direito anterior da ilicitude civil, de teor subjetivista, a imputabilidade estava vinculada à culpa. Imputável era o culpado. Se não fosse possível caracterizar a culpa do autor do ato ilícito ou de outra pessoa que a assumisse, então não se poderia cogitar e imputabilidade. Por consequência, a ausência de culpa levava à inimputabilidade, a irresponsabilidade, ao desaparecimento da própria ilicitude. No quadro atual do direito, imputabilidade é a aptidão de ser civilmente responsável, independentemente de culpa." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.308).

³⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias contemporâneas...*, *op. cit.*, p.10. Essa situação evidencia-se com maior clareza no direito ambiental, em que são adotadas várias medidas de caráter preventivo com o intuito de se evitar a concretização de danos que, pela sua própria natureza, podem vir a ter um grande potencial destrutivo.

tanto as obrigações decorrentes de fatos passados (consequências negativas ou repressivas), principalmente quando geradores de danos, quanto às obrigações de fazer em virtude de situações e posições jurídicas (consequências positivas ou promocionais).³⁹⁴

Se no Estado moderno o liberalismo clamava por uma afirmação constante dos direitos e liberdades individuais, num sentido antropocêntrico, em que a atuação estatal se justificava mais por uma não intervenção, no Estado social abrem-se novas perspectivas, clama-se pela observância também de deveres fundamentais.

Segundo Paulo Lôbo, é nessa concepção de deveres fundamentais que "se insere a noção alargada de responsabilidade"³⁹⁵; deveres esses que não se estabelecem apenas entre sujeitos determinados, mas são transindividuais, têm um conteúdo de alteridade, destinam-se a outra pessoa humana, à coletividade, ao meio em que vive, bem como às gerações futuras.³⁹⁶

No que tange propriamente à responsabilidade na família, tem ela também um cunho transpessoal, pois se realiza por meio de atos que assegurem não só a seus membros uma vida digna, mas também às gerações futuras.³⁹⁷ Ao contrário da responsabilidade civil tradicional, não tem natureza negativa, voltada aos atos do passado. Assim, pode-se dizer que "a família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações"³⁹⁸.

Tendo por referência a teoria jonasiana, ao que conjuga os ensinamentos de Kant, Lôbo esclarece que, embora nas relações familiares não seja possível obrigar alguém a amar nelas há uma exigência de responsabilidade. Nas relações entre pais e filhos há uma coincidência entre existência e dever. Pelo simples fato de o filho existir, nascer com vida, seus pais se tornam por eles responsáveis, sem que haja a

³⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte, v.12, p.13, 2009

³⁹⁵ *Id.*

³⁹⁶ *Id.*

³⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.51.

³⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas..., *op. cit.*, p.14.

necessidade de uma exigência destes deveres por parte dos filhos.³⁹⁹ Mas, para além dos pais, a Constituição estabelece (artigos 227 e 229) que devem também a sociedade e o Estado observar uma série de deveres a fim de assegurar o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, estes reconhecidamente sujeitos de direito.

Na visão marcadamente liberal do Direito de Família, essa dimensão ética da responsabilidade não tinha lugar. O espaço da liberdade encontrava-se descolado da responsabilidade, o que pode ser facilmente aferido quando analisada a situação dos filhos tidos como ilegítimos. Até 1988 havia uma desigualdade entre os filhos havidos fora e dentro do casamento; premiava-se a liberdade dos pais em detrimento das suas responsabilidades.⁴⁰⁰

No entanto, para Paulo Lôbo, cada vez mais essa dimensão ética da responsabilidade vem assumindo espaço no direito família, é o que se verifica por meio da edição do Estatuto do Idoso, do reconhecimento ao direito à convivência familiar, da responsabilidade por alimentos, do reconhecimento da união estável como entidade familiar, implicando a assunção de responsabilidade igualitária entre os companheiros, do reconhecimento pelo legislador e pelo Estado-juiz de relações existenciais afetivas para além daquelas expressas na Constituição, bem como pela necessidade de se olhar para a educação da maneira mais ampla possível, abarcando o Estado, a sociedade e a família no compromisso de educar as crianças e adolescentes que são pessoas em desenvolvimento.⁴⁰¹

³⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas..., *op. cit.*, p.14. Maria Celina Bodin de Moares, ao abordar o que denomina "família democrática" ("família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõem, é respeitada, incentivada e tutelada"), também faz alusão à necessidade de responsabilidade nos relacionamentos familiares com esse viés. Para a autora, a qual se baseia na teoria de Anthony Giddens, as responsabilidades mútuas, juntamente com a igualdade emocional e sexual, direitos mútuos, guarda compartilhada, co-parentalidade, autoridade negociada sobre os filhos, obrigações dos filhos para com os pais e integração social, seriam os traços distintivos da família democrática. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 27 a 29 out. 2005. p.618-619). Pelo conteúdo do texto da autora pode-se inferir que o sentido por ela atribuído à responsabilidade em muito se aproxima ao delineado por Paulo Luiz Netto Lôbo.

⁴⁰⁰ *Id.*

⁴⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.52-53.

Diante dessa dimensão ética da responsabilidade é que Lôbo, mesmo antes da edição da Emenda Constitucional n.º 66, já se pronunciava pela ausência de sentido na discussão da culpa quando da dissolução da sociedade conjugal, bem como na sua utilização como critério para a fixação das consequências dela decorrentes (alimentos, nome, dentre outros).⁴⁰²

Ainda no que se refere à responsabilidade, Paulo Lôbo pontua que é também da família a responsabilidade para com a preservação do meio ambiente, tendo em vista a continuidade de vida na Terra, a existência das futuras gerações. Para ele, "não há mais qualquer dúvida que a existência humana só é possível se incorporarmos a natureza à ética da responsabilidade"⁴⁰³.

Na abordagem traçada por Paulo Lôbo na relação estabelecida entre Direito de Família e responsabilidade, pode-se perceber uma forte presença da teoria de Hans Jonas. Isso porque aquele autor defende expressamente uma responsabilidade que não se esgota em atos do passado, mas que, ao contrário, volta-se para o outro, este outro que não se restringe aos entes da relação familiar atual, mas engloba o meio ambiente e as gerações futuras. O autor ainda deixa claro que esta dimensão da responsabilidade tem um conteúdo ético que não se confunde com a responsabilidade civil.

Com isso é possível dizer que o sentido de responsabilidade empregado por Paulo Lôbo no Direito de Família se identifica com a dimensão ética de responsabilidade que neste trabalho se entende como adequada para informar o Direito de Família e as relações familiares. Tal conclusão poderá ser mais bem verificada a seguir, quando se proceder a uma abordagem dessa dimensão da responsabilidade a partir da análise de decisões judiciais sob a perspectiva de um sentido ético de responsabilidade.

⁴⁰² Após a alteração do § 6.º do art. 226 da Constituição Federal o referido autor passou a defender também a total extinção da separação judicial, admitindo-se apenas a dissolução do vínculo conjugal por meio do divórcio direto (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio**: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/629#>>. Acesso em: 11 set. 2012).

⁴⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte, v.12, p.21, 2009.

PARTE III
A DIMENSÃO ÉTICA DA RESPONSABILIDADE E O SEU APORTAR
NAS DECISÕES JUDICIAIS: CAMINHO A SER PERCORRIDO

No Direito, de um modo geral, o sentido tradicional da responsabilidade vem sendo questionado ao desalojar de seus lugares pressupostos outrora tão consolidados, como o da culpa, do nexo causal e do dano; no Direito de Família, em particular, é premente uma outra dimensão da responsabilidade, para além da responsabilidade civil.

Campo por excelência das relações existenciais é na família que as pessoas nascem e se desenvolvem, que encontram as suas primeiras emoções, suas alegrias e frustrações. É o local onde os laços de união se formam por escolhas, como nas relações conjugais, mas também pelo simples fato de se existir, como nas relações entre pais e filhos. Não é mais a família a base do Estado, mas sim da sociedade; é o espaço de realização de afetividade de seus membros, os quais nela se relacionam na condição de iguais, não apenas em sentido formal, mas também material.

A família contemporânea, na sua complexidade e pluralidade, exige uma interpretação mais dinâmica e criativa que não se restrinja aos limites do dado, do conhecido. Sem negar a importância e o papel desempenhado pela responsabilidade civil, o que se vem demonstrando neste trabalho é a necessidade de se olhar para uma outra dimensão da responsabilidade capaz de informar o Direito de Família. Tudo isso com o fim não só de oferecer soluções mais efetivas aos litígios, mas de possibilitar, àqueles que neles se envolvem, a compreensão de um caminho possível para traçar as suas próprias escolhas.

O dilema que se coloca é que juntamente com a nova configuração familiar também aparecem novos conflitos. Diariamente proliferam ações das mais diversas ordens nas Varas de Família em todo país, desafiando todos aqueles envolvidos nas demandas a resolverem-nas da melhor forma possível.

O Direito de Família, por meio da legislação, da doutrina e da jurisprudência, procura dar conta dessa realidade. No entanto, o que se tem verificado é que as

respostas têm sido insuficientes para uma efetiva solução dos litígios, de família⁴⁰⁴. Isso porque, quando se fala dessa espécie de litígios não se está a tratar de demandas com espaço temporal determinado. Muitas vezes não se sabe quando elas se iniciaram e nem quando irão terminar.

Aqueles que estão envolvidos nas relações existenciais de família não têm, por exemplo, dia ou prazo certo para cumprir com uma prestação como ocorre num contrato. Os deveres inerentes à condição de pai, de avô, de cônjuge, prolongam-se no tempo, enquanto perdura a relação conjugal e enquanto os filhos são menores.

O novo contexto das relações familiares denota, assim, a superação da técnica de subsunção do fato à norma⁴⁰⁵. Esta se mostra anacrônica em face da diversidade de entidades familiares, bem como da complexidade das demandas que são levadas ao Poder Judiciário. Não se mostra crível que as premissas⁴⁰⁶ das quais parte a subsunção possam dar conta disso.

⁴⁰⁴ Por efetiva solução se quer dizer uma resposta que possibilite aqueles envolvidos na relação familiar conviver com a sua nova configuração, pós-litígio, a fim de que o término de um conflito não venha a significar apenas e tão somente o prenúncio de novas demandas, mas o estabelecimento de responsabilidades para o desenvolvimento de uma vida saudável às pessoas. Dessa forma, não se nega a importância de categorias como a alienação parental, o abandono afetivo, a responsabilização civil em Direito de Família; no entanto é preciso dar um passo adiante.

⁴⁰⁵ "Por técnica da subsunção – que num tempo representava a única técnica possível correta de interpretação normativa – entende-se o procedimento de recondução do caso concreto à *fattispecie* abstrata prevista na norma, como operação puramente lógico-formal." (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.68). Gustavo Tepedino, critica aqueles que se mantêm fiéis à subsunção, propondo a sua superação, por acreditar que com tal raciocínio reduz-se a aplicação do direito a procedimento mecânico, bem como se ignora a centralidade da norma constitucional, mantendo a norma infraconstitucional como protagonista do processo interpretativo. (TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.444).

⁴⁰⁶ Segundo Tepedino a técnica da subsunção parte de duas premissas equivocadas: "(i) a separação do mundo abstrato das normas e o mundo real dos fatos, no qual aquelas devem incidir; (ii) a separação entre o momento da interpretação da norma abstrata (premissa maior) e o momento da aplicação ao suporte fático concreto (premissa menor). Como consequência, admite-se que, em tese e de antemão (em relação ao momento da incidência da norma), haveria valorações legítimas efetuadas pelo legislador, normas de condutas as quais deve se moldar, em abstrato, a sociedade." (*Ibid.*, p.443-444).

Em muitas situações a aplicação pura e simples da norma acaba por ser mais nociva que o próprio conflito de interesses ante as injustiças que ela gera.⁴⁰⁷ Assim, mais do que aplicar uma norma é preciso saber como aplicá-la. Nessa medida, adverte José Ricardo Cunha que

a mediação hermenêutica, as mudanças históricas, as novas demandas sociais, as exigências éticas, as vicissitudes dos casos concretos, a abertura e a principiologia do sistema jurídico são variáveis contínuas e maleáveis que comprovam que também no mundo do Direito acabaram 1 certezas, ilusões e determinismos.⁴⁰⁸

É nesse contexto que Perlingieri propõe, diante da superação da subsunção, uma renovada teoria da interpretação jurídica, que não seja formalística, "que saiba propor uma interpretação das disposições normativas no que se refere à hierarquia das fontes e dos valores, em uma aceção necessariamente sistemática e axiológica"⁴⁰⁹, em que os fatos são constituídos pela atividade interpretativa. Assim, deverá o ordenamento ser interpretado de forma unitária, considerando a principiologia e a axiologia constitucional. Somente por meio deste agir interpretativo, o qual deverá ser inerente à aplicação de uma norma, será possível extrair o seu sentido.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ CUNHA, José Ricardo. Direito e complexidade. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006. p.230.

⁴⁰⁸ *Id.* Nesse mesmo sentido, Tepedino propõe a superação da técnica da subsunção, devendo a norma do caso concreto ser definida "pelas circunstâncias fáticas na qual incide, sendo extraída do conjunto normativo em que constitui o ordenamento como um todo". A partir de Perlingieri sustenta que "a releitura dos institutos de direito civil à luz da Constituição não deve significar que o objeto da interpretação seja a lei ordinária conformada ou ajustada à norma constitucional, mas que o objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais conjuntamente com as normas constitucionais". (TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.445).

⁴⁰⁹ No original: "*che sappia proporre una interpretazione delle disposizioni normative nel rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori, in una accezione necessariamente sistemática e assiologica*" (PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p.77, jul./set. 2007).

⁴¹⁰ "O sentido não é um atributo dos respectivos textos ou palavras: o sentido de um elemento é distinto do sentido da inteira estrutura. Nessa observação reside o fundamento da necessidade, metodológica e hermenêutica, de individualizar o contexto de significado no qual uma proposição jurídica está situada, e a sistemática de um texto jurídico. A hermenêutica (teoria da interpretação) revela a conexão fundamental entre realidade e interpretação." (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Celina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.604).

Na perspectiva dessa renovada teoria exige-se daqueles que operam com o direito não mais uma atividade mecânica de mera aplicação do fato à norma, mas uma plena valorização das particularidades do fato examinado, determinando-se a normativa do caso concreto à luz das normas e dos princípios mais adequados à composição dos interesses.⁴¹¹

Nessa perspectiva, as soluções e diretivas a que a doutrina do direito e a jurisprudência são chamadas a propor e a aplicar não são aquelas abstratas, mas "concretamente utilizáveis, ainda mais se a ciência que a propõe se fundar em juízos não hipocritamente neutros, mas de tipo valorativo"⁴¹².

Nessa direção, observa-se que diversas soluções ofertadas pelo Poder Judiciário em matéria de Direito de Família têm se mostrado insuficientes, ou até mesmo inadequadas diante do atual grau de complexidade da sociedade contemporânea. Pode-se dizer que tal muitas vezes se opera por não se interpretar o caso com base numa dimensão ética da responsabilidade.

Essa dimensão da responsabilidade traz em si o sentido de alteridade, na medida em que é radicalmente comprometida com o outro. Este outro que não se restringe ao indivíduo ao lado, ao filho, ao pai ou ao marido, mas que se estende às gerações futuras. Nessa dimensão ética a responsabilidade não se limita às consequências dos atos do passado, não se esgota numa relação de causa e efeito, não há uma perfeita reciprocidade entre direitos e deveres. O sujeito responsável pode ter deveres sem a respectiva contraprestação de direitos. É o que acontece, por exemplo, com o dever de preservar o meio ambiente para as gerações futuras. Ou, ainda, na relação dos pais para com os filhos, em que aqueles têm deveres para com estes independentemente de uma prévia exigência, ou de se saber se, na vida adulta, os filhos retribuirão os cuidados dos pais.⁴¹³

⁴¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Celina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.658.

⁴¹² *Ibid.*, p.605.

⁴¹³ Numa análise da lei que disciplina o direito a alimentos gravídicos (Lei n.º 11.804/2008), percebe-se nela um exemplo de reconhecimento legislativo da dimensão ética da responsabilidade. Esta lei permite que sejam fixados alimentos em favor do nascituro, mediante pedido formulado pela mãe, visando-se contemplar as despesas adicionais havidas no período da gravidez e gastos dela decorrentes. Após o nascimento com vida, estes alimentos são convertidos em pensão alimentícia em favor do menor (art. 6.º, parágrafo único). Na fixação dos alimentos gravídicos é

Os atos humanos trazem em si uma carga de responsabilidade, pois ao se manifestar projetam-se sobre os outros. Dessa forma, pode-se dizer, na esteira de Vicente de Paulo Barretto, que "as relações humanas caracterizam-se, assim, por uma necessária dimensão de responsabilidade que se constitui no eixo das relações sociais e que as torna possíveis e previsíveis"⁴¹⁴.

Se levada a efeito essa dimensão ética da responsabilidade na família e no direito, seja sob o ponto de vista legislativo, seja doutrinário, seja jurisdicional, o contexto dos litígios de família poderiam se apresentar sob outra roupagem. Isso não só sob o prisma do resultado final, mas também factual, ou seja, de como as relações familiares se estabeleceriam antes, durante e após o litígio, de modo que este ou não se instalasse, ou, uma vez verificado, não se repetisse ou não se agravasse.

Ao se incorporar a dimensão ética de responsabilidade nas relações familiares, sob o ponto de vista fático e jurídico, permite-se que aqueles que estão envolvidos nessas relações cheguem eles mesmos as suas conclusões e soluções sobre a melhor forma de agir no contexto familiar. Isso porque se incorpora o sentido de responsabilidade pelo outro, não apenas tendo-se em conta aquilo que se fez, mas principalmente aquilo que se tem a fazer. Tem a responsabilidade um sentido positivo. Com isso, incentiva-se menos o litígio e mais a coexistencialidade.

Aqueles que integram uma relação familiar assumem responsabilidades pela promoção dos seus membros, bem como pela realização de atos que assegurem a existência de vida digna das atuais e das futuras gerações.

Ao lado disso, é preciso que aqueles que operam com o Direito de Família interpretem-no de modo a encarar a família como um espaço de realização de afetividade

suficiente que o juiz se convença de indícios da paternidade (art. 6.º). Assim, percebe-se que, independentemente da existência de vínculo familiar estabelecido, e até mesmo da certeza sobre se este irá se estabelecer ou não, o legislador entendeu por bem em determinar que aquele que supostamente é o pai do nascituro contribua com as despesas no processo da sua gestação. Com isso percebe-se que a responsabilidade foi considerada na sua dimensão ética, pois se busca a preservação da geração futura, a responsabilidade para com o outro, mesmo antes do seu nascimento com vida. Há uma atribuição de responsabilidade dissociada do prévio estabelecimento do vínculo familiar.

⁴¹⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. O "admirável mundo novo" e a teoria da responsabilidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas** – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.998.

com responsabilidade. Responsabilidade esta que não tem um viés exclusivamente punitivo e reparatório, mas promocional, que incentiva os membros da família a perceber que o seu agir implica escolhas, as quais se renovam e prolongam no tempo e podem, sim, permitir a construção ou a reconstrução de relações. Dessa forma, a interpretação do Direito de Família contemporâneo há de ser inclusiva e não excludente das formações de afeto que se apresentam na sociedade.

No entanto, sob o ponto de vista jurisprudencial, a maioria das decisões na esfera do Direito de Família não parte de uma dimensão ética da responsabilidade, decidindo com base em outras premissas questões que poderiam estar fundadas na referida dimensão.⁴¹⁵

⁴¹⁵ As decisões que se referem direta e expressamente à responsabilidade o fazem relacionando-a quase exclusivamente à responsabilidade civil. Ao se efetuar a pesquisa junto ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça mediante os verbetes “direito”, “família”, “responsabilidade”, foram encontradas 171 decisões, sendo que a maioria delas sequer relacionava-se a Direito de Família, estando vinculadas a direito administrativo em face da responsabilidade civil do Estado (REsp 1109674/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 14/09/2010, DJe 20/09/2010), responsabilidade civil do Estado por morte de preso (REsp 1121800/RR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18/11/2010, DJe 01/12/2010), responsabilidade civil por morte (REsp 1139612/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17/03/2011, DJe 23/03/2011), penhora de bem de família (REsp 1057511/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009), acidente de trabalho (REsp 133.527/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 05/11/2002, DJ 24/02/2003, p.234), conflito de competência (CC 35.709/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 09/10/2002, DJ 09/12/2003, p.205), responsabilidade penal (RHC 12.736/PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 01/10/2002, DJ 24/03/2003, p.282). Especificamente em matéria de Direito de Família há decisões que fazem alusão à responsabilidade quando tratam do abandono afetivo (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012; REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p.299), alimentos (AgRg no Ag 1010387/SC, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 30/06/2009; REsp 579.385/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/08/2004, DJ 04/10/2004, p.291; REsp 81.838/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 06/06/2000, DJ 04/09/2000, p.155) e guarda (REsp 502.995/RN, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 16/05/2005, p.353; (AgRg no Ag 1121907/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/05/2009, DJe 03/06/2009). No entanto, cabe ressaltar que no caso do abandono afetivo o sentido de responsabilidade a que se alude diz com a responsabilidade civil. Nos acórdãos atinentes a alimentos e guarda, embora se faça alusão à responsabilidade esta não é abordada a partir da sua dimensão ética. No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a situação não é muito diversa. A maioria das decisões que aludem à responsabilidade, no âmbito do direito de família circunscrevem-se à responsabilidade civil, tratando, por exemplo, de pedidos de indenizações por danos morais por abandono afetivo (Ap. 639544-4 – Curitiba – Rel. Nelson Mizuta – 10.^a CCív – julgado em 04/03/2010; Ap. 0576938-4 – Londrina – Rel. Arquelau Araujo Ribas – 10.^a CCív – julgado em 17/12/2009; Ap. 0768524-9 – Foz do Iguaçu – Rel. Jorge de Oliveira Vargas – 8.^a CCív – julgado em 26/01/2012; Ap. 0584834-6 – Curitiba – Rel. Marco Antonio Massaneiro – 9.^a CCív – julgado em 25/03/2010) e indenização por danos materiais e morais pela dissolução de união estável (Ap. 0311794-0 – Curitiba – Rel. Celso Rotoli de Macedo – 12.^a CCív – julgado em 12/04/2006; Ap. 456803-8 – Cândido de Abreu – Rel. Sérgio Roberto

Diante dessa realidade, o que se propõe nesta parte do trabalho é a análise de dois julgados, procedendo-se a um exame dos fundamentos por eles adotados, bem como uma posterior (re)leitura deles a partir da aplicação de uma dimensão ética da responsabilidade. Acredita-se que dessa forma será possível compreender como um sentido ético de responsabilidade poderá contribuir para a efetivação de um Direito de Família comprometido com a realização dos preceitos constitucionais de promoção da pessoa humana.

Com isso será possível refletir como o Direito de Família pode, de fato, auxiliar aqueles que dele se socorrem a compreender que ele só poderá ser concretizado mediante um efetivo comprometimento dos seus protagonistas, o que se faz por meio de um agir responsável.

A metodologia utilizada para essa abordagem consistiu na seleção de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça e outra do Supremo Tribunal Federal relacionadas à questão da simultaneidade familiar, nas quais, sem considerar a dimensão ética da responsabilidade, foram negados efeitos jurídicos a estas entidades familiares.

Nóbrega Rolanski – 11.^a CCív – julgado em 30/07/2008; Ap. 0396084-3 – Maringá – Rel. D'artagnan Serpa Sá – 12.^a CCív – julgado em 14/11/2007). Cabe ainda pontuar que em recente julgado proferido junto à 12.^a CCív do TJ/PR, datado de 08/08/2012, decidiu-se a respeito a perda do poder familiar invocando-se como um dos fundamentos da decisão a relação entre liberdade e responsabilidade no agir dos pais para com seus filhos. O acórdão da lavra do Juiz Substituto em 2.^o Grau, Victor Martim Batschke, parece refletir, ainda que de forma incipiente, sobre uma dimensão ética da responsabilidade nas relações parentais (Ap. 0866603-9 – Cascavel – Rel. Victor Martim Batschke – 12.^a CCív – julgado em 08/08/2012). Deixa-se de juntar o inteiro teor do acórdão por tramitar em segredo de justiça e nele haver menção ao nome das partes.

CAPÍTULO 1

DECISÕES A RESPEITO DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR E A DIMENSÃO ÉTICA DA RESPONSABILIDADE: UMA LEITURA POSSÍVEL

Se no direito em sua totalidade é premente a importância do conteúdo argumentativo de uma decisão, no Direito de Família isso é ainda mais relevante, em face não só da natureza das relações nele estabelecidas, mas também do caráter de continuidade que a elas é inerente. Dessa forma, na análise de uma decisão, mais do que o exame do seu dispositivo, do resultado final de procedência ou improcedência do pedido, importa a análise dos fundamentos que nela foram utilizados.

Conforme já anotado, não se verificam, com frequência, na jurisprudência, decisões que utilizem em suas fundamentações, de forma expressa, seja para acolher, seja para refutar, uma dimensão ética da responsabilidade.

No entanto, no exame de alguns casos concretos, percebe-se que ao não incorporar esta dimensão ética da responsabilidade o Direito de Família, na sua efetivação, acaba por privilegiar, ao fim e ao cabo, um agir irresponsável por parte de alguns dos integrantes da entidade familiar.

Na relação de conjugalidade essa situação pode ser evidenciada nos casos de simultaneidade familiar e que restou retratado em acórdão prolatado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decorrente da interposição de Recurso Especial.⁴¹⁶ O voto condutor do acórdão da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, acompanhado por unanimidade pelos demais Ministros, refuta peremptoriamente a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos à relação afetiva simultânea, tendo como argumento principal a inobservância do dever de lealdade, o qual entende como requisito ínsito para a constituição da união estável.

⁴¹⁶ REsp n.º 1.157.273-RN – 3.ª T – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 18/05/2010. O inteiro teor do acórdão encontra-se em anexo.

Para que se possa compreender em que sentido, ao não reconhecer a simultaneidade familiar, a mencionada decisão privilegiou um agir irresponsável, necessário se faz referir, ainda que de forma sucinta, aos fatos atinentes ao caso.⁴¹⁷

Em 1980 houve o casamento entre "M" e "S", do qual resultaram três filhos, nascidos em 1980, 1981 e 1983. Esta união perdurou até 1993, quando foi homologada a separação judicial consensual do casal, a qual foi derogada em 07/04/1994, retomando-se a convivência marital. Em 17/12/1999 houve a decretação do divórcio do casal. No entanto, "M" e "S" permaneceram relacionando-se continuamente até o óbito de "M", em 17/4/2003, que, por sua vez, desde 1994, mantinha-se, paralelamente, em união estável com "D". Em razão desse fato, "S" teve negado pedido de pensão por morte, uma vez que este benefício fora deferido a "D", mulher com que "M" manteve relacionamento simultâneo a "S", de 1994 até o óbito.

O falecido deixou, para ambas as viúvas, declaração assinada atestando a existência de união estável. "S" e "D" ingressaram em juízo pleiteando a declaração de existência de união estável com o *de cujus*, "S", pelo período compreendido entre 1999 até o falecimento e "D", de 1994 à data do óbito, requerendo, ambas, o pagamento da pensão pela morte de "M".

Os filhos de "M" com "S", embora reconheçam o relacionamento do pai com "D", adjetivam-no como espúrio, incapaz de caracterizar união estável, justificando a permanência do genitor na referida relação apenas pelo fato de "D" ter descoberto um câncer.

O juiz de 1.º grau julgou procedentes ambos os pedidos iniciais, reconhecendo as uniões estáveis concomitantes mantidas pelo falecido com as autoras nos períodos por elas afirmados, determinando a divisão em 50% da pensão por morte. Tal decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte após apelação interposta apenas por "D". Esta ainda interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi dado provimento para o fim de reconhecer a união estável apenas entre "D" e "M", conferindo somente a ela o direito de receber a pensão decorrente da morte do companheiro, não atribuindo a "S" qualquer direito.

⁴¹⁷ No acórdão não há menção aos nomes das partes envolvidas, apenas as suas iniciais. Sendo assim, neste trabalho, na narrativa do caso, utilizar-se-á apenas a primeira letra da inicial do nome de cada um dos envolvidos.

No caso se está diante de hipótese de simultaneidade familiar na modalidade de uniões estáveis concomitantes, na medida em que, embora "M" e "S" tenham sido casados, já se encontravam divorciados desde 1999.

Antes do mais, é preciso pontuar que o voto condutor tem como incontroverso o fato de que existiram duas relações afetivas, duradouras e ostensivas, de forma simultânea, entre "S" e "M" e entre "D" e "M", tanto que afirma textualmente: "atesta-se indiscutível existência de uniões de afeto simultâneas, mantidas entre o ano de 1994 até a data do óbito do companheiro – 17.4.2003; e S., após a homologação do divórcio do casal – 17.12.1999, também até a data do óbito de M. da C.G."

Não obstante esse fato os Ministros da 3.^a Turma do STJ concluíram no sentido de não atribuir ao relacionamento de "S" e "M" o *status* de união estável, não o considerando como entidade familiar. Segundo a Relatora, a pretensão de "M" e "S" de permanecerem se relacionando mesmo após a celebração do divórcio, como se companheiros fossem, em concomitância à união que "M" mantinha com "D", encontrava óbice no dever de lealdade inerente a esta modalidade de entidade familiar. Nas palavras da Relatora,

uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequências, desleais.

Assim, percebe-se que ainda que a Ministra tenha reconhecido o caráter afetivo, duradouro e ostensivo da relação existente entre "S" e "M", isso não foi suficiente para caracterizá-la como entidade familiar sujeita a efeitos jurídicos. O fundamento primeiro a servir de base para a sua tese, que não confere efeitos jurídicos às uniões afetivas simultâneas, diz com a inobservância do dever de lealdade; dever este que, inclusive, elevou à categoria de elemento constitutivo da união estável.

É importante ressaltar que o referido acórdão não se preocupou em analisar se diante daquela situação fática, por ele mesmo reconhecida como "união de afeto", estaria ou não configurada uma entidade familiar e as consequências daí decorrentes. A Ministra, partindo da premissa de que a monogamia é princípio estruturante da

sociedade concluiu, quase num silogismo, que a segunda união afetiva não poderia ser encarada como entidade familiar.

Vale acompanhar novamente o caso. "M" e "S" foram casados por mais de dez anos, separaram-se judicialmente em 1993 e um ano depois derogaram a separação decidindo retomar o relacionamento. Nessa época também teve início a união estável entre "M" e "D". Em 1999 "M" e "S" divorciaram-se, mas a relação entre o casal se manteve, assim como a união estável entre "M" e "D". Desse modo, de 1994, até o óbito de "M" em 2003, perduraram paralelamente as duas uniões, uma entre "M" e "D" e outra entre "M" e "S".

Pela descrição fática contida no próprio acórdão, é possível afirmar que restaram caracterizados todos os elementos necessários para a formação de uma entidade familiar, quais sejam afetividade, estabilidade e ostensibilidade.⁴¹⁸ No entanto, optaram os Ministros por não adentrar nessa ordem de argumentação. Dito de outro modo, mesmo diante da realidade apresentada, os julgadores pareceram preferir não enfrentá-la. A força dos fatos parece não ter sido suficiente para levar os julgadores a estabelecerem uma outra ordem de reflexão.

O Direito de Família não pode ser visto apenas como um conjunto de normas destinado à proteção das entidades familiares consideradas abstratamente. O seu escopo primeiro, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser a proteção dos seus membros na sua coexistencialidade e não de forma insular.⁴¹⁹ Com isso é possível dizer, como o faz Luiz Edson Fachin, que

⁴¹⁸ Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, três são as características que devem se fazer presentes para que se configure uma entidade familiar, quais sejam: "a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.12, p.42, jan./mar. 2004). O autor ainda acrescenta que esses requisitos são comuns a todas as entidades familiares, sendo que na união estável a estes se acrescenta um requisito específico que lhe dá identidade e autonomia, qual seja, "a convivência de um homem e uma mulher em posse de estado de casados". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.172).

⁴¹⁹ Sobre o tema, salienta Paulo Lôbo: "A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas..., *op. cit.*, p.46).

excluir relações jurídicas que não se amoldam aos tradicionais moldes familiares e rompem a barreira da predeterminação implica negar muito mais do que simples modelos, implica negar a própria condição existencial de sujeitos concretos que vivencialmente buscam a felicidade e a si próprios no afeto para com outrem; implica, pois, a negação do *eudemonismo*.⁴²⁰

Na medida em que a família é colocada como espaço de realização afetiva das pessoas, dos membros que a compõem na sua coexistencialidade, não há qualquer justificativa para um tratamento desigual entre as diversas entidades familiares que se apresentam na sociedade.⁴²¹ Um agir neste sentido importaria, em última análise, num tratamento discriminatório das pessoas inseridas nessas relações familiares, ignorando-se, assim, a centralidade que o princípio da dignidade da pessoa humana possui no ordenamento.⁴²²

Quando se deixa de atribuir efeitos jurídicos a uma relação entre pessoas fundada sobre o afeto e que se apresenta como família, nega-se, a essas pessoas, o desenvolvimento da sua personalidade.⁴²³ Assim, pode-se dizer que, mais grave do que condenar essas famílias a um ostracismo jurídico, é negá-las do ponto de vista sociológico, ou seja, ignorar que a família, antes de ser uma categoria jurídica, é um

⁴²⁰ FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado: problematizando espacialidades à luz da fenomenologia paralítica. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v.23, p.8-9, 2011. Sobre a concepção eudemonista da família escreveram José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz: "a concepção eudemonista da família progride à medida que ela regride ao seu aspecto instrumental. E, precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa – para a realização dos seus interesses afetivos e existenciais". (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2000. p.13).

⁴²¹ Entidades estas que não se limitam ao casamento, à união estável e à família monoparental. Conforme adverte Paulo Lôbo, deve o artigo 226 da Constituição Federal ser lido como "cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.12, p.45, jan./mar. 2004). Ainda sobre o tema já se manifestou Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: "O atendimento do escopo de desenvolvimento da dignidade da pessoa por meio de uma coexistência familiar, impõe, nessa esteira, a compreensão de que a pluralidade constitucional acerca da família é aberta, abrangendo não apenas modelos expressos, mas, também, arranjos familiares que não se apresentam, de antemão, predefinidos conceitualmente na regra positivada. Sua inserção no sistema se realiza por meio da porosidade do princípio da família plural." (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 27 a 29 out. 2005. p.203).

⁴²² LÔBO, *op. cit.*, p.46.

⁴²³ FACHIN, *op. cit.*, p.8.

fato sociológico. Há que se refletir, em que medida a extrema valorização daquilo que está positivado deve prevalecer sobre "aquilo que é vivencialmente constituído"⁴²⁴.

O ato de constituir família é um ato de liberdade. Pensada a família como "espaço de autoconstituição da pessoa no exercício da liberdade de coexistir, é na coexistência que pressupõe a liberdade que a pessoa se forma para a convivência social"⁴²⁵. No entanto, esta liberdade não pode ser pensada apenas sob o aspecto formal e negativo.⁴²⁶ É insuficiente o Direito conferir um espaço de liberdade de escolha se as consequências dessas escolhas forem por ele ignoradas. Dito de outro modo, não basta que seja assegurada, abstratamente, a liberdade de constituir família num espaço de não coerção se, concomitantemente, não se reconhecer à pluralidade de famílias que se apresentam na sociedade os respectivos efeitos jurídicos no plano familiar.

Conforme pontua Carlos Eduardo Pianovcki Ruzyk, "trata-se, mais do que afirmar a liberdade de fazer escolhas no lugar da não-proibição, de se cogitar de uma 'liberdade vivida', e que é fonte de normatividade que extrapola a lógica da

⁴²⁴ FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado: problematizando espacialidades à luz da fenomenologia paralítica. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v.23, p.8, 2011.

⁴²⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovcki. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.315.

⁴²⁶ Carlos Eduardo Pianovcki Ruzyk estabelece a diferença entre liberdade formal e liberdade substancial, ou liberdade como abstração e liberdade como efetividade. "Trata-se da liberdade assegurada formalmente, da qual, em tese, todos podem exercer sem sofrer coerção estatal, mas que não toma em consideração limites ou condicionamentos concretos, nem, tampouco, condições objetivas de exercício. Por liberdade como efetividade pode-se entender, a seu turno, na esteira do pensamento de Amartya Sen, a possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza, o que importa necessariamente, deter um conjunto mínimo de capacidades. Pode-se afirmar que esse conceito incorpora, no âmbito da própria liberdade, as condições materiais e subjetivas de exercício da liberdade formal. Restrições materiais que eliminam concretamente as escolhas possíveis – ainda que, em tese, tais escolhas não sejam vedadas e seus efeitos reconhecidos e protegidos – limitam liberdade efetiva." O autor também esclarece a diferença entre liberdade positiva e negativa. Esta se situa "no reverso do Estado: trata-se da possibilidade de fazer escolhas que será tão ou mais ampla quanto menor for a coerção estatal. Ao mesmo tempo, porém, pressupõe a proteção do Estado, por meio da lei, a esse espaço em que não há restrições". A partir da teoria de Bauman, afirma a respeito da liberdade positiva que: "não se limita a liberdade individual à possibilidade de fazer escolhas em um espaço de não coerção, mas sim diz respeito à construção de subjetividade, à possibilidade de interferir nas decisões que determinam a vida de cada um". (*Ibid.*, p.31; 33; 56-57).

autonomia privada contratual"⁴²⁷. Assim, no âmbito das relações existenciais de família, a tutela da liberdade limitada a permitir fazer o que não é proibido não se mostra consentânea ao grau de complexidade da sociedade contemporânea, na medida em que a realidade sociológica demanda, não raro, uma tutela jurídica positiva.

Voltando-se para o acórdão que se está a examinar. Embora se mencione no voto relator o fato de que a união entre "S" e "M" era duradoura, dotada de afetividade e publicidade, este contexto não foi considerado na fundamentação, preferindo-se privilegiar a análise de dois requisitos eleitos como essenciais, quais sejam, a observância do dever de lealdade e a possibilidade de conversão da união estável em casamento. Para os julgadores, mais relevante que a proteção da pessoa de "S" foi a proteção da entidade familiar antecessora formada por "M" e "D".

Nem se poderia argumentar que, no acórdão, a não proteção da pessoa de "M" se fez a partir da opção pela proteção da pessoa de "D". Não há dúvida de que a pessoa de "D" deveria ser tutelada. No entanto, essa tutela só se justificaria na

⁴²⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovcki. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.316. Sem buscar adentrar numa reflexão mais aprofundada a respeito do que se entende por autonomia privada, o que extrapolaria aos limites deste trabalho em face da diversidade de concepções e discussões travadas a respeito do tema, cabe apenas pontuar que ela não se confunde com a liberdade, na medida em que esta possui uma maior amplitude que a autonomia privada. Nesse sentido esclarece Ruzyk: "Há, entretanto, considerável dificuldade de se admitir como inserta na autonomia privada também a liberdade substancial. Talvez seja mais adequado reconhecer que a liberdade dos privados pode extrapolar a autonomia privada, mantendo-se, mesmo assim, como dotada de juridicidade. [...] É possível, assim, afirmar que a autonomia privada não esgota as possibilidades da liberdade no Direito Civil, seja pela sua insuficiência para dar conta da liberdade substancial, seja pela dificuldade de dar conta de relevantes expressões de liberdade positiva. Apesar dos importantes esforços na contemporaneidade para pensar as possibilidades da autonomia privada no âmbito das relações existenciais, talvez a referência à(s) liberdade(s) possa se revelar como mais prolífica. [...] A ausência de identidade absoluta entre liberdade no Direito Civil e autonomia privada se manifesta, assim, ao menos por duas 'insuficiências' deste último conceito: a não apreensão da liberdade substancial e o não reconhecimento de juridicidade a manifestações de liberdade positiva que são efetuadas fora do instrumento negócio jurídico. A rigor, quiçá não se possa pensar propriamente em insuficiências: trata-se de reconhecer que a autonomia privada é expressão relevante e estruturalmente complexa da liberdade no Direito Civil, mas que, sem embargo disso, não pode ter a pretensão de esgotá-la. Ou seja: não se trata de conceito superado, mas não se pode supô-lo como sinônimo de liberdade nas relações interprivadas." (p.129-130). Ainda sobre o tema, oportuna a é a lição de Ana Prata: "não só autonomia privada (no sentido jurídico e, portanto, econômico) e liberdade não são conceitos confundíveis, como são, em grande medida, conceitos antinômicos. Na medida em que não exista uma real igualdade econômica ou contratual dos sujeitos contratantes, a livre manifestação das suas vontades corresponderá necessariamente ao exercício de liberdades qualitativamente muito diversas. Aquele que se encontra num estado de necessidade por não ter alternativas contratuais ou se acha numa situação de indiscutibilidade (ou de muita restrita discutibilidade) dos termos contratuais, não exerce a sua liberdade ao contratar." (PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, s/d. p.77).

medida da sua coexistencialidade com "S". A tutela constitucional destinada à família na pessoa de cada um dos seus membros (art. 226, § 8.º, CF), conforme já ressaltado, não tem um caráter individualista, não visa satisfazer desejos egoístas. Ao contrário, ela se justifica na medida da coexistencialidade: importa o "eu", mas também o "outro", seja ele endógeno ou exógeno ao próprio núcleo familiar.

Nas relações familiares, de cunho essencialmente existencial, a aplicação do direito não pode partir da premissa da exclusão, ao invés, deve priorizar a inclusão. No caso, a proteção de "D" não era excludente à proteção de "S", ambas mantiveram uma relação afetiva, duradoura e ostensiva com "M", simultaneamente, e nesta medida deveriam ser tuteladas.

No entanto, os argumentos encartados no acórdão ilustram que nele prevaleceu a preocupação com a proteção da união estável originária, como entidade familiar abstratamente considerada. Primou-se por esta em detrimento da pessoa de "S". Privilegiou-se a monogamia e um rigor técnico na aplicação dos institutos jurídicos em detrimento de uma dimensão ética da responsabilidade.

Não obstante em seu voto a Relatora faça alusão à solidariedade, à afetividade, à busca da felicidade, à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana, a sua ordem de argumentação está fulcrada primordialmente na inobservância do dever de lealdade e dos impedimentos para casar. São esses os motivos que a levaram a não reconhecer a simultaneidade familiar, visualizando na união entre "S" e "M" apenas uma "sociedade de fato".

Para a Ministra Nancy Andrighi, numa sociedade que tem como elemento estrutural a monogamia, não se pode atenuar o dever de fidelidade, o qual integra o dever de lealdade, e que é ínsito à configuração da união estável. Veja-se que a pretexto de privilegiar esse dever de lealdade o acórdão deixa de caracterizar como entidade familiar uma união que existiu no mundo dos fatos e, com isso, nega-lhe efeitos e impede que "S" venha a receber pensão por morte.⁴²⁸

⁴²⁸ Paulo Luiz Netto Lôbo questiona a manutenção do dever de fidelidade no ordenamento, salientando que a sua verificação, no caso concreto, ocorre mediante o sacrifício da intimidade e privacidade das pessoas. Ainda acrescenta: "Os valores hoje dominantes não reputam importante para a manutenção da sociedade conjugal esse dever, que faz do casamento não uma comunhão de afetos e de interesses maiores de companheirismo e colaboração, mas um instrumento de repressão sexual e de represália de um contra o outro, quando o relacionamento chega ao fim." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.143).

Diante desse contexto, é possível dizer que a decisão não atentou para a dimensão ética de responsabilidade, a qual deve estar presente não só quando da aplicação do direito nos litígios levados ao Poder Judiciário, mas também nas relações de família, sejam elas simultâneas ou não, e no direito que visa apreendê-las e que se expressa por meio da doutrina, da legislação e da jurisprudência.

A liberdade de constituir família, amplamente consagrada pela Constituição Federal de 1988, ganha sentido se acompanhada da noção de responsabilidade, pois "quanto mais liberdade se conquista, com redução consequente do *quantum* despótico, mais responsabilidade se impõe a quem exerce aquela"⁴²⁹. Ao se admitir que as pessoas se unam livremente e afetivamente, sem a respectiva atribuição de efeitos jurídicos de família a estas uniões, o Estado não só deixa de reconhecer uma realidade histórica-sociológica, mas também incentiva um agir irresponsável.

Quando se toma a monogamia como um princípio jurídico – como fez o acórdão – impondo-a a todas as relações familiares como um dever-ser, o Estado acaba por interferir na liberdade e na intimidade das pessoas, ditando modelos de relações a serem seguidas.⁴³⁰ A consequência disso acaba por ser a exclusão de famílias que existem sociologicamente, mas que não são reconhecidas pelo direito⁴³¹, conforme se verificou no caso de "S". Dito de outra maneira, o Estado, ao não reconhecer a normatividade que emerge das famílias simultâneas, contempla a pluralidade

⁴²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte, v.12, p.6, 2009.

⁴³⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e monogamia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 27 a 29 out. 2005. p.197. Anderson Schreiber adverte para o fato de que não basta admitir que a Constituição reconheceu uma pluralidade de entidades familiares; é preciso ir além e admitir que uma mesma pessoa possa fazer parte de mais de um núcleo familiar. Nas palavras do autor: "a concentração das atenções sobre as entidades familiares transmite a ideia de que cada pessoa deve ser inserida em apenas um esquema pré-moldado de família (ainda que o rol dos esquemas não seja mais considerado taxativo), rejeitando-se, implicitamente, a construção e desenvolvimento de relações familiares concomitantes ou simultâneas, especialmente se fundadas em diferentes convivências afetivas mantidas pela mesma pessoa. Com isso, a proteção à pessoa humana fica em segundo plano, tutelando-se, de modo abstrato, a entidade familiar em si mesma (com a exclusão de outras que aquela pessoa pudesse integrar concomitantemente), enquanto o ordenamento constitucional exige justamente o oposto." (SCHREIBER, Anderson. **Famílias simultâneas e redes familiares**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/95317551/Schreiber-Familias-silmult>>. Acesso em: 22 out. 2012).

⁴³¹ SILVA, Marcos Alves da. **Entrevista sobre a superação da monogamia como princípio jurídico**. Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/3078369/entrevista-sobre-a-superacao-da-monogamia-como-principio-juridico>>. Acesso em: 22 out. 2012.

familiar apenas formalmente, sem efetivá-la substancialmente. Assim agindo, acaba por frustrar a realização da liberdade coexistencial de forma responsável.

Ao fim e ao cabo, confere-se uma interpretação limitada e, conseqüentemente, excludente, do sentido de pluralidade familiar visado pela Constituição Federal. Deixa-se de atribuir à coexistência familiar, expressão do desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana, um lugar de destaque, para privilegiar a monogamia como princípio estruturante da sociedade.⁴³² Com isso, percebe-se que os julgadores, na solução do caso, conferiram primazia a uma regra infraconstitucional (dever de lealdade – art. 1.724, CC), em detrimento de princípios de ordem constitucional, como a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Em suma, interpretou-se a Constituição à luz do Código Civil, quando o inverso é que deveria ter ocorrido.

Ao procederem desse modo os Ministros parecem não ter considerado o sistema na sua unidade hermenêutica, em cujo centro figura a Constituição. Não relevaram a possibilidade de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas, o que é característico da constitucionalização do direito civil.⁴³³

Em última análise, ao colocar-se a monogamia como fundamento primeiro da decisão, percebe-se que para os Ministros o que realmente importou no caso foi o fato de que "M" já se encontrava em uma união estável quando retomou o seu relacionamento com "S", fato este que, por si só, impediria que uma segunda união fosse caracterizada como entidade familiar. Em momento algum eles valoraram as questões sobre o tempo em que "M" e "S" viveram juntos, o fato de o falecido, inclusive, ter declarado viver em união estável, a existência de relação afetiva entre "M" e "S".

⁴³² Contrário à tese da monogamia como princípio do Direito de Família, manifesta-se Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: "Não se pode afirmar, pois, que a monogamia seja um princípio do direito estatal de família, mas, sim, uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas – e, portanto, constituídas sob a chancela prévia do Estado. Não cabe ao Estado realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais não constituídas sob sua égide, e que se constroem no âmbito dos fatos." (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovcki. Famílias simultâneas e monogamia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 27 a 29 out. 2005. p.198).

⁴³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** 3.ed. 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p.392-395.

Independentemente de qualquer juízo moralista a respeito da conduta de "M", que consiste em manter duas uniões afetivas simultâneas, o fato é que elas existiram. "M" era o personagem comum às duas uniões e vivia com as duas mulheres, tinha com elas responsabilidades, tanto que se preocupou em assinar, com ambas, declarações de união estável. No entanto, após a morte de "M", apenas uma das companheiras, no caso "D", teve a união afetiva reconhecida como entidade familiar, o que lhe permitiu usufruir, na integralidade, da pensão deixada pelo falecido.

Ao decidir-se dessa forma privilegiou-se a proteção jurídica da família como ente abstrato, em detrimento da relação coexistencial concreta dos seus membros. Tal proceder deixou de tutelar a liberdade de constituir família em sentido substancial, bem como ignorou a existência da dimensão ética da responsabilidade, pois desconsiderou o outro, no caso "S".

Os julgadores se limitaram a proteger a família de forma transpessoal, desconsiderando que, a partir de uma dimensão ética da responsabilidade, a tutela de "D" só se justificaria na medida da sua coexistencialidade com os integrantes do seu núcleo familiar e demais pessoas e ele correlatas. "A liberdade plural que permite a cada um fazer o que valoriza – e, nessa medida, buscar livremente sua felicidade – é, coexistencial"⁴³⁴.

Ao se deparar com uma situação de simultaneidade familiar, esta deve ser pensada a partir da efetivação de uma dimensão ética da responsabilidade, tendo-se como premissa a ideia de que o outro não é apenas "o" companheiro ou "o" cônjuge.

Ora, se existem duas famílias formadas a partir de relações afetivas havidas com uma pessoa em comum e de forma simultânea, esse contexto não pode ser desconsiderado pelos integrantes destas famílias. Os núcleos familiares coexistem, o que não pode ser ignorado, nem pelos seus membros, nem pelo direito. Este deve buscar apreendê-los tendo por base a dimensão ética da responsabilidade, pois assim é possível também proteger o outro na sua integralidade existencial.

⁴³⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovcki. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.327.

O outro não é exclusivo, não é necessariamente um, mas são, em essência, os *outros*. Também sobre a família o pluralismo vem estender seu manto libertador, não apenas para autorizar famílias diversas entre si, mas sobretudo para reconhecer que o direito não deve proteger a família, como grupo de pessoas, mas a pessoa de quem as famílias são expressão.⁴³⁵

Nessa perspectiva, caso a dimensão ética da responsabilidade tivesse sido considerada como fundamento desta decisão, muito provavelmente o seu resultado teria sido outro. Isso porque ela tem como premissa um olhar para o outro, a coexistência, o que impediria que a relação familiar entre "S" e "M" tivesse sido relegada.

Um agir substancialmente livre pressupõe um agir responsável. Na medida em que no julgado se admitiu que "M" foi livre para manter, por um longo período, relacionamento afetivo e simultâneo com duas mulheres, tal certamente lhe gerou responsabilidades. No entanto, uma vez que havia dois núcleos familiares, essas responsabilidades não se estabeleciam de forma isolada e estanque, mas, sim, coexistiam.

No contexto de uma sociedade contemporânea complexa, informada por uma Constituição que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a solidariedade, ignorar uma dimensão ética da responsabilidade, para buscar no dever de lealdade e de fidelidade⁴³⁶ fundamentos para afastar a simultaneidade familiar parece desarrazoado.

Não é demasiado lembrar que esses deveres sempre andaram muito próximos à ideia de culpa. Era na infidelidade que se encontrava a justificativa mais comum para se declarar um cônjuge como descumpridor dos deveres conjugais e, portanto, culpado pela separação. Num contexto posterior à Emenda Constitucional n.º 66,

⁴³⁵ SCHREIBER, Anderson. **Famílias simultâneas e redes familiares**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/95317551/Schreiber-Familias-silmult>>. Acesso em: 22 out. 2012.

⁴³⁶ Apesar de no acórdão o dever de lealdade ser colocado como integrante do dever de fidelidade, Anderson Schreiber diferencia lealdade de fidelidade, esclarecendo que esta "está atrelada aos princípios do matrimônio e à exclusividade que lhe é inerente", sendo que a lealdade "se apresenta como noção mais flexível, que se exprime na transparência, coerência e consistência da pessoa em relação aos ideais comuns. Trata-se de um compromisso." (*Id.*).

essa quebra do dever de fidelidade, não raro, ainda é invocada, na doutrina e na jurisprudência, para fim de verificação de culpa nas ações de alimentos entre cônjuges.⁴³⁷

Dessa sorte, verifica-se que, ao se invocar argumentos como monogamia, dever de lealdade, dever de fidelidade, a 3.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça vai na contramão de uma dimensão ética da responsabilidade.

Outro argumento utilizado no acórdão para o fim de impedir a caracterização da simultaneidade familiar diz com o conteúdo do artigo 1.727 do Código Civil⁴³⁸, que denominou concubinato as relações não eventuais entre homens e mulheres impedidos de casar.⁴³⁹

No entender da Relatora, uma vez que a relação estabelecida entre "M" e "S" não pôde ser configurada como união estável pela inobservância do dever de lealdade, a ela deve ser aplicado o conteúdo do artigo 1.727 do CC, devendo ser reconhecida como sociedade de fato.⁴⁴⁰

⁴³⁷ Na parte II desta dissertação, ao que me remeto, já foram abordados os autores que ainda se mantêm fiéis à discussão da culpa no Direito de Família. Também se consignou que há autores que admitem a discussão da culpa, inclusive, nas ações de dissolução de união estável, por equipararem o dever de lealdade ao dever de fidelidade.

⁴³⁸ Art. 1.727, Código Civil. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

⁴³⁹ Luiz Edson Fachin, mesmo antes da edição do Código Civil de 2002 já atentava para o caráter pejorativo da utilização do termo concubino, e do tratamento discriminatório a ele conferido mesmo após a Constituição Federal de 1988: "No antigo terreno do concubinato, o princípio era o segredo que se conjugava com o Estado contemplativo. Não ao reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, não à disciplina jurídica das relações extramatrimoniais. As inclusões (legitimidade dos filhos associada ao casamento) definiram as exclusões (a 'bastardia' jurídica). [...] Sociedade de fato e não sociedade conjugal: o concubinato não era família, e a questão processual se decompunha no Juízo Cível. Nele, submetido ao procedimento ordinário, o direito da mulher passava pela ordália do ônus probatório, especialmente no que tocava ao esforço comum. Rompida aquela sociedade de fato, e não provado que tinha contribuído com seu esforço para a aquisição do patrimônio, segundo os tribunais, a mulher tem direito à indenização por serviços prestados. Esse entendimento paradoxal e retrógrado ainda permanece mesmo após a Constituição de 1988, apesar de ter representado, num certo estágio, uma expressão admissível de vedação ao enriquecimento sem causa." (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.63 e 65).

⁴⁴⁰ Paulo Luiz Netto Lôbo chama a atenção para o fato de que a maioria da doutrina e da jurisprudência não atribui ao concubinato o *status* de entidade familiar, concedendo-lhe o tratamento de sociedade de fato. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.185).

Como fundamento da sua decisão, a Ministra invocou o acórdão proferido no Recurso Extraordinário n.º 397.762-8, em que figurou como Relator o Ministro Marco Aurélio Mello.⁴⁴¹ Neste também se negou, mas por maioria,⁴⁴² a simultaneidade familiar, sob o principal fundamento de que não configura união estável relação que não pode ser convertida em casamento.

No caso levado ao STF, em situação análoga à do STJ, a discussão sobre a possibilidade de configuração de simultaneidade familiar também envolveu questão previdenciária, especificamente, no que se refere à possibilidade ou não de divisão do pensionamento entre as duas viúvas.⁴⁴³ Diante de certas peculiaridades do caso, valem ressaltar algumas das suas nuances específicas.⁴⁴⁴

O falecido, de nome Valdemar do Amor Divino Santos, à época do óbito era casado e vivia maritalmente com a esposa, com quem teve 11 filhos. Por mais de trinta anos Valdemar manteve com Joana da Paixão Luz relação paralela, com quem teve nove filhos. A sentença de primeiro grau negou a existência de união estável entre Valdemar e Joana, bem como o direito desta à metade da pensão, o que foi reformado pelo Tribunal de Justiça da Bahia.

⁴⁴¹ STF – REEx n.º 397.762-8 – Rel. Min. Marco Aurélio Mello – 1.ª T. – j. 03/06/2008. O inteiro teor do acórdão encontra-se em anexo, acompanhados de todos os votos, inclusive o vencido.

⁴⁴² O voto vencido foi proferido pelo Ministro Carlos Ayres Brito.

⁴⁴³ A relevância da questão envolvendo a simultaneidade familiar, bem como as consequências a ela inerentes, como, por exemplo, no campo previdenciário, é tanta que é objeto de repercussão geral junto ao Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento. (ARE 656298 RG, Relator(a): Min. Ayres Britto, julgado em 08/03/2012, acórdão eletrônico DJe-084 divulg 30-04-2012 public 02-05-2012 RT v.101, n.º 922, 2012, p.742-746). Essa matéria não é controversa apenas no âmbito dos Tribunais Superiores. No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná não há unanimidade sobre o tema, havendo decisões admitindo a simultaneidade familiar (Ap. 0846697-9 – Cornélio Procópio – Rel. Angela Maria Machado Costa – 12.ª CCív – julgado em 11/07/2012; Ap. 0392345-5 – Curitiba – Rel. Fernando Wolff Bodziak – 11.ª CCív – julgado em 26/09/2007) e outras negando-a (Ap. 0642781-2 – Guaraniaçu – Rel. Rafael Augusto Cassetari – 12.ª CCív – julgado em 12/05/2010).

⁴⁴⁴ Vale ressaltar que o presente trabalho não tem por objetivo desenvolver um estudo aprofundado a respeito da questão envolvendo a simultaneidade familiar. Embora tenha se mostrado importante apontar, ao longo do capítulo, algumas reflexões a respeito do tema, até para que fosse possível uma melhor compreensão dos fundamentos do voto, não se pretende traçar uma abordagem de cunho conclusivo a seu respeito, em face de sua complexidade e o grau de divergência que ainda existe tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O que se busca é, sim, uma interlocução dos fundamentos destes votos, com a dimensão ética da responsabilidade.

Em Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal a maioria dos Ministros da 1.^a Turma, com exceção do Ministro Ayres Brito, defendeu, a partir do voto do Ministro Relator, que o que estava em discussão não era a justiça da decisão no plano fático, mas sim o que deveria ser feito do ponto de vista jurídico. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio:

a atuação do Judiciário é vinculada ao Direito posto. Surgem óbices à manutenção do que decidido, a partir da Carta Federal. Realmente, para ter-se como configurada a união estável, não há imposição da monogamia, muito embora ela seja aconselhável, objetivando a paz entre o casal. Todavia, a união estável protegida pela Constituição pressupõe prática harmônica com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da Carta da República, tem-se como objetivo maior da proteção o casamento.

No entender do Ministro Relator e daqueles que acompanharam o seu voto, a possibilidade de conversão em casamento é pressuposto para o reconhecimento de uma relação como união estável.⁴⁴⁵ Embora o Relator reconheça o envolvimento afetivo que se projetou no tempo por trinta e sete anos entre Valdemar do Amor Divino e Joana da Paixão, entende que a ele não se pode atribuir efeitos jurídicos pelo fato de ter se implementado enquanto Valdemar estava na constância do casamento.

Assim, percebe-se que, ao se deparar com uma situação de simultaneidade familiar, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na sua maioria, preferiram não enfrentar a questão a partir dos argumentos atinentes à formação de uma entidade familiar, ignorando a existência de uma relação afetiva que perdurou por quase quarenta anos e da qual advieram nove filhos. Com isso, a vida de Valdemar e Joana passou ao largo da esfera jurídica.

Consignaram os Ministros que a existência de casamento vigente não permite a caracterização de uma união posterior como estável em face da infringência ao § 3.^o do artigo 226 da Constituição Federal. Para eles, a impossibilidade de conversão desta união em casamento é o que basta para que a ela não sejam atribuídos efeitos jurídicos, não podendo ser considerada entidade familiar. No entender da Ministra

⁴⁴⁵ Não obstante as divergências existentes nos votos do Ministro Marco Aurélio Mello (Relator) e do Ministro Ayres Brito (vencido) a respeito dos requisitos necessários para a configuração da união estável, em especial no que se refere à possibilidade de conversão em casamento, tal não será aqui esmiuçado, pois extrapolaria aos limites desta dissertação. Para um conhecimento amplo da divergência, remeto-me ao teor dos votos que se encontram em anexo.

Carmen Lúcia, inclusive, a existência de uma união posterior é fator de instabilidade para a união anterior, não admitindo a estabilidade entre uniões plurais, pelo simples fato de serem plurais.

Em nome de uma suposta segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal qualificou a relação de trinta e sete anos e nove filhos entre Valdemar e Joana como ilegítima, nada mais preconceituoso e em desconformidade com a própria ordem constitucional, que tem a pessoa humana no seu centro.⁴⁴⁶ O fato de a relação estabelecida entre Valdemar e Joana não poder ser qualificada como união estável, conforme pontuado pelos Ministros, de vez que impossível sua conversão em casamento, não significa que a ela não possam ser atribuídos efeitos jurídicos no plano familiar. Existiu uma relação familiar por quase quatro décadas, o que deveria ter sido apreendido pelo Direito.

Ao ter em conta somente a relação matrimonializada de Valdemar, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal deixou de olhar o outro, no caso, Joana, que foi colocada à margem do direito. Não se decidiu tendo-se em conta uma dimensão ética da responsabilidade. Se esta tivesse sido observada, talvez o resultado do julgamento fosse diverso.

A redução da relação de Joana e Valdemar aos limites de uma sociedade de fato implica limitá-la a questões patrimoniais, solucionando-a por meio de regras do direito obrigacional. Decidindo-se dessa maneira acaba-se por desconsiderar a liberdade constitucional de constituir família em seu sentido substancial, reduzindo-a a um aspecto formal.

⁴⁴⁶ Luiz Edson Fachin, tendo por base a Constituição Federal de 1988 e atentando para a pluralidade familiar por ela instalada, chama atenção para o fato de que mesmo as associações em que não há possibilidade de conversão em casamento podem vir a constituir entidade familiar. Nas palavras do autor: "No espaço da pluralidade familiar tem assento a família não matrimonializada. Nesse ninho sem moldura apresenta-se a união estável, a união livre e monoparentalidade. A união estável liga-se a um padrão familiar próximo ao casamento, facultada a conversão em casamento, posto que suscetível de nele ser convertida; união livre corresponde a uma associação informal não suscetível de conversão, e as famílias monoparentais são formadas em diversos modelos que não se resumem a pais e mães solteiras. Entes sob nova arquitetura de relação familiar." (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.60-61).

Negar, portanto, a existência jurídica de um fato arrimado no afeto e nos preceitos constitucionais, é, pois, mais do que negar a possibilidade de existência simultânea de modelos familiares; é negar o próprio sujeito que, voluntária ou involuntariamente, busca-se desenvolver como pessoa humana em dois núcleos familiares autônomos.⁴⁴⁷

Atento à necessidade de, a partir dos preceitos Constitucionais atinentes à família, valorar a realidade fática, considerando-se a disposição de Valdemar e Joana em formar uma família, acentuou o Ministro Ayres Brito em seu voto:

A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos dois parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a-dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que este órgão chamado coração "é terra que ninguém nunca pisou".

O caso em apreço, considerado a partir de uma dimensão ética da responsabilidade, permite que ele seja visto, assim como no caso anterior, para além de uma mera discussão sobre pensão previdenciária e de caráter patrimonial, mas reconhecendo a sua dimensão existencial.

Amor Divino Santos durante o período de convivência com Paixão Luz foi por ela responsável e vice-versa, assim como o foi pela sua esposa. Formaram-se, por mais de trinta anos, relações afetivas que coexistiram e que tinham um elo comum, Valdemar. Após a morte deste a coexistência havida não pode ser ignorada, sob pena de se ignorar o outro (Joana).

"Os direitos só existem para serem exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos 'fundamentalmente organizados' para viver em meio a outros"⁴⁴⁸. É no contexto de relações afetivas simultâneas que os direitos de Joana e da esposa de Valdemar foram exercidos e devem ser interpretados, tendo-se em conta uma dimensão ética da responsabilidade.

⁴⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado: problematizando espacialidades à luz da fenomenologia paralítica. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v.23, p.10, 2011.

⁴⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.249.

Apesar de não se fundar em argumentos idênticos à decisão do STJ, a decisão do STF é tão excludente quanto, pois ambas colocam à margem do direito uma entidade familiar consolidada no mundo dos fatos.

Uma interpretação restritiva da pluralidade familiar prevista constitucionalmente a modelos preestabelecidos implica, em última instância, limitar a própria liberdade de as pessoas constituírem família de forma responsável. Nesse sentido pontua Ruzyk:

Se a proteção jurídica é destinada à pessoa de cada componente da família, não é relevante saber qual é o modelo em que essa pessoa está inserida para efeito de admitir ou não a proteção. Essa proteção, entretanto, não se pode revelar autoritária, como direcionamento a padrões de conduta ou equalização sistemática. O respeito à diferença integra a proteção da pessoa no âmbito familiar. A igualdade de tratamento que se impõe a todas as pessoas no âmbito de suas famílias, sejam quais forem, pode ser pensada como uma igualdade no respeito à liberdade.⁴⁴⁹

Ao se encarar as famílias simultâneas a partir da dimensão ética da responsabilidade⁴⁵⁰, permite-se pensar a liberdade de constituir família, de fazer escolhas, numa perspectiva de comprometimento com o outro. Ao mesmo tempo em que se é livre para decidir sobre o modelo de família que se busca constituir, essa escolha deve ser responsável. Esta responsabilidade não se apresenta apenas como reação aos atos do passado, mas se volta, principalmente, a um comportamento futuro.

Dessa forma, pode-se dizer que o reconhecimento de uma dimensão ética da responsabilidade pode contribuir para a construção de outras respostas possíveis para casos complexos como os que envolvem, por exemplo, famílias simultâneas.

A consideração jurídica desta dimensão da responsabilidade encontra respaldo no nosso sistema jurídico, de modo que não pode mais ser ignorada, conforme vem ocorrendo e se verificou no exame dos casos em pauta.

⁴⁴⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.333.

⁴⁵⁰ Cabe aqui lembrar a diferenciação estabelecida por Max Weber entre ética da convicção e ética da responsabilidade, conforme já pontuado na parte I deste trabalho (Capítulo 1, item 1.1.4, nota 29).

A leitura da realidade a partir destes pressupostos pode contribuir para a superação de interpretações restritivas, que ainda se vinculam aos deveres de lealdade e fidelidade, os quais, inarredavelmente, remetem à questão da culpa e dificultam a tutela das situações subjetivas existenciais levadas a juízo.

Uma maior atenção sobre o outro (ainda que exterior a um dos núcleos familiares) é vital na análise dessas situações, permitindo a construção de soluções que mais se aproximem da justiça que clama o caso concreto.

O reconhecimento dessa dimensão ética da responsabilidade pode ser útil na construção de melhores respostas aos diversos conflitos familiares que se apresentam (e aos que estão por vir)⁴⁵¹ e, ainda, pode servir de parâmetro condutor para os próprios integrantes dessas relações existenciais, que devem procurar, cada vez mais, viver de forma livre, mas sempre responsavelmente.

⁴⁵¹ A Ministra Nancy Andrighi, recentemente, ao figurar como Relatora de Recurso Especial em que se discutia pedido de indenização por danos materiais e morais por abandono afetivo, em seu voto, em duas passagens, tangenciou a questão da responsabilidade numa dimensão ética. Embora a sua argumentação estivesse voltada a fundamentar "os elementos caracterizadores do ilícito civil" (culpa, nexos causal e dano), nos dois trechos em que relaciona a liberdade de escolha dos pais as suas responsabilidades, pode-se dizer que conferiu um sentido ético à responsabilidade, mesmo que não o tenha dito expressamente. Confirmam-se os trechos: "é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas. Sendo esse ele fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações ou escolhas, vale dizer, a criação da prole." [...] "o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação aos seus filhos, pois com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar." Ainda que a dimensão ética da responsabilidade tenha apenas tangenciado os fundamentos do voto tal não pode ser ignorado, pois denota a possibilidade da sua utilização em situações diversas, ou seja, tanto envolvendo as relações conjugais, como as relações parentais. (REsp n.º 1.159.242-SP – 3.ª T – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 24/04/2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça brota do amor. Isto não quer absolutamente dizer que o rigor da justiça não se possa voltar contra o amor, entendido a partir da responsabilidade. [...] O amor deve sempre vigiar a justiça.

(Emmanuel Levinas)

Neste momento, há que se retomar algumas das reflexões propostas ao longo do percurso. Antes é preciso alertar que não se tem a pretensão de colocar ponto final ao debate, ao contrário, objetiva-se instigar profícuas discussões que permitam descortinar novas possibilidades de pensar, operar e fundamentar o Direito de Família brasileiro.

A trajetória da pesquisa, cujo conteúdo se reflete na própria organização dos capítulos desta dissertação, denota a necessidade de se pensar o Direito de Família brasileiro a partir de uma dimensão ética de responsabilidade. Não se ignora a dificuldade do tema em face do seu pouco enfrentamento doutrinário e jurisprudencial, no entanto, este quadro, mais do que uma eventual justificativa para a sua permanência no ostracismo, serviu como incentivo para um efetivo debate.

A problematização a respeito do tratamento da responsabilidade no Direito de Família passou, antes de mais nada, por saber de que responsabilidade se está a tratar. O sentido de responsabilidade adotado na presente pesquisa, consciente da sua pluralidade semântica, buscou suporte na teoria desenvolvida por Hans Jonas, a qual valoriza um agir e fazer em relação ao outro, que não se restringe ao tempo presente, mas que também se lança ao futuro.

A escolha da teoria jonasiana como fundamento central do sentido de responsabilidade empregado nesta dissertação não foi aleatória. Ao encarar a responsabilidade sob uma perspectiva ética Jonas evidencia que a liberdade de agir encontra-se vinculada a um agir responsável, o que denota a plena consonância desta teoria com o atual contexto do Direito de Família brasileiro e das relações afetivas que ele busca apreender. Levadas essas reflexões à ambiência do Direito

de Família possibilita-se que sejam ofertadas respostas mais consentâneas com a complexidade da sociedade contemporânea.

Num contexto familiar em que a liberdade de constituir família convive, na mesma medida, com a liberdade de desconstitui-la, em que o planejamento familiar se encontra na esfera de decisão do casal, as escolhas, que, em algum momento, podem parecer individuais, na família se colocam num *locus* de coexistencialidade. Dito de outro modo, a decisão de ser pai, de ser mãe, de casar, de unir-se em união estável, de descasar, de dissolver a união, sempre repercute no outro. Daí percebe-se uma complexidade que é inerente às relações familiares, que joga com a incerteza e a vulnerabilidade das pessoas.

Constata-se isso, por exemplo, nas relações conjugais, em que junto com o desejo da sua estabilidade convive-se com a certeza da instabilidade. É o "eterno enquanto dure". Nas relações parentais, em contrapartida, tem-se o indivíduo, que não pediu para nascer, mas que, por um projeto de outros, se vê inserido numa dada entidade familiar. Nessas situações há uma necessidade de responder aos anseios daqueles que compõem as diversas famílias, e que se percebem individual e coletivamente. Daí decorre a premência de se trabalhar com o sentido de responsabilidade desenvolvido ao longo da pesquisa.

Considerando-se que o debate ainda se encontra escasso sobre o tema, entende-se que se respondeu aos objetivos desta dissertação. Parte considerável da doutrina do Direito de Família brasileiro permanece omissa quanto à discussão sobre a aplicação de uma dimensão ética da responsabilidade a este ramo do Direito. Talvez nesta quase ausência doutrinária esteja um dos motivos pelos quais as decisões judiciais também não busquem fundamentação na referida dimensão.

No entanto, a problematização a respeito do tema não é algo que se coloque no vazio. A realidade em que se apresenta a família contemporânea é instigante e é nessa medida que ela deve ser encarada. O caleidoscópio familiar não mais permite interpretações simplistas, que visem reduzir a complexidade fenomênica a uma mera subsunção do fato à norma. Espera-se mais daqueles que operam com Direito de Família. Se a realidade é plural, a resposta ofertada pelo Direito não pode ser singular.

Na aplicação do Direito de Família é preciso se pautar em diretrizes gerais que orientem seu desenvolvimento e, com isso, permitam vislumbrar novas possibilidades. É nessa perspectiva que a responsabilidade, na sua dimensão ética, se apresenta

como um fundamento que não se pode perder de vista. Não há dúvidas que os fatos influenciam a formação do Direito, no entanto, o Direito também pode influenciar o comportamento social.

Com isso se quer dizer que a assunção de um amplo debate sobre a dimensão ética da responsabilidade no Direito de Família, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, poderá incitar aqueles que compõem as relações familiares a agir de forma responsável.

A Constituição Federal de 1988 propiciou uma nova leitura da responsabilidade para o Direito de Família, como a que propõe Paulo Luiz Netto Lôbo, relacionando-a à ideia de liberdade, de promoção dos interesses dos integrantes da família e de compromisso com o futuro.

As situações fáticas estão postas na realidade e não podem ser ignoradas ou simplificadas pelo Direito, é preciso encarar a sua complexidade. Daí porque, insistir no argumento da culpa quando da fixação de alimentos entre ex-cônjuges ou alegar descumprimento de dever de fidelidade conjugal para afastar a caracterização de uma entidade familiar simultânea, apenas para citar dois exemplos, parece reduzir as relações familiares a meras relações contratuais, ignorando-se que nessas relações as pessoas se ligam tanto por laços de liberdade como por responsabilidade.

E, pela análise das decisões judiciais realizada neste trabalho, percebe-se que há lugar para a aplicação do referido sentido de responsabilidade no Direito de Família brasileiro.

Sendo assim, a utilização da dimensão ética da responsabilidade na interpretação das situações levadas ao Poder Judiciário possibilitará a construção de outras respostas possíveis e que estejam atentas ao atual estado da arte da família brasileira.

Este é um caminho a ser construído na perspectiva de que no futuro, que não se espera longínquo, a responsabilidade, no sentido aqui trabalhado, se faça presente de forma recorrente no discurso jurídico do Direito de Família brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABOIM, Sofia. **Conjugalidades em mudança**: percursos e dinâmicas da vida a dois. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2006.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Família no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo Salvador: PODIVM, 2010. p.29-46.

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**. Disponível em: <www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/75>. Acesso em: 17 set. 2012.

ALENCASTRO, Mario Sergio. Hans Jonas e a proposta de uma ética para a civilização tecnológica. **Sistema Eletrônico de Revistas da Universidade Federal do Paraná - Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Curitiba, n.19, p.13-27, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/made/issue/view/947>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.2.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O fim da culpa na separação judicial**: uma perspectiva histórico-jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARISTOTELES. **Ética a Nicômano**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p.97-123. (Os Pensadores). Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_po_etica.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Emenda constitucional do divórcio**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos>>. Acesso em: 10 set. 2012.

BARBOSA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.85-96.

BARRETTO, Vicente de Paulo. O "admirável mundo novo" e a teoria da responsabilidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.995-1018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 3.ed. 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.43, p.99-114, 2010.

BATTESTIN, Cláudia; GHIGGI, Gomercindo. O princípio responsabilidade de Hans Jonas: um princípio ético para os novos tempos. **Thaumazein Revista on-line semestral do Curso de Filosofia**, Santa Maria, n.6, p.69-85, out. 2010. Disponível em: <<http://sites.unifra.br/Default.aspx?alias=sites.unifra.br/thaumazein>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. **The normal chaos of love**. Tradução de Mark Ritter e Jane Wiebel. Oxford: Blackwell, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UNB, 1986.

BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares? In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.1-12.

_____. **Saber cuidar**. 18.ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 27 ago. 2012.

_____. Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 27 ago. 2012.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2012.

BRESSER PEREIRA, L. C. **A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle.** Brasília: MARE, 1997. (Cadernos MARE, 1).

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contextos e efeitos.** 287f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7.ed. 11.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva de intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CASABONA, Marcial Barreto. Responsabilidade civil no direito de família. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.350-368.

CASTRO, Hebert M. Mattos de. Laços de família e direitos no final da escravidão. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe de (Org.). **História da vida privada no Brasil: Império: a corte e a modernidade nacional.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010. v.2.

CHAMMA, Gladys Maluf. **A PEC do divórcio e a discussão da culpa.** Disponível em: <<http://www.original123.com.br/assessoria/2010/02/15/a-pec-do-divrcio-e-a-discusso-da-culpa/>>. Acesso em: 10 set. 2012.

CHIAMULERA, Iglair Terezinha Marquette. **A identidade política da mulher como unidade de gênero, em abordagem teórica sobre direitos humanos.** 222f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: famílias - sucessões.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.5.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade civil no direito de família. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**. em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p.487-504.

CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei n.º 674/2007. Estatuto das Famílias. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/projeto-cria-estatuto-familias.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2012.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados na V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cj>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Teoria geral do direito civil: relatório. **Separata da Revista da Faculdade de Direito**. Lisboa, 1988. p.37-70.

COSTA, Ana Surany Martins. **Alienação parental**: o "Jogo Patológico" que gera o sepultamento afetivo em função do exercício abusivo da guarda. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrf/lpext.dll?f=templates&fn=index.htm>>. Acesso em: 23 set. 2012.

CRITCHLEY, Simon. Introdução a Emmanuel Levinas. In: HADDOCK-LOBO, Rafael. **Da existência ao infinito**: ensaios sobre Emmanuel Levinas. Rio de Janeiro: Loyola e Editora PUC-Rio, 2006. p.13-20.

CUNHA, José Ricardo. Direito e complexidade. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006. p.229-233.

DELGADO, Mario Luiz. A nova redação do § 6.º do art. 226 da CF/1988: Porque a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a lei 11.441/2007**. 2.ed. São Paulo: Método, 2011. p.25-48.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **DIVÓRCIO JÁ!** Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Disponível em: <http://mariaberenicedias.com.br/uploads/1_-_s%EDndrome_da_aliena%E7%E3o__parental,_o_que_%E9_isso.pdf>. Acesso em: 21 set. 2012.

DICIONÁRIO da língua portuguesa contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian. 2001. 2v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil: da responsabilidade civil, sas preferências e privilégios creditórios.** Rio de Janeiro: Forense: 2004. v.13.

DUARTE, Joaquim Cardozo. Responsabilidade. In: **Polis: enciclopédia VERBO da sociedade e do estado.** Lisboa: Verbo, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Lavando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos A. de A. Responsabilidade civil no direito das famílias: vicissitudes do direito contemporâneo e o paradoxo entre o dinheiro e o afeto. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Família no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo Salvador: PODIVM, 2010. p.353-371.**

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Tradução de Leandro Konder. 2.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

_____. **Elementos críticos do direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Família. In: **Dicionário de filosofia do direito.** Rio de Janeiro: Renovar/ Unisinos, 2006. p.314-316.

_____. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p.12-17.

_____. Ensaio sobre o fim da separação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p.503-517.

_____. Famílias: entre o público e o privado: problematizando espacialidades à luz da fenomenologia paralítica. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v.23, p.5-14, 2011.

_____. **Paradoxos do direito de filiação na teoria e prática do novo Código Civil Brasileiro: intermitências da vida**. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em: 18 set. 2012.

FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. **Um ensaio sobre a proibição da violência contra a criança e o adolescente no ambiente familiar contemporâneo**. No prelo.

FACHIN, Luiz Edson; HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha; MATOS, Ana Carla Harmatiuk; RUZYK, Carlos Eduardo Pianowski; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; SILVA, Marcos Alves da; CARBONERA, Silvana Maria. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.123-140.

FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação socioafetiva e alimentos. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.551-553.

_____. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. In: CORTIANO JUNIOR, Erolths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coord.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do projeto de pesquisa Virada de Copérnico**. Curitiba: Juruá, 2009. p.265-277.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. v.6.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Côrrea da. **Síndrome de alienação parental**. Disponível em: <www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/24534>. Acesso em: 23 set. 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. 1.^a reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

FRANÇA, Antonio de S. Limongi. O instituto da separação e o direito de reconciliação. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz. **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**: questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. 2.ed. São Paulo: Método, 2011. p.145-150.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51.ed. São Paulo: Global, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Cuidado e planejamento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.231-246.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Responsabilidade civil nas relações familiares**. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em: 17 set. 2012.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 23 set. 2012.

GERSÃO, Eliana. Transformação social, divórcio e responsabilidades parentais. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo. **Estudos em homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Almedina, 2010. p.223-235.

GIANNOTTI, Vitto. **O dia da mulher nasceu das mulheres socialistas**. 08 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.piratininga.org.br/memoria/mulheres-vito.html>>. Acesso em: 14 jan. 2012.

GIAOIA JUNIOR, Oswaldo. Hans Jonas: O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. **Cadernos de História e Filosofia da Ciência**, Campinas, v.6, n.2, p.63-84, jul./dez. 1996.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: Da culpa à responsabilidade. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p.95-105.

GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas: é tempo de responsabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.146-166.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUERRA, Paulo. As responsabilidades parentais. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo. **Estudos em homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Almedina, 2010. p.237-252.

HADDOCK-LOBO, Rafael. **Da existência ao infinito: ensaios sobre Emmanuel Levinas**. Rio de Janeiro: Loyola e Editora PUC-Rio, 2006.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **The federalist Papers**. New York: Bantam Classic Edition, 1986.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Punishment and responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

HELLER, Agnes. **General Ethics**. New York: Basil Blackwell, 1988.

_____. **Ética General**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.535-550.

HOGEMANN, Edna Raquel. Hans Jonas. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.480-482.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/298>>. Acesso em: 23 set. 2012.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tendência demográficas: uma análise dos resultados da amostra do censo demográfico de 2000**. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias_demograficas/tendencias.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2012.

JAEGER, Werner. **Paideia**. Tradução de Joaquín Xirau e Wenceslao Roces. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

JUNGES, José Roque. Cuidado. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.175-181.

JUSTO, Antonio dos Santos. **Breviário de direito privado romano**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 1990.

LACERDA, Carmen Silvia Maurício de. Famílias monoparentais: Conceito. Composição. Responsabilidade. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Família no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo. Salvador: PODIVM, 2010. p.165-182.

LAGRASTA NETO, Caetano. Infidelidade virtual. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**: novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011. p.164-170.

_____. **Parentes**: guardar ou alienar – a síndrome da alienação parental. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrrf/lpext.dll?f=templates&fn=index.htm>>. Acesso em: 23 set. 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991. v.1.

LEVINAS, Emmanuel. **Alterity and Transcendence**. Tradução de Michael Smith. New York: Columbia University Press, 1999.

_____. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (Coord.). Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner, Marcelo Luiz Pelizolli. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

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

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.12, p.40-55, jan./mar. 2004.

_____. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p.18-28.

_____. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte, v.12, p.5-22, 2009.

_____. Dissolução da sociedade conjugal: separação judicial e suas modalidades. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (Orgs.). **Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2010. p.285-297.

_____. **Direito civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil: parte geral**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Divórcio: alteração constitucional e suas consequências**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/629#>>. Acesso em: 11 set. 2012.

_____. **Do poder familiar**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 19 set. 2012.

_____. **PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas**. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br/mgstrf/lpext.dll?f=templates&fn=index.htm>>. Acesso em: 13 set. 2012.

_____. **Separação era instituto anacrônico**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 ago. 2012.

LOMBA, Pedro. **Teoria da responsabilidade política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau (Org.). **História da vida privada no Brasil: República - da Belle Époque à era do rádio**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. v.3. p. 368-421.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan. Eleições e representação. **Lua Nova**, São Paulo, v.67, p.105-138, 2006.

MEIRELES, Rose Milleo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. p.215-226.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. 41.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.2.

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

_____. A família democrática. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 27 a 29 out. 2005. p.613-640.

_____. Vulnerabilidade nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.306-322.

_____. A caminho de um direito civil-constitucional. In: _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.3-20.

_____. Constituição e direito civil: tendências. In: _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.33-54.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.423-455.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.71-120.

_____. O princípio da solidariedade. In: _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.249-265.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Euclides. **Separação ou divórcio?**: considerações sobre a EC 66. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/682#>>. Acesso em: 13 set. 2012.

OLIVEIRA, Guilherme de. Dois numa só carne. **Revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres – APEM**, Porto. n.10, p.41-49, 2004.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2000.

PENA, Eduardo Spiller. **Pajens da Casa Imperial: jurisconsultos e escravidão no Brasil do século XIX**. 409f. Tese (Doutorado em História) - Departamento de História do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011. v.5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v.4. p.322-340.

_____. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p.155-161.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Divórcio: teoria e prática**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p.75-86, jul./set. 2007.

_____. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Celina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. **Nozioni Introduttive e Principi Fondamentali del Diritto Civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Veja 25 anos**: reflexões para o futuro, p.75-81, abr. 1993.

_____. Funções da família. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. Tradução de Denise Bottmann, Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v.4.

_____. Introdução. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. Tradução de Denise Bottmann, Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v.4. p.7-12.

PORTUGAL, Sílvia. **As mãos que embalam o berço**: o estado e a sociedade-providência no apoio à maternidade, 1995. Prova de Aptidão Pedagógica e Capacidade Científica (Trabalho de Síntese) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, s/d.

REYS, Clayton; SIMÕES, Fernanda Martins. **As relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil brasileira**. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/2076/1422>>. Acesso em: 18 set. 2012.

RIBEIRO, Luís Antonio Cunha. Responsabilidade. In: BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006. p.720-723.

RICOEUR, Paul. Ética e filosofia da biologia em Hans Jonas. In: _____. **A região dos filósofos**. Tradução de Marcelo Perine e Nicolàs Nymi Campanário. São Paulo: Loyola, 1996. p.229-244.

_____. O conceito de responsabilidade: ensaio de análise semântica. In: _____. **O justo ou a essência da justiça**. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e independencia judiciais**: o desenho institucional do judiciário e do conselho nacional de justice no estado democrático de direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.6.

ROLANDO, Rossana. Emmanuel Levinas: por uma sociedade sem tiranias. **Educação & Sociedade**, Campinas, v.22, n.76, p.76-93, out. 2001.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovcki. União estável: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações familiares de fato. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n.7, p.5-18, out./dez. 2000.

_____. Famílias simultâneas e monogamia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 27 a 29 out. 2005. p.193-221.

_____. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço**: técnica e tempo, razão e emoção. 4.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARTI, Rafaella. **Casa e família: habitar, comer e vestir na Europa moderna.** Tradução de Isabel Tereza Santos. Lisboa: Estampa, 2001.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral.** Tradução de Atonio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1977.

SCHREIBER, Anderson. **Famílias simultâneas e redes familiares.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/95317551/Schreiber-Familias-silmult>>. Acesso em: 22 out. 2012.

_____. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.6, n.22, p.45-69, abr./jun. 2005.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Marcos Alves da. **Entrevista sobre a superação da monogamia como princípio jurídico.** Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/3078369/entrevista-sobre-a-superacao-da-monogamia-como-principio-juridico>>. Acesso em: 22 out. 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade civil pela violação ao dever de fidelidade no casamento. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sívio de Salvo Venosa.** São Paulo: Atlas, 2011. p.505-516.

_____. **Cuidado de pai e de mãe é dever de natureza objetiva.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/regina-beatriz-cuidado-pai-mae-dever-natureza-objetiva>>. Acesso em: 23 set. 2012.

_____. **Divórcio e separação após a EC n.º 66/2010.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIMÃO, José Fernando. A emenda constitucional 66/2010, a revolução do século em matéria de direito de família: a passagem de um sistema antidivorcista para o divórcio pleno. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos.** São Paulo: Atlas, 2011. p.98-109.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.3-17.

_____. Abandono afetivo (indenização): comentários a julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. Danos Morais por abandono moral. In: LAGRATA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011. p.225-239.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 6.ed. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.203-223.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.xv-xxxiii.

_____. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.21-46.

_____. O novo código civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.357-360.

_____. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: _____. **Temas de direito civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p.473-518.

_____. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. **Temas de direito civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.201-227.

_____. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Temas de direito civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.393-418.

_____. Bases teóricas para o novo direito de família. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.401-403.

_____. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.21-40.

_____. O ocaso da subsunção. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.443-445. Tomo III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil: noções gerais. Responsabilidade objetiva e subjetiva. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p.17-39.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.357-379.

VAZ, Caroline. A compensação dos danos morais no divórcio após a EC n.º 66 de 13 de julho de 2010 In: BOECKEL. Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick (Org.). **Direito de família em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012. p.55-74.

VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges: responsabilidade civil. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (Orgs.). **Direito de família no novo milênio**: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. p.173-182.

VELOSO, Zeno. **O novo divórcio e o que restou do passado**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 ago. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Correa da. **Direito civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2009. v.5.

WALDOW, Vera Regina. **Atualização do cuidar**. Disponível em: <<http://www.fhss.com.br/Producao%20cientifica/Artigo%20%20Atualizacao%20do%20cuidar.pdf>>. Acesso em: 1.º out. 2012.

WEBER, Max. **O político e o cientista**. Tradução de Carlos Grifo Babo. 3 ed. Lisboa: Presença, s/d.

ZANCONARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. 230f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998.

ANEXOS

ANEXO 1
RESP N.º 1.157.273-RN

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.273 - RN (2009/0189223-0)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
 RECORRENTE : D A DE O
 ADVOGADOS : PEDRO AVELINO NETO
 DANIEL DE MESQUITA FERRAZ E OUTRO(S)
 MARCELO ROBERTO RIBEIRO DE CARVALHO
 RECORRIDO : A L C G E OUTROS
 ADVOGADO : THIAGO COSTA MARREIROS

EMENTA

Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades.

- *Sob a tónica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos.*

- *A análise dos requisitos insitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros.*

- *A despeito do reconhecimento – na dicção do acórdão recorrido – da “união estável” entre o falecido e sua ex-mulher, em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado – entre os ex-cônjuges – a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente – art. 1.724 do CC/02 –, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros.*

- *O dever de lealdade “implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural” (Veloso, Zeno apud Ponzoni, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em abril de 2010).*

- *Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o*

Superior Tribunal de Justiça

conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

- As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses.

- Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

- Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). THIAGO COSTA MARREIROS, pela parte RECORRIDA: A L C G.

Brasília (DF), 18 de maio de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.273 - RN (2009/0189223-0)

RECORRENTE : D A DE O
 ADVOGADOS : PEDRO AVELINO NETO
 DANIEL DE MESQUITA FERRAZ E OUTRO(S)
 MARCELO ROBERTO RIBEIRO DE CARVALHO
 RECORRIDO : A L C G
 ADVOGADO : ANA CAROLINA COUTINHO GOMES E OUTRO(S)
 Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Especial interposto por D. A. de O., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ/RN.

Ações: declaratórias de reconhecimento de união estável *post mortem* ajuizadas pela recorrente e por S. M. de L. C., em desfavor do espólio de M. da C. G., e de seus herdeiros, A. C. C. G., M. da C. G. F. e A. L. C. G.

1ª ação: a recorrente sustentou que manteve união estável com M. da C. G. no período compreendido entre o ano de 1994 e o óbito do companheiro, ocorrido em 17.4.2003. Afirmou que, desde o início do relacionamento, ambos os companheiros encontravam-se separados de seus respectivos cônjuges e que não tiveram filhos em comum, muito embora cada qual tenha prole oriunda de seus anteriores casamentos. Trouxe aos autos inúmeros documentos a fim de comprovar a união, dentre os quais, o deferimento administrativo, em seu favor e dos filhos do primeiro casamento do falecido, de licença prêmio por ele não gozada em vida, no exercício da função de Agente da Polícia Federal, transformada em pecúnia, bem como declaração assinada pelo companheiro que evidencia ser a recorrente sua companheira e dependente desde o ano de 1994.

2ª ação: S. M. de L. C., em autos diversos (processo n.º 001.04.004750-5), relatou que ela e M. da C. G. se casaram no ano de 1980, sob o regime da comunhão parcial de bens, de cuja união advieram 3 (três) filhos,

Superior Tribunal de Justiça

nascidos nos 1980, 1981 e 1983. Informou que no ano de 1993 foi homologada a separação consensual do casal e que em 7.4.1994 houve a derrogação da dissolução da sociedade conjugal, voltando os cônjuges à convivência marital. Por fim, em 17.12.1999, mesmo com a decretação do divórcio, S. M. de L. C. assegurou que continuou relacionando-se com M. da C. G. até a data da sua morte, razão pela qual postulou o reconhecimento de união estável com o ex-marido, pelo período compreendido entre o ano de 1999 e a data do óbito. Apresentou, da mesma forma que a recorrente, declaração de união estável formulada pelo falecido, em janeiro de 2003, documento este periciado por três vezes e tido como verdadeiro. Narrou, ainda, que teve seu pedido administrativo de pensão por morte de M. da C. G. negado, porquanto fora deferido à recorrente.

Contestações: os filhos de M. da C. G. e de S. M. de L. C., herdeiros do falecido, admitiram como verdadeiros e legítimos os fatos alegados e documentos juntados pela genitora, para o fim de reconhecer a união estável desta com o falecido pai, pelo período de 1999 a 2003, ao tempo em que impugnam o pedido deduzido por D. A. de O., asseverando que, a despeito de ter mantido “relacionamento espúrio” (e-STJ fl. 73) com a recorrente, entre eles não houve comunhão de vida e de interesses. Salientaram que o pai tencionava romper o relacionamento com D. A. de O. e, por consequência, permanecer apenas com a ex-cônjuge, o que só não se concretizou, segundo alegam, porque D. A. de O. foi acometida de doença grave (câncer), o que teria forçado M. da C. G. a continuar a relação, “por conveniência e piedade” (e-STJ fl. 73). Relataram ainda que, alguns meses antes do acidente que vitimou fatalmente seu pai, ele teria mantido um terceiro relacionamento, em Brasília-DF, para onde havia se deslocado em razão de seu ofício.

Impugnação à contestação: D. A. de O. asseverou que a referida derrogação da sociedade conjugal mantida entre M. da C. G. e S. M. de L. C., homologada judicialmente, teve, na verdade, como único objetivo, a transferência

Superior Tribunal de Justiça

de S. M. de L. C. para a cidade de Natal-RN, em razão de sua seleção em concurso público na cidade Cuiabá-MT, isso para que a mãe não ficasse longe de seus filhos. No sentido de comprovar o alegado, destacou que a pensão alimentícia continuou a ser descontada da folha de pagamentos do falecido, seu companheiro, mesmo após a derrogação da separação. A respeito de sua enfermidade, pontuou que apenas em 5.4.2001 teve o diagnóstico de “carcinoma papilífero” na tireóide, e, em data de 15.9.2003, foi descoberto um “meningeoma” (e-STJ fl. 101).

Audiência (e-STJ fl. 211): caracterizada a conexão das ações, foram estas reunidas perante o Juízo prevento, dando-se regular prosseguimento ao processo.

Perícias: três perícias foram realizadas no documento que declara a união estável entre M. da C. G. e S. M. de L. C., tendo-se o seguinte quadro:

1ª perícia: Parecer Grafotécnico Particular, às fls. 21/27 dos autos da ação proposta por S. M. de L. C., que concluiu ser o documento originário do punho de M. da C. G.

2ª perícia: perícia técnica emitida pela Polícia Federal que, após avaliação, concluiu que a declaração de vontade foi escrita pelo falecido, entretanto a assinatura não era dele.

3ª perícia: elaborada pelo Instituto Técnico-Científico de Polícia do Rio Grande do Norte, cuja conclusão atesta a autenticidade da rubrica aposta na declaração de união estável.

Sentença (e-STJ fls. 281/297): ao entendimento de que, com base na prova dos autos, o falecido manteve “de fato uma duplicidade de relacionamento ora com a Sra. D. e ora com sua ex-esposa Sra. S.” assentou o i. Juiz a existência de “*elementos inconfundíveis nos autos que caracterizam sem qualquer dúvida a união estável existente entre o de cujus e as Demandantes*” (e-STJ fl. 296), de modo que ambos os pedidos foram julgados procedentes, para o fim de

Superior Tribunal de Justiça

reconhecer uniões estáveis concomitantes, mantidas pelo falecido com D. A. de O., a partir do ano de 1994, e com S. M. de L. C., com início no ano de 1999 e término na data do óbito de M. da C. G., em 17.4.2003. Por conseguinte, foi determinado o pagamento da pensão pela morte de M. da C. G., em favor de ambas as autoras, na proporção de 50% para cada uma.

Acórdão: o TJ/RN negou provimento à apelação da recorrente, com a seguinte ementa:

“CIVIL E DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. CASAMENTO. DIVÓRCIO. ROMPIMENTO DO VÍNCULO MATRIMONIAL. RESTABELECIMENTO DA RELAÇÃO AFETIVA. CONFIGURAÇÃO DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. FALECIMENTO DO COMPANHEIRO. POLICIAL FEDERAL. DIREITO AO RECEBIMENTO DA PENSÃO POR MORTE. RATEIO PROPORCIONAL ENTRE AS COMPANHEIRAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO”. (e-STJ fl. 376)

Recurso especial (e-STJ fls. 410/435): foi interposto sob alegação de ofensa dos arts. 125, I, 131, 165, 458, II, 512 e 515, § 1º, do CPC e existência de dissídio jurisprudencial.

Contrarrazões: foram apresentadas por S. M. de L. C. às fls. e-STJ 442/450.

Prévio juízo de admissibilidade (e-STJ fls. 452/454): o TJ/RN admitiu o recurso especial.

Parecer do MPF (e-STJ fls. 501/503): da lavra do i. Subprocurador-Geral da República José Bonifácio Borges de Andrada, opinou-se pelo não conhecimento do recurso especial.

Medida cautelar inominada: requerida por D. A. de O., cujo pedido liminar foi deferido em parte, para o fim de determinar que eventuais valores

Superior Tribunal de Justiça

destinados à S. M. de L. C., em cumprimento ao acórdão prolatado pelo TJ/RN, sejam depositados judicialmente, para serem liberados a quem de direito somente após o julgamento definitivo do processo principal.

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.273 - RN (2009/0189223-0)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : D A DE O
ADVOGADOS : PEDRO AVELINO NETO
 DANIEL DE MESQUITA FERRAZ E OUTRO(S)
 MARCELO ROBERTO RIBEIRO DE CARVALHO
RECORRIDO : A L C G
ADVOGADO : ANA CAROLINA COUTINHO GOMES E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a definir, sob a perspectiva do Direito de Família, a respeito da viabilidade jurídica de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.

I. Dos requisitos de admissibilidade do recurso especial.

Ainda que parem – no tocante às alegadas violações dos arts. 125, I, 131, 165, 458, II, 512 e 515, § 1º, do CPC – os óbices contidos nas Súmulas 282 e 284 do STF, bem como da Súmula 7 do STJ, a recorrente colacionou – a fim de evidenciar o dissídio jurisprudencial – julgado proferido pelo STJ (REsp 789.293/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Dj 20.3.2006), que adotou solução distinta daquela acolhida pelo acórdão recorrido. A similitude está comprovada, pois o julgado alçado a paradigma estabelece a inviabilidade de reconhecimento dúplice de uniões estáveis paralelas.

Assim, ante a demonstração da divergência jurisprudencial, abre-se a via especial para que se proceda à análise do mérito recursal.

II. Da delimitação da lide.

O TJ/RN estabeleceu, como balizas fáticas – imutáveis em sede de recurso especial –, as seguintes circunstâncias peculiares da lide:

Superior Tribunal de Justiça

“(…) por todo o conjunto probatório dos autos, é inegável que a Sr^a. S. M. de L. C., mesmo após o divórcio com o de cujus, continuou numa relação afetiva e de dependência econômica com este, confirmada pelas testemunhas, as quais relataram saber do convívio marital do casal, situação que veio a ser declarada de próprio punho pelo falecido, quando afirmou viver em união estável com sua ex-mulher.

Não há de se negar que embora o falecido mantivesse uma relação de União Estável com a Sr^a. D. A. O., renovou os laços afetivos com sua ex-esposa, consubstanciando, desta forma, duas uniões, ambas públicas, contínuas, duradouras e com o aparente objetivo de constituição de família, como muito bem discorreu o Ministério Público, em trecho de parecer ofertado às fls. 308/314, senão vejamos:

’(…)

Na verdade, o que parece-nos ocorrer na hipótese é que embora mantendo uma união estável com a Sr^a. D., o de cujus provocou o nascimento de uma relação com a Sr^a. S. que sempre pareceu ser pública, contínua e duradoura exatamente pelo vínculo legal já existente entre os dois, consistente no casamento dissolvido e nos três filhos frutos da união. Assim, a cada novo encontro, alimentava-se uma expectativa de retorno do casal dentro do grupo social em que as duas partes encontravam-se inseridas, inexistindo assim, ao que nos parece meios de confirmar o quanto de verdadeiro carregava essa expectativa.

Dessa forma, o único elemento que poderia desvirtuar essa relação do padrão ‘união estável’, segundo entendemos, seria aquele relacionado ao objetivo de constituição de família. Partindo-se da premissa de que a apelante de fato mantinha uma união estável com o de cujus – matéria inclusive objeto de coisa julgada, dada a ausência de recurso da parte contrária, e também sobejamente comprovada – poderíamos pensar que os encontros mantidos pelo Sr. M. da C. G. com sua ex-esposa embora públicos e contínuos, decorriam da facilidade ofertada, fruto dos laços anteriores e do amor que a Sr^a. S. nutria por seu ex-esposo e pai de seus filhos, mas não espelhavam um objetivo de constituição de família.

Superior Tribunal de Justiça

O que, no entanto, afasta esse argumento de forma irrefutável é a declaração prestada pelo ex-esposo, e poucos meses antes de vir a óbito de forma accidental, que mantinha união estável com a Sr^a. S., e isso afora a tese, que nos parece coerente, de que o mesmo planejava reatar com a ex-esposa somente não o fazendo em virtude do problema de saúde da então companheira, Sr^a. D. – o que, importante ressaltar, mesmo que tivesse vindo a acontecer, não teria o condão de desnaturar a relação até então mantida pela apelante e o de cujus. A referida declaração, assinada pelo próprio de cujus, embora não possua caráter de documento público, também não pode ser simplesmente 'descartada', vez que mesmo admitindo prova em contrário, torna clara a intenção do declarante, tendo passado inclusive por três perícias.” (e-STJ fls. 383/384)

“Desta forma, comprovada a estabilidade da união e a dependência econômica da Sr^a. S. M. de L. C. com o falecido, em concomitância com a relação que manteve com a Sr^a. D. A. O., correta, pois, foi a sentença que reconheceu a união estável de ambas e determinou a divisão da pensão do falecido, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada companheira.” (e-STJ fl. 390)

Com base nos contornos fáticos acima descritos, atesta-se a indiscutível existência de uniões de afeto simultâneas, mantidas entre o falecido e as postulantes: D., pelo período compreendido entre o ano de 1994 até a data do óbito do companheiro – 17.4.2003 –; e S., após a homologação do divórcio do casal – 17.12.1999 –, também até a data do óbito de M. da C. G.

Note-se que a união estável reconhecida – com amplo lastro probatório – entre a recorrente e o falecido, considerada a ausência de recurso da parte adversa, não comporta discussão.

O debate centra-se, pois, na conclusão – vertida no acórdão recorrido – de que ambas as relações afetivas configurariam “uniões estáveis”, aptas a

Superior Tribunal de Justiça

gerarem efeitos no mundo jurídico.

III. Da jurisprudência do STJ.

Esta 3ª Turma já decidiu que não há como ser conferido *status* de união estável a relação afetiva paralela a casamento válido (REsp 931.155/RS, de minha relatoria, DJ 20.8.2007). Em sintonia, a 4ª Turma reproduziu a tese, em sede de EDcl no Ag 830.525/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJe 6.10.2008.

Sob idêntica perspectiva, por ocasião do julgamento do REsp 789.293/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito (*in memoriam*), DJ 20.3.2006, a 3ª Turma fixou o entendimento de que não caracteriza união estável relacionamento paralelo a esta, se o autor da herança não se desvinculou da primeira companheira.

Em contrapartida, a 5ª Turma, em mais de uma oportunidade, assentou a possibilidade de rateio de pensão por morte entre a ex-mulher e a companheira, não havendo falar em ordem de preferência entre elas, sem adentrar, especificamente, nas hipóteses de paralelismo afetivo (REsp 856.757/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 2.6.2008; REsp 628.140/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 17.9.2007).

Por fim, em julgamentos mais recentes, a 6ª Turma firmou a tese de que, *“não obstante a evolução legislativa, manteve-se, a seu turno, a exigência para o reconhecimento da união estável que ambos, o segurado e a companheira, sejam solteiros, separados de fato ou judicialmente, ou viúvos, que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto, excluindo-se assim para fins de reconhecimento de união estável, as situações de concomitância, é dizer, de simultaneidade de relação marital e de concubinato”* (REsp 674.176/PE, Rel. p/ ac. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 31.8.2009; e REsp 1.104.316/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18.5.2009).

Superior Tribunal de Justiça

Como se vê, a questão não é pacífica no âmbito desta Corte, merecendo aprofundada análise.

IV. Dos requisitos inerentes à configuração da união estável.

Sob a tónica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos.

A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros.

A despeito do reconhecimento – na dicção do acórdão recorrido – da “união estável” entre o falecido e sua ex-mulher, S. M. de L. C., em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado – entre os ex-cônjuges – a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente – art. 1.724 do CC/02 –, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros.

O dever de lealdade, na concepção de Zeno Veloso, “*implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dívida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica,*

Superior Tribunal de Justiça

constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural” (apud Ponzoni, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em abril de 2010).

Nesse sentido, segundo Laura Ponzoni, “*não pode haver respeito e consideração mútuos, no contexto afetivo de um projeto de vida em comum, sem fidelidade e exclusividade” (op. cit.).*

Dessa forma, uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

V. Do paralelismo afetivo.

As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses.

Antônio Rulli Neto e Renato Asamura Azevedo, em estudo jurídico que discorre acerca dos relacionamentos concomitantes, asserem que “*em todos os casos de poliamorismo ou paralelismo afetivo, somente se configurará paralelismo familiar nas situações em que houver realmente o paralelismo na intenção de formação de vida conjunta e naquelas em que houver colaboração mútua” (Parentesco socioafetivo na família caleidoscópico. Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br/DOCTRINA/NACIONAL/RULLI%20NE>*

Superior Tribunal de Justiça

TO,%20Antonio%20%20Parentesco%20socioafetivo%20na%20fam%C3%ADlia%20caleidosc%C3%B3pio%20.pdf. Acesso em março de 2010). Destacam os professores que a boa-fé deve guiar também as relações afetivas, de modo que a aplicação do art. 1.727 do CC/02 ficaria adstrita às situações dissociadas de afeto ou da intenção de conviver como família. Para tanto, asseveram a necessidade de demonstração da estabilidade de convivência, sua publicidade e afetividade.

Conforme estudo realizado por Laura Ponzoni (*op. cit.*), três correntes doutrinárias se formaram a respeito do paralelismo afetivo:

1ª: encabeçada por Maria Helena Diniz, com fundamento nos deveres de fidelidade ou de lealdade, bem como no princípio da monogamia, nega peremptoriamente o reconhecimento de qualquer dos relacionamentos concomitantes;

2ª: adotada pela grande maioria dos doutrinadores – entre eles: Álvaro Villaça de Azevedo, Rodrigo da Cunha Pereira, Francisco José Cahali, Zeno Veloso, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce e José Fernando Simão –, funda-se na boa-fé e no emprego da analogia concernente ao casamento putativo, no sentido de que se um dos parceiros estiver convicto de que integra uma entidade familiar conforme os ditames legais, sem o conhecimento de que o outro é casado ou mantém união diversa, subsistirão – para o companheiro de boa-fé – os efeitos assegurados por lei à caracterização da união estável, sem prejuízo dos danos morais;

3ª: representada por Maria Berenice Dias, admite como entidades familiares quaisquer uniões paralelas, independentemente da boa-fé, deixando de considerar o dever de fidelidade como requisito essencial à caracterização da união estável.

VI. Da solução da lide.

Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz,

Superior Tribunal de Justiça

atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés firmados no princípio da eticidade.

Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável implicaria julgar contra o que dispõe a lei. Isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente.

Cumpra trazer à colação o relevante voto proferido, no âmbito da 1ª Turma do STF, pelo Ministro Marco Aurélio, no RE 397.762/BA, em 3.6.2008 (publicado no DJe em 12.9.2008), cuja ementa segue reproduzida:

*“COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO.
Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.
UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato.”*

No referido julgado, o i. Ministro Marco Aurélio assinalou que o concubinato não merece proteção do Estado por conflitar com o direito posto. A relação, para o i. Ministro, não se iguala à união estável que é reconhecida constitucionalmente e apenas gera, quando muito, a denominada sociedade de fato, no que foi acompanhado pelos i. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito (*in memoriam*), Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, este último que assinalou significar a palavra concubinato, do latim *concubere*, “compartilhar o leito”, enquanto que a união estável significa “compartilhar a vida”.

A relação mantida entre o falecido e S. M. de L. C., despida dos

Superior Tribunal de Justiça

requisitos caracterizadores da união estável, poderá ser reconhecida como sociedade de fato, acaso deduzido pedido em processo diverso, para que o Poder Judiciário não deite em solo infértil relacionamentos que efetivamente existem no cenário dinâmico e fluido dessa nossa atual sociedade volátil.

Virar as costas para os desdobramentos familiares, em suas infinitas incursões, em que núcleos afetivos se justapõem, em relações paralelas, concomitantes e simultâneas, seria o mesmo que deixar de julgar com base na ausência de lei específica.

Dessa forma, na hipótese de eventual interesse na partilha de bens deixados pelo falecido, deverá S. M. de L. C. fazer prova, em processo diverso, de eventual esforço comum.

Por fim, merece atenção o fato de que o autor de conduta reprovável, M. da C. G., já falecido, é quem deveria suportar as penalidades pelo comportamento afetivo paralelo, e não a concubina, que, muito embora detivesse conhecimento da vida dúplice que ele ostentava, não logrou êxito em comprovar o direito subjetivo pretendido, nos termos da legislação vigente.

Considerada a imutabilidade, na via especial, da base fática tal como estabelecida no acórdão recorrido, em que consta, expressamente, o paralelismo das relações mantidas pelo falecido com a recorrente e a ex-mulher, deve ser reformado o julgado, para que se mantenha apenas o reconhecimento da união estável havida entre M. da C. G. com D. A. de O., desde 1994 até o seu óbito.

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para declarar o reconhecimento da união estável mantida entre D. A. de O. e M. da C. G. e determinar, por conseguinte, o pagamento da pensão por morte em favor unicamente da recorrente, companheira do falecido.

Invertidos os ônus sucumbenciais.

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2009/0189223-0 [PROCESSO_ELETRONICO] REsp 1157273 / RN

Números Origem: 20080093944 20080093944000100

PAUTA: 11/05/2010

JULGADO: 18/05/2010
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : D A DE O
ADVOGADOS : PEDRO AVELINO NETO
DANIEL DE MESQUITA FERRAZ E OUTRO(S)
MARCELO ROBERTO RIBEIRO DE CARVALHO

RECORRIDO : A L C G E OUTROS
ADVOGADO : THIAGO COSTA MARREIROS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - União Estável ou Concubinato - Reconhecimento / Dissolução

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **THIAGO COSTA MARREIROS**, pela parte RECORRIDA: A L C G

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 18 de maio de 2010

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária

ANEXO 2
REX N.º 397.762-8-BA

03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECORRENTE(S) : ESTADO DA BAHIA
ADVOGADO(A/S) : PGE-BA - ANTONIO ERNESTO LEITE RODRIGUES
RECORRIDO(A/S) : JOANA DA PAIXÃO LUZ
ADVOGADO(A/S) : CÁTIA RÉGIA TELES NERY E OUTRO(A/S)

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.

UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato.

PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do relator e por maioria, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 3 de junho de 2008.



Marco Aurélio
 MARCO AURÉLIO

- PRESIDENTE E RELATOR

04/10/2005

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECORRENTE(S) : ESTADO DA BAHIA
ADVOGADO(A/S) : PGE-BA - ANTONIO ERNESTO LEITE RODRIGUES
RECORRIDO(A/S) : JOANA DA PAIXÃO LUZ
ADVOGADO(A/S) : CÁTIA RÉGIA TELES NERY E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

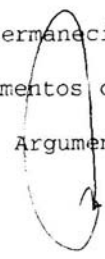
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia acolheu pedido formulado em apelação, ante fundamentos assim sintetizados (folha 223):

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO DE EX-COMPANHEIRA. DIREITO AO RECEBIMENTO, AINDA QUE CASADO FOSSE O DE CUJUS.

Na inteligência da regra do art. 226, parágrafo 3º, da Constituição, tem a companheira direito à pensão, uma vez demonstrada a união estável, ainda que se trate de união paralela com a de um casamento em vigor.

Apelo provido. Decisão unânime.

No recurso extraordinário de folha 228 a 238, interposto com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, o Estado articula com a ofensa ao artigo 226, § 3º, da Carta Política da República bem como à Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que teria regulamentado o preceito. Salienta, em suma, que não se pode reconhecer a união estável entre o falecido e a autora, diante da circunstância de o primeiro ter permanecido casado, vivendo com a esposa até a morte. Alude aos impedimentos dos artigos 183 a 188 do Código Civil e da Lei nº 9.278/96. Argumenta



RE 397.762 / BA

que a união estável apenas ampara "aqueles conviventes que se encontram livres de qualquer impedimento que torne inviável possível casamento" (folha 234). Aponta que seria contraditório "o mesmo Estado que pune relações bígamas (ilícitas) querer proteger os seus autores" (folha 234). Evoca precedentes jurisprudenciais e ensinamentos doutrinários.

A recorrida apresentou as contra-razões de folha 246 a 252, defendendo não haver sido demonstrada a ofensa ao artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Diz ainda do acerto da conclusão adotada pela Corte de origem.

O procedimento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade encontra-se às folhas 257 e 258.

A Procuradoria Geral da República, no parecer de folha 272 a 275, preconiza a negativa de seguimento ao recurso. Eis o resumo da peça:

Constitucional e Previdenciário. Pensão por morte. Rateio entre a esposa legítima e a companheira. Acórdão que se conforma com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Parecer recomendando que se negue seguimento ao extraordinário (art. 102, III, a, da CF).

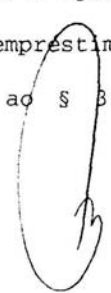
É o relatório.

RE 397.762 / BA

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Na interposição deste recurso, foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por procuradores do Estado, restou protocolada no prazo dobrado a que tem jus o recorrente. A notícia do acórdão atacado foi veiculada no Diário de 19 de junho de 2002, quarta-feira (folha 226), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 17 de julho imediato, quarta-feira (folha 228).

Friso que a premissa do Ministério Público, preconizando a negativa de seguimento ao extraordinário, considerado o artigo 557 do Código de Processo Civil, não vinga. Está-se não no Superior Tribunal de Justiça, mas no Supremo Tribunal Federal e neste não há precedente que respalde o teor do acórdão impugnado mediante o extraordinário. Ao contrário, o tema versado nas razões do extraordinário e constante do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da Bahia está a merecer pronunciamento desta Suprema Corte, porquanto ligado à união estável, por vezes, em visão distorcida, potencializada a ponto de suplantar o próprio casamento e os vínculos deste decorrentes. O Tribunal de origem julgou a apelação da autora, reformando a sentença do Juízo a partir de empréstimo de alcance todo próprio, no sentido da especificidade, ao § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, consoante o qual:



RE 397.762 / BA

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.

(...)

Pois bem, são as seguintes as premissas fáticas do acórdão atacado via o extraordinário, no que evocada a violência ao § 3º acima transcrito:

a) o cidadão Valdemar do Amor Divino Santos veio a falecer, deixando certa pensão a ser satisfeita pelo Estado.

b) à época do óbito, era casado e vivia maritalmente com a mulher, advindo da relação conjugal onze filhos;

c) o falecido manteve com a autora, Joana da Paixão Luz, relação paralela, tendo o casal filhos - nove ao todo. Então, a Corte fez consignar:

Na verdade, essa situação dos autos, embora desconfortável, é muito comum, na cultura brasileira. Como bem reconheceu o ilustre Juiz o de cujus "logrou administrar a subsistência do seu casamento com a segunda ré e um sério e duradouro relacionamento afetivo com a outra," o que leva a indeclinável conclusão de que o falecido companheiro da autora tinha duas famílias, administrava e assistia as duas, sustentando-as.

Proclamou o Tribunal de Justiça da Bahia a estabilidade, a publicidade e a continuidade da vida dupla, assentando que não poderia desconhecer esses fatos ante a existência do casamento e da prole deste resultante, consignando não haver

RE 397.762 / BA

imposição da monogamia para caracterizar-se o que teve - e não o é, ao menos sob o aspecto constitucional - como união estável a ser amparada pela Previdência, o que constitui dever do Estado. Placitou, então, o rateio da pensão.

Sob o ângulo da busca a qualquer preço da almejada justiça, sob o ângulo estritamente leigo, não merece crítica o raciocínio desenvolvido. Entrementes, a atuação do Judiciário é vinculada ao Direito posto. Surgem óbices à manutenção do que decidido, a partir da Carta Federal. Realmente, para ter-se como configurada a união estável, não há imposição da monogamia, muito embora ela seja aconselhável, objetivando a paz entre o casal. Todavia, a união estável protegida pela Constituição pressupõe prática harmônica com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da Carta da República, tem-se como objetivo maior da proteção o casamento. Confirmam com o próprio preceito que serviu de base à decisão do Tribunal de Justiça. O reconhecimento da união estável pressupõe possibilidade de conversão em casamento. O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, direciona à inexistência de obstáculo a este último. A manutenção da relação com a autora se fez à margem e diria mesmo mediante discrepância do casamento existente e da ordem jurídico-constitucional. À época, em vigor se encontrava, inclusive, o artigo

RE 397.762 / BA

240 do Código Penal, que tipificava o adultério. A tipologia restou expungida pela Lei nº 11.106/05.

Então, em detrimento do casamento havido até a data da morte do servidor, veio o Estado, na dicção do Tribunal de Justiça da Bahia, a placitar, com conseqüências jurídicas, certa relação que, iniludivelmente, não pode ser considerada como merecedora da proteção do Estado, porque a conflitar, a mais não poder, com o direito posto. É certo que o atual Código Civil versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar núcleo familiar. Entretanto, na previsão está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que, se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a mulher. Percebe-se que houve um envolvimento forte - de Valdemar do Amor Divino dos Santos e Joana da Paixão Luz -, projetado no tempo - 37 anos -, dele surgindo prole numerosa - nove filhos -, mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de haver sido mantido o casamento com quem Valdemar contraíra núpcias e tivera onze filhos.

Abandonem a tentação de implementar o que poderia ser tida como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica

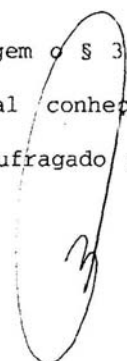
RE 397.762 / BA

pressupõe o respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1.727 do Código Civil:

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

O concubinato não se iguala à união estável referida no texto constitucional, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de conseqüências, do casamento. Gera, quando muito, a denominada sociedade de fato.

Tenho como infringido pela Corte de origem o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, razão pela qual conheço e provejo o recurso para restabelecer o entendimento sufragado pelo Juízo na sentença prolatada.



PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8**

PROCED.: BAHIA

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): ESTADO DA BAHIA

ADV.(A/S): PGE-BA - ANTONIO ERNESTO LEITE RODRIGUES

RECDO.(A/S): JOANA DA PAIXÃO LUZ

ADV.(A/S): CÁTIA RÉGIA TELES NERY E OUTRO(A/S)

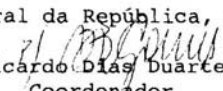
Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, conhecendo do recurso extraordinário e lhe dando provimento, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Britto. 1ª Turma, 04.10.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Carlos Britto, de acordo com o art. 1º, § 1º, *in fine*, da Resolução n. 278/2003. 1ª. Turma, 06.12.2005.

Decisão: Adiado o julgamento por indicação do Ministro Carlos Britto. 1ª. Turma, 07.02.2006.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador

*Supremo Tribunal Federal***620**

03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA**V O T O - V I S T A****O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO**

Cuida-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 102 da Constituição Federal. Recurso contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, cuja ementa está assim redigida:

"APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO DE EX-COMPANHEIRA. DIREITO AO RECEBIMENTO, AINDA QUE CASADO FOSSE O DE CUJUS.

Na inteligência da regra do art. 226, parágrafo 3º, da Constituição, tem a companheira direito à pensão, uma vez demonstrada a união estável, ainda que se trate de união paralela com a de um casamento em vigor.

Apelo provido. Decisão unânime."

2. Pois bem, o ministro Marco Aurélio, relator do feito, concluiu o seu voto com a invocação do art. 1.727 do Código Civil, assim vernacularmente posto: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato". Isto

STF 102.002



Supremo Tribunal Federal

621

RE 397.762 / BA

para assentar (ele, Relator) que "O concubinato não se iguala à união estável, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de conseqüências, do casamento. Gera, quando muito, a denominada sociedade de fato".

3. Em seqüência, disse Sua Excelência que "Tenho como infringido pela Corte de origem o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, razão pela qual conheço e provejo o recurso para restabelecer a sentença prolatada pelo Juízo."

3. Foi quando pedi vista dos autos para u'a mais detida análise pessoal da matéria. Razão porque, agora, trago o feito à consideração desta colenda Turma.

4. Votando, devo lembrar aos meus Pares que faz parte da nossa Lei Maior todo um especializado capítulo sobre estes quatro temas: a família, a criança, o adolescente e o idoso (capítulo VII do título VIII, versante este sobre a "Ordem Social"). Capítulo que tem um denominador comum, ou um mesmo fio condutor, **que é tratar dos quatro temas por modo protetivo. Tutelar.**

5. Cuida-se, portanto, de um conjunto normativo-constitucional de proteção que, para melhor alcançar os

2



RE 397.762 / BA

seus desígnios, opera por imbricamento ou rigoroso entrelace das quatro matérias. Cada um dos assuntos a ter no outro um necessário referencial, **de sorte a se ter uma planilha conceitual de vasos comunicantes**. Numa frase, cada qual desses quatro temas centrais de Direito Constitucional somente ganha plenitude de sentido se ao prestígio de um corresponder o prestígio do outro.

6. Faço este necessário intróito para deixar claro que a sorte comum dos quatro temas é de tal ordem, normativamente falando, que chega a operar como imposição hermenêutica. O operador jurídico a necessariamente focar o Magno Texto por um visual que integre todas as vertentes protetivas das quatro encarecidas figuras de Direito: família, criança, adolescente, idoso. Vale dizer, **o hermeneuta não tem como fugir do imperativo de que ao capítulo constitucional em causa é de ser conferido o máximo de congruente unidade**. Sem o que um dado instituto pode resultar *sobrevalorado*, enquanto outro, bem ao contrário, *subdimensionado* em sua ontologia e funcionalidade. Tratamento hermenêutico dissociado que, já se percebe, importa um caminhar a contrapasso da Constituição, pois o certo é que, se ela própria, Constituição, confere "especial proteção do Estado" à família (caput do art. 226), por outro lado impõe à família mesma, à sociedade e ao Estado o "dever" de:



RE 397.762 / BA

I - "assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade" um exposto e alongado catálogo de direitos subjetivos: "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" (art. 227, cabeça, revelador de que "absoluta prioridade" é postura de ação estatal ainda mais expressiva que "especial proteção"; isto é, saltando aos olhos que o dever do Estado para com as crianças e os adolescentes é ainda mais forte que a tutela por ele devida à própria família";

II - "amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

8. Uma outra razão contribui para que se faça uma interpretação rigorosamente conjugada dos quatro institutos. É que eles ainda são normados em outras passagens esparsas da Constituição. **E normados, enfatize-se, com o mesmo e assumido propósito de receber tratamento favorecido,** como se lê, por amostragem: a) do rol dos direitos sociais (art. 6º); b) do salário mínimo (inciso IV do art. 7º); c) do direito a creche (inciso XXV do



*Supremo Tribunal Federal***624****RE 397.762 / BA**

mesmo art. 7º); d) da competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (inciso XV do art. 24); e) do usucapião extraordinário urbano (art. 183) e rural (art. 191); f) da previdência e assistência social (inciso I do art. 201, combinadamente com o § 12 desse mesmo artigo e os incisos I e V do art. 203); g) da educação formal (inciso IV do art. 208, mais o § 2º do art. 211).

9. Se é assim, quero dizer, se estamos a lidar com temas ora enfeixados em autonomizado capítulo constitucional ora esparramados por segmentos outros do Magno Texto, mas todos eles sob cláusula constitucional de proteção, é de rigor metodológico a busca da compreensão interligada de cada um deles. Compreensão que há de se ter a partir daquele primeiramente versado pelo art. 226, **que é a família**, assim literalmente posto pela nossa Constituição: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Mas a família, aqui, é versada numa acepção que me parece nitidamente binária, a saber:

I - como "entidade" (§ 3º desse mesmo art. 226), que outra coisa não é senão instituição ou aparelho que se estrutura factual e juridicamente para atuar como idéia-força. *Locomotiva social*, na medida em que voltada para a formação de personalidades individuais que se destinam a

RE 397.762 / BA

uma vida relacional ainda mais ampla, porque desenvolvida no seio de toda a sociedade humana (o aristotélico agir do ser humano enquanto membro da *pólis* ou "animal político"). Donde o seguinte enunciado normativo-constitucional: "A educação, direito de todos e dever do Estado **e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, **seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho**" (art. 205, sem destaque no original).

II - a família como espaço usual da mais próxima, topograficamente, e da mais íntima, afetivamente, convivência humana. Depurada expressão de gregarismo doméstico. Com a força, portanto, de transformar anódinas casas em personalizados "lares" (§1º do art. 230). Vale dizer, a família como ambiente de proteção física e aconchego amoroso, a se revelar como a primeira das comunidades humanas. O necessário e particularizado pedaço de chão no mundo. O templo secular de cada pessoa física ou natural, a que a Magna Lei apõe o rótulo de "asilo inviolável do indivíduo" (inciso XI do art. 5º). Logo, a mais elementar "comunidade" (§ 4º do art. 226) ou o mais apropriado *locus* de desfrute dos direitos

RE 397.762 / BA

fundamentais à "intimidade" e à "privacidade" (art. 5º, inciso X), porquanto significativo de vida em comunhão (comunidade vem de *comum unidade*, é sempre bom remarcar).

10. Por esse mais largo espectro de intelecção da família como categoria de Direito Constitucional, ajuízo que a primeira modalidade de sua formação é, para a nossa Lei Maior, o casamento civil ("O casamento é civil e gratuita a sua celebração", conforme dicção do § 1º do art. 226). A segunda forma de "entidade familiar" é a que vem no parágrafo imediato, a designá-la como "união estável" ("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"). Uma terceira modalidade é a doutrinariamente chamada de "família monoparental", que o Magno Texto Republicano regula por esta forma: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (§ 3º).

11. Atento aos limites materiais da controvérsia, pergunto: qual o sentido do fraseado "união estável", ali no peregrino texto da Lei Republicana? Convivência duradoura do homem e da mulher, expressiva de uma identidade de propósitos afetivo-ético-espirituais que resiste às intempéries do humor e da vida? Um perdurável tempo de vida em comum, então, a comparecer como *elemento*

7



RE 397.762 / BA

*objetivo do tipo, bastando, por si mesmo, para deflagrar a incidência do comando constitucional? Esse tempo ou alongado período de coalescência que amalgama caracteres e comprova a firmeza dos originários laços de personalíssima atração do casal? Tempo que cimenta ou consolida a mais delicada e difícil relação de alteridade por parte de quem se dispôs ao sempre arriscado, sempre corajoso projeto de uma busca de felicidade amorosa (coragem, em francês, é *courage*, termo que se compõe do substantivo *coeur* e do sufixo *age*, para significar, exatamente, "o agir do coração")? Sabido que, nos insondáveis domínios do amor, ou a gente se entrega a ele de vista fechada ou já não tem olhos abertos para mais nada? Pouco importando se os protagonistas desse incomparável projeto de *felicidade-a-dois* sejam ou não, concretamente, desimpedidos para o casamento civil? Tenham ou não uma vida sentimental paralela, inclusive sob a roupagem de um casamento de *papel passado*? (vida sentimental paralela que, tal como a preferência sexual, somente diz respeito aos respectivos agentes)? Pois que, se desimpedidos forem, a lei facilitará a conversão do seu companheirismo em casamento civil, mas, ainda que não haja tal desimpedimento, nem por isso o par de amantes deixa de constituir essa por si mesma valiosa comunidade familiar? Uma comunidade que, além de complementadora dos sexos e viabilizadora do amor, o mais das vezes se faz acompanhar de toda uma prole? E que se caracteriza pelo financiamento material do lar com receitas e despesas em comunhão? Quando não a formação de um*



RE 397.762 / BA

patrimônio igualmente comum, por menor ou por maior que ele seja? Comunidade, enfim, que, por modo quase invariável, se consolida por obra e graça de um investimento físico-sentimental tão sem fronteiras, tão sem limites que a eventual perda do parceiro sobrevém como vital desfalque econômico e a mais pesada carga de viuvez? Pra não dizer a mais dolorosa das sensações de que a melhor parte de si mesmo já foi arrancada com o óbito do companheiro? Um sentimento de perda que não guarda a menor proporcionalidade com o modo formal, ou não, de constituição do vínculo familiar?

12. Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas. Francamente afirmativa, acrescento, porque a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: **o tertium genus do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto.** Daí ela própria, Constituição, falar explicitamente de "cônjuge ou companheiro" no inciso V do seu art. 201, a propósito do direito a pensão por porte de segurado da previdência social geral. "Companheiro" como situação jurídico-ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade ("união estável"). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do **concubinato**. Estou a dizer: não há concubinos

9



RE 397.762 / BA

para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de "filhos concubinários". Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos **e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação**" (§6º do art. 227, negritos à parte).

13. Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. **Isto é família**, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental *a-dois*. No que *andou bem* a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração "é terra que ninguém nunca pisou". Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante.

14. Sinta-se que, no âmbito mesmo do capítulo constitucional de nº VII, título VIII, o dever que se impõe à

10



Supremo Tribunal Federal

630

RE 397.762 / BA

família para assistir amplamente a criança e o adolescente (art. 227, cabeça) **não cessa pelo fato de se tratar de casal impedido de contrair matrimônio civil**. Nada disso! O casal é destinatário, sim, da imposição constitucional de múltiplos deveres, tanto quanto seus filhos até à adolescência se fazem titulares de todos os direitos ali expressamente listados. E se o casal não tem como se escusar de tal imposição jurídica, claro está que a família por ele constituída faz jus "à proteção especial" de que versa a cabeça do art. 226. Verso e reverso de uma só medalha. *Estrada de mão dupla* como imperativo de política pública e justiça material.

15. Igual raciocínio toma corpo para as vezes tantas em que a nossa Constituição, já agora em regulações esparsas, põe os núcleos familiares como protagonistas de situações jurídicas. Por hipótese, "a proteção à maternidade e à infância", reportada pelo *caput* do art. 6º, é de se dar no seio toda espécie de família na qual os dois fenômenos transcorram, ou mesmo fora de qualquer núcleo familiar. O salário mínimo, nacionalmente unificado, é de se traduzir em valor que atenda "às necessidades vitais básicas" do trabalhador "e às de sua família" (inciso IV do art. 7º), sem se perguntar a Constituição Federal sobre qualquer das três referidas modalidades de grupamento doméstico. O usucapião urbano, tanto quanto o rural, é para contemplar o possuidor e sua eventual família (arts. 183 e 191, respectivamente), também sem a menor diferenciação

11



RE 397.762 / BA

constitucional quanto à natureza do vínculo entre partes. Não destoaria dessa diretriz a nossa Lei Maior em temas como a previdência social (inciso IV e V do art. 201) e assistência social (inciso I do art. 203), mais em tema de educação (art. 205), a nos dar o conforto intelectual da confirmação do quanto estamos a sustentar sobre a união estável como categoria constitutiva de um *tertium genus* grupal-doméstico.

16. Em síntese, esse é mais um campo de regulação em que a Constituição brasileira dá mostras de respirar os depurados ares de uma nova quadra histórica¹. Um tempo do mais decidido prestígio para o direito à liberdade amorosa e, por consequência, ao princípio da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º). A implicar trato conceitual mais dilatado para a figura jurídica da família, portanto. Indo a presente ordem constitucional bem além do que foi a Carta precedente (a de 1967/1969), que apenas contemplava o casamento como forma de legítima fundação dos núcleos domésticos, *literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos" (Art. 167).

¹ Vale ressaltar que a legislação infraconstitucional, também sob influência da nova quadra histórica a que me referi, empresta um trato conceitual mais dilatado para a figura jurídica da família. Como exemplo, menciono o art. 241 da Lei nº 8.112/90 ("Art. 241. Consideram-se da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual. Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar").



RE 397.762 / BA

17. No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o de cujus, então segurado da previdência social. Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a resolução deste litígio o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Pelo que, também desconsiderando a relação de casamento civil que o então segurado mantinha com outra mulher, perfilho o entendimento da Corte Estadual para desprover, como efetivamente desprovejo, o excepcional apelo. O que faço com as vênias de estilo ao relator do feito, ministro Marco Aurélio.

* * * * *



03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vou me permitir, pela passagem do tempo após o voto que proferi, seguindo-se o pedido de vista, ressaltar alguns aspectos. Comecei revelando o alcance que dou ao § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, medula para a definição do caso.

Preceitua o artigo 226:

"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," - e aí vem uma cláusula importantíssima - "devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

[...]

Então, pincei do acórdão que implicou a reforma da sentença do Juízo certos dados fáticos:

"a) o cidadão Valdemar do Amor Divino Santos veio a falecer, deixando certa pensão a ser satisfeita pelo Estado."

Não era ele um caixeiro viajante.

"b) à época do óbito, era casado e vivia maritalmente com a mulher, advindo da relação conjugal onze filhos;

c) o falecido manteve com a autora," - aqui ele sucumbiu - "Joana da Paixão Luz, relação paralela, tendo o casal

RE 397.762 / BA

filhos." - nove filhos. Ele teve filho nas duas casas no mesmo ano, com toda a certeza - "Então, a Corte fez consignar:

Na verdade, essa situação dos autos, embora desconfortável, é muito comum, na cultura brasileira. Como bem reconheceu o ilustre Juiz o de cujus 'logrou administrar a subsistência do seu casamento com a segunda ré e um sério e duradouro relacionamento" - de trinta e tantos anos - "afetivo com a outra,' o que leva a indeclinável conclusão de que o falecido companheiro" - aqui não concordo com o vocábulo utilizado, porque a definição pelo Código Civil não é essa, a não ser sob o ângulo leigo - "da autora tinha duas famílias, administrava e assistia as duas, sustentando-as."

Então, disse:

"Proclamou o Tribunal de Justiça da Bahia a estabilidade, a publicidade e a continuidade da vida dupla, assentando que não poderia desconhecer esses fatos ante a existência do casamento e da prole deste resultante, consignando não haver imposição da monogamia para caracterizar-se a união estável a ser amparada pela Previdência, o que constitui dever do Estado. Placitou, então, o rateio da pensão.

Sob o ângulo da busca a qualquer preço da almejada justiça, não merece crítica o raciocínio desenvolvido." - e realmente não merece crítica - "Entretentes, a atuação do Judiciário é vinculada ao Direito posto. Surgem óbices à manutenção do que decidido, a partir da Constituição Federal. Realmente, para ter-se como configurada a união estável, não há imposição da monogamia, muito embora ela seja aconselhável, objetivando a paz entre o casal." - entre os companheiros - "Todavia, a união estável protegida pela Constituição pressupõe prática harmônica com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da Carta da República, tem-se como objetivo maior da proteção" - a união estável. Qual é o objetivo maior? A transformação em casamento - "o casamento. Confirmam com o próprio preceito que serviu de base à decisão do Tribunal de Justiça. O reconhecimento da união estável pressupõe possibilidade de conversão em casamento. O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, direciona à inexistência de obstáculo a este último." - o casamento - "A manutenção da relação com a autora" - a concubina - "se fez à margem e diria mesmo mediante discrepância do casamento existente e da ordem jurídico-constitucional. À época, em vigor se encontrava, inclusive, o artigo 240 do Código Penal, que tipificava o adultério. A tipologia restou expungida pela Lei nº 11.106/05.

Então, em detrimento do casamento havido até a data da morte do servidor, veio o Estado, na dicção do Tribunal de Justiça da Bahia, a placitar, com conseqüências jurídicas, certa união que, iniludivelmente, não pode ser considerada como merecedora da proteção do Estado, porque a conflitar, a mais não

RE 397.762 / BA


poder, com o direito posto. É certo que o atual Código Civil versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar núcleo familiar. Entretanto, na previsão está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que, se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a mulher. O que se percebe é que houve um envolvimento forte - de Valdemar do Amor Divino dos Santos e Joana da Paixão Luz -, projetado no tempo - 37 anos -, dele surgindo prole numerosa - aqui não está em discussão o direito da prole - "- nove filhos -, mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de o companheiro haver mantido o casamento com quem contraíra núpcias e com quem tivera onze filhos. Abandone-se a tentação de implementar o que poderia ser tida como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe o respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1.727 do Código Civil:

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem" - e há um tratamento específico - "concubinato."

O concubinato não se iguala à união estável, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de conseqüências, do casamento. Gera, quando muito, a denominada sociedade de fato.

Tenho como infringido pela Corte de origem o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, razão pela qual conheço e provejo o recurso para restabelecer o entendimento sufragado pelo Juízo na sentença prolatada."

É a distinção que faço entre companheiro/companheira, compondo a união estável, e concubino/concubina.



Supremo Tribunal Federal

636

03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, Vossa Excelência se louva no Código Civil, eu me louvo na Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR)- Eu não posso admitir que, sendo crime à época, a relação gerasse direitos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Eu me louvei na Constituição em todos os artigos que citei. E me impressiona muito este caso. O **de cujus** se chamava "Waldemar do Amor Divino", e a companheira se chamava "Joana da Paixão Luz". Eles tinham que se encontrar, de se atrair. Estava escrito nas estrelas. Ela certamente experimenta um sentimento de viuvez que eu duvido que seja menor do que o da outra; e a família dela também experimenta um desfalque econômico que eu duvido que seja menor do que o da outra.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro, com o condomínio afetivo, a viúva ter uma divisão patrimonial a essa altura, ou seja, quanto à pensão!

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Certamente um patrimônio formado pelas duas. Ele constituiu esse patrimônio a partir das duas relações, certamente. Foram trinta e sete anos.



03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Senhor Presidente, acabamos de ouvir dois belíssimos votos, ambos lastreados com fundamentos que são estimulantes ao raciocínio dos Juizes da Suprema Corte.

Gostaria de fazer, inicialmente, duas observações que reputo cabíveis, pertinentes, diante do ilustradíssimo voto que trouxe o eminente Ministro **Carlos Ayres**. A primeira é que essa distinção entre comunidade e sociedade que Sua Excelência destacou tem como eixo etimológico o latim, mas é mais aperfeiçoada na língua germânica entre o *gemainschaft* e *gesselschaft* que tem uma conotação muito mais forte na distinção entre a idéia do comum e a idéia da sociedade.

Por outro lado, essa expressão que Sua Excelência usou com tanta beleza na etimologia da palavra coragem, que é francesa e que nasce nos idos de 1050, curiosamente pouco antes da viagem à Canossa de Henrique IV, pedindo desculpas ao Papa Gregório VII, tem a sua beleza no encontro do destemor com a paixão, daí a origem francesa da expressão.

Mas, na realidade, neste julgamento, pelo que pude perceber, nós estamos interpretando concretamente a disciplina do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, ou seja, o alcance da expressão "união estável" como entidade familiar. Tenho, pelo § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, um enorme apreço, um enorme carinho, porque penso eu que fui o primeiro Desembargador, primeiro Juiz, que deu aplicação

omit

RE 397.762 / BA

concreta à disciplina constitucional, entendendo a identificação da união estável como susceptível de proteção do Estado, independentemente de qualquer regulamentação legal, entendendo o § 3º do artigo 226 como auto-aplicável. E esse julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi posteriormente confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do recurso especial interposto. Tenho, portanto, um enorme apreço na interpretação do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Mas tenho igualmente posição já assentada no tocante a esta matéria relativa à identificação da união estável.

É claro que o eminente Ministro **Carlos Ayres Britto**, com sua inteligência, com sua cultura, com sua percepção de encontrar na Constituição uma interpretação sistemática na perspectiva teleológica, foi buscar a equiparação possível de diversas situações constitucionais em relação à criança, ao adolescente, à família, à previdência, e assim sucessivamente, para enquadrar a situação de fato dos autos nesse cenário de uma interpretação teleológica da Constituição.

Todavia, eu penso que não é o caso desse enquadramento. E não é o caso desse enquadramento por três razões que me permito rapidamente enumerar: a primeira é que a disciplina constitucional foi muito clara, ela determinou que a proteção do Estado fosse oferecida quando configurada a existência de uma união estável, tanto que determinou a facilitação legal para o matrimônio, ou seja, numa palavra, ele entendeu a proteção constitucional à entidade familiar denominada "união estável" no campo do Direito de Família, ou seja, mandou aplicar o Direito de Família a essa entidade familiar que ele qualificou no § 3º do artigo 226; segundo, quando ele determinou que essa proteção constitucional a essa entidade familiar, união estável, fosse dada no campo do Direito

MSB

RE 397.762 / BA

de Família, evidentemente, que ele quis sublinhar que se aplicavam os princípios do Direito positivo infraconstitucional para disciplinar a matéria relativa a essa nova entidade familiar; terceiro, é que se isso é assim, e ao meu sentir, diversamente do que pensa o eminente Ministro **Carlos Ayres**, é assim, nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar "união estável" a uma situação de fato convivendo com uma união matrimonial reconhecida e mantida. Por quê?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ilegítima e que, à época, configurava crime.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas configurava crime, Excelência, porque, à época, só o casamento civil era constitutivo de entidade familiar. Agora, não, não é só o casamento civil. É por isso que era crime.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Não sei.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Prossigo. Por quê? Porque, na realidade, o que o Direito positivo brasileiro quis fazer foi, primeiro, reconhecer que uma união, independentemente do fato do casamento, não era um interregno de prestação de serviços para o efeito da concessão da indenização por serviços domésticos; era, sim, uma entidade valorizada pelo amor e que merecia, por isso, a proteção do Estado, desde que ela fosse constituída não em paralelo a uma união matrimonial já mantida, porque isso

RE 397.762 / BA

configuraria uma exceção à legalidade estabelecida pelo Direito positivo.

Por outro lado, não se está julgando neste processo a questão da subsistência dos filhos com relação às necessidades econômicas que eles possam ter, na medida em que essa situação específica até poderá, se for o caso, ser objeto de um processo judicial próprio, que não é este em que se discute a pensão que é deixada à viúva. É por essa razão que a jurisprudência brasileira, ao longo do tempo, foi se consolidando no sentido até de dar uma certa elasticidade, por exemplo, admitindo que pudesse, sim, haver a configuração da união estável diante de uma separação de fato. Por quê? Porque se reconhecia que o fato era também um fundamento que dava conseqüências jurídicas: se havia a separação de fato, era possível a configuração da união estável.

Mas, pelo menos na minha compreensão, sob nenhum ângulo é possível configurar a existência de uma união estável ao lado da existência de um matrimônio em curso. Por quê? Porque essa existência concomitante é absolutamente vedada pelo Direito positivo brasileiro. O que se está interpretando é a Constituição nos termos que ela determinou que o Direito positivo assim fizesse. E o Direito positivo, seguindo o próprio comando constitucional, determinou os balizamentos pelos quais seria possível haver o reconhecimento da união estável. E, certamente, um desses balizamentos não foi obedecido, que é a ausência de impedimento para a realização do casamento, no caso, a manutenção do casamento contraído, sem a existência da separação de fato.

Creio, Senhor Presidente, como disse o Ministro **Carlos Ayres**, com a sua riqueza vernacular, que nos encanta a todos, é possível, sim, fazer uma interpretação ampliada, mas

meu

RE 397.762 / BA

não me parece possível, no caso, fazer uma interpretação que contradita, a meu ver, às completas, aquela disciplina que a própria Constituição determinou quando comandou a existência de uma entidade familiar nova, a união estável, e determinou que essa entidade familiar nova, a união estável, tivesse, pela lei, facilitado o casamento.

niik

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Quando possível.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Não, a Constituição não disse isso.

Se já existia um casamento, era impossível transformar essa união estável em casamento. Daí haveria uma contradição, a meu ver absoluta, que impediria o reconhecimento da pensão em meação a esta pessoa com o qual o **de cujus** teve filhos. É necessário lembrar que o recurso está posto no plano constitucional para identificar o reconhecimento, ou não, da união estável.

Essas são as razões de minha divergência, louvando a beleza do voto, como sempre Sua Excelência faz nos trazendo a sua perspectiva constitucional na indicação dos diversos dispositivos da Constituição, que poderiam na sua compreensão ensejar essa interpretação ampliada. Pedindo vênias outra vez a Sua Excelência, eu acompanho o voto do Ministro **Marco Aurélio**, para conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, restabelecendo a sentença monocrática.

niik

Supremo Tribunal Federal

642

03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, como o Direito alemão foi citado, apenas lembraria o que Konrad Hesse, no seu magnífico livro, prefaciado pelo Ministro Gilmar Mendes, "A força normativa da Constituição", diz que não é possível interpretar a Constituição sem atentar para a realidade. É preciso ver a realidade do ângulo da Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas há limite, Excelência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não. E é preciso ver a Constituição do ângulo da realidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Nosso Direito não é costumeiro.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, mas quando o nosso Direito dá as costas à realidade, a realidade se vinga e dá as costas ao Direito. A realidade é essa. Há relações familiares.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Eu queria só...

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Um momentinho, Excelência.



Supremo Tribunal Federal

643

RE 397.762 / BA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

É claro, com muito prazer.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Também retribuo todos os elogios que Vossa Excelência fez ao meu voto. Vossa Excelência fez um voto magnífico.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Nem todos têm esses patronímicos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - A realidade é que o amor fala mais alto, e famílias são constituídas à margem do casamento, sem necessidade de papel passado. Para a Constituição, que, a meu sentir, é contemporânea do futuro, não há concubinato. O que existe é uma comunidade doméstica, um núcleo doméstico a ser protegido. Daí porque ela mesma, Constituição, quando trata de previdência social, não deixa de dizer "pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro."

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro, faço a distinção entre "companheiro e companheira" e "concupino e concubina".

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Para a Constituição, não existe concubina.



Supremo Tribunal Federal

644

RE 397.762 / BA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Quer dizer, em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

É uma interpretação que Vossa Excelência está dando que, claro, nós todos temos de respeitar. Eu só queria fazer uma observação.

Eu tenho a impressão que no "*Die normative Kraft der Verfassung*", que é o livro do Konrad Hesse, ele fala mais no sentido da "*Wille zur Verfassung*" (a vontade de Constituição), que dá, portanto, essa conotação de vinculação. Talvez essa interpretação mais ampliada possa ser encontrada em Peter Häberle, no "*Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*" (A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição).

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, nem estou me louvando nele.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Nesse sentido de que é possível sim que se dê uma interpretação ampliada, como Vossa Excelência fez com todo o brilho que nós conhecemos. É só que a preocupação que existe, pelo menos na minha perspectiva, não é na sua perspectiva, é que a interpretação do § 3º do artigo 226, se não forem levados em consideração esses balizamentos legais com relação à existência do matrimônio, nós poderíamos abrir ensanchas a uma multiplicidade de reconhecimentos de uniões que não seriam absolutamente estáveis, porque seriam múltiplas.

3



Supremo Tribunal Federal

645

RE 397.762 / BA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - E daqui a pouco valerá mais a pena ter uma relação gerando o concubinato do que o casamento.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Se Vossa Excelência permite relembrar, a Constituição se preocupa com pessoas, com seres humanos, com núcleos domésticos constituídos de seres humanos concretos, em carne e osso. Daí porque o instituto da família perpassa os poros todos da Constituição, desde o artigo 6º, cabeça, aliás, o artigo 6º não se desdobra, é exclusivo; há o inciso IV do artigo 7º. Quer dizer, o que interessa é a família. O modo pelo qual a família se constituiu é, para a Constituição, absolutamente secundário. A Constituição se dobra à imperatividade do amor, da relação a dois.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Quer dizer, Vossa Excelência admitiria que uma pessoa poderia ter várias famílias concomitantemente; cinco, seis famílias concomitantemente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sim. Só diz respeito ao homem e à mulher, aos núcleos domésticos. Isso é como preferência sexual. É a mesma coisa, não nos diz respeito. O modo pelo qual as pessoas são felizes, esse modo não nos diz respeito, absolutamente.



03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, em primeiro lugar, também conforme o Ministro Menezes Direito, e agora acrescentando também os meus cumprimentos a ele, todos os votos belíssimos aqui pronunciados, inclusive com a rememoração de algumas passagens do voto do Ministro-Presidente, falam bem da dimensão do assunto que toca todo mundo, porque é o núcleo mesmo da sociedade. Vou pedir todas as vênias ao eminente Ministro Carlos Britto, e também vou seguir o Ministro-Relator. E vou explicar porquê.

Em primeiro lugar, também tenho para mim que o § 3º do artigo 226, ao se referir à união estável, abarca única e exclusivamente aquela união que pode ser considerada dotada de tal equilíbrio que a presença de outro núcleo nesse sentido de casamento a instabilizaria. Dou apenas um exemplo e, aliás, Vossa Excelência, Ministro Carlos Britto, não chegou a dizer: o Ministro-Presidente, mais de uma vez, chamou a atenção para a circunstância de que foi excluído do sistema jurídico penal o crime de adultério, que, naquele caso, teria sido, pelo menos em tese, praticado, mas não me parece que tenham sido excluídos os artigos 235 e 236 do Código Penal: bigamia e a participação para a bigamia.

*Supremo Tribunal Federal***647****RE 397.762 / BA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Foi alcançado apenas o adultério.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pois é. Então, se isso permanece, inclusive a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento. Ou seja, no sistema constitucional brasileiro, há um núcleo possível de constituição de família entre um homem e uma mulher, tanto que induzir alguém a contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior, que é o artigo 236 do Código Penal, é crime. Então, o que me parece que a Constituição quer preservar é a família. E eu faço uma observação a Vossa Excelência, Ministro Carlos Britto: há uma expressão belíssima, entre as tantas do voto de Vossa Excelência, dizendo assim: "coração é terra que ninguém pisa." Sim, como diria Guimarães Rosa: "coração tudo cabe; é como o sertão." Está certo. Mas Karl Lowenstein, no início da *Teoria da Constituição*, diz que o Direito existe para que o homem tente dominar três forças: a fé, o poder e o amor. E que a democracia de Direito é isto: eu não posso deixar de me apaixonar por alguém; e o Direito não me pode proibir isso; agora, o Direito pode proibir-me, sim, de praticar determinadas condutas, se estiver casada e se forem elas contrárias ao Direito.

RE 397.762 / BA

O Direito não proíbe a pessoa - porque não pode proibir - de acreditar até nas piores seitas indignas do ser humano, mas pode proibir - e proíbe - que a pessoa manifeste e adote comportamentos contrários à vida em sociedade. Ainda citando Guimarães Rosa, quer acreditar no coisa-ruim, pode acreditar; mas praticar a violência contra as pessoas não pode.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Se Vossa Excelência me permite? Ministro Carlos Alberto de Direito, quando Vossa Excelência falou da multiplicidade de relações amorosas, eu devo completar: contanto que permeadas de estabilidade. O que interessa para a Constituição é que a relação seja estável.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas não há como estabilizar algo que é plural.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - E, no caso dos autos, a estabilidade é tão evidente que durou trinta anos! Trinta anos!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - A monogamia fica em segundo plano, desde que a duplicidade seja estável.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas a estabilidade, Ministro Carlos Britto, não é temporal.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - A minha dificuldade foi essa. Estou respeitando o ponto de vista de

Supremo Tribunal Federal

649

RE 397.762 / BA

Vossa Excelência, desculpe, Ministra **Cármem Lúcia**, mas, como a Ministra **Cármem Lúcia** agora aponta, com toda justiça, esse raciocínio, que respeito às completas, pode levar uma pessoa a manter dez relações ao mesmo tempo, com a fragmentação da situação jurídica, relativa à união estável.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não é só com isso.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência está raciocinando com o teratológico.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, Ministro, é que a segunda união "incestabiliza" a primeira; uma segunda união "incestabiliza" a primeira.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vamos nos ater ao caso: houve duas relações; ambas estáveis.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Estáveis do ponto de vista...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - E Vossa Excelência coloca as duas no mesmo plano?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Coloco no mesmo plano.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - A mulher propriamente dita e a concubina?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não há mulher propriamente dita, Excelência.

*Supremo Tribunal Federal***650****RE 397.762 / BA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Há, Excelência, pelas núpcias, porque a Constituição preconiza a proteção do Estado à união estável, inclusive estimulando-a ao casamento.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ambas são mulheres. Na matemática do amor, como dizia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mulher a que me refiro não é gênero, Excelência. Eu me referi à mulher casada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - À esposa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Não é gênero. Claro que não apontei que o Divino Amor teria tido um caso espúrio, um caso com traveco!

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Como dizia Sartre: aritmética do amor é tão desconcertante, que nela: um mais um, igual a um. Então, o Direito Constitucional se rende à evidência, à imperiosidade do amor.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Mas neste caso foi igual a dois; pode ser igual a três, igual a quatro.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, o que interessa é que ele, com a concubina, como diz o Ministro Marco Aurélio, para

*Supremo Tribunal Federal***651****RE 397.762 / BA**

mim, com a companheira, mantinha uma relação amorosa de trinta anos. E o Direito é indiferente a isso. Depois que ele morre, a companheira experimenta uma dor, uma perda, um sentimento de viuvez que o Direito não pode ignorar. É dar as costas à realidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ela se beneficiaria, Excelência. Vou chegar ao extremo. Ela se beneficiaria da própria torpeza e a mulher que teve o marido dividido agora dividiria a pensão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não houve torpeza. No amor, não há torpeza, Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Há, sim, sob o ângulo legal. Vossa Excelência potencializa o amor, não é? Se nós abandonarmos o campo jurídico constitucional para decidir a partir do amor, o critério de plantão é que norteará os pronunciamentos do Tribunal. Mas esta Corte é responsável pela guarda da Constituição Federal, pela guarda de princípios caros à vida gregária.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - E a Constituição Federal foi que consagrou a união estável como equiparada ao casamento para todos os fins e efeitos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Na sua óptica, que respeito, mesmo envolvida não a união estável prevista na Constituição Federal, mas sim o concubinato.

*Supremo Tribunal Federal***652****RE 397.762 / BA**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Continuo o meu voto.

Para mim, a estabilidade não é uma questão de tempo, é uma questão jurídica.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência falou de bigamia. Bigamia é quando ocorrem dois casamentos de papel passado. Não é o caso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, eu fiz outro tipo de referência. Citei os artigos 235 e 236.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministra Cármen Lúcia, o recado que ele está dando não é a Vossa Excelência, mas a mim.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, fui eu quem fiz referência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Foi ela quem fez; não foi Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O que eu disse, Ministro, foi que, se a bigamia ainda se mantém no sistema, e a Constituição diz que a união estável deverá ser incentivada pelo Estado para transformar-se em casamento, é óbvio que, se a pessoa já está casada, não há como converter em casamento, e o Estado não poderia cumprir esse dever.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas converter quando possível.

*Supremo Tribunal Federal***653****RE 397.762 / BA**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - "Quando possível" é Vossa Excelência que está acrescentando à Constituição; não está isso na Constituição.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sim, exato, como Vossa Excelência está dizendo que não é.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, estou lendo a Constituição. Vossa Excelência está acrescentando "quando possível"; "quando possível" não está aqui.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas é uma interpretação lógica, recicladora da meramente vernacular. Mas, com todo o respeito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Penso que não. Também respeito o ponto de vista de Vossa Excelência apenas para dizer que a estabilidade contida no dispositivo constitucional, a meu ver, não é uma questão de tempo. Pode manter-se um casamento por cinquenta anos e ser instável, mas, como ele está formalizado, a Constituição respeita.

A estabilidade só pode ser considerada quando houver uma possibilidade de, nos termos da Constituição e da legislação infraconstitucional com ela coerente, transformar-se em casamento.

Razão pela qual peço vênia e respeito o belíssimo voto feito por Vossa Excelência, mas acompanho o voto do Ministro-Relator porque entendo que amor é uma coisa, é sentimento, e o Direito é

*Supremo Tribunal Federal***654****RE 397.762 / BA**

razão, embora, claro, respeitando-se e considerando tanto quanto possível, exatamente, as razões dos sentimentos, mas sem abrir mão nunca de saber que aqui temos de racionalizar até em benefício do equilíbrio de todas as instituições, uma das quais, o casamento.

É como voto, Senhor Presidente.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia (§ 4º do artigo 96 do RISTF)

*Supremo Tribunal Federal***655**

03/06/2008

PRIMEIRA TURMA**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA**

À REVISÃO DE APARTE DO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO.

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762

VOTO

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, estamos vivendo um momento de grandeza do Supremo Tribunal Federal. Na semana passada, tivemos um julgamento histórico, o dos embriões. Quero crer que, neste momento, estamos proferindo um julgamento que, também, ficará para a História, um julgamento extraordinariamente importante pela profundidade dos votos proferidos.

Antes de me pronunciar sobre o tema, Senhor Presidente, quero louvar Vossa Excelência pelo magnífico voto proferido; também o eminente Ministro Carlos Britto, pela profunda contribuição que traz para reflexão de todos nós; o voto magnífico também do Ministro Carlos Alberto Direito; e o não menos precioso voto da Ministra Cármen Lúcia.

Peço vênia, louvando o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, para acompanhar o eminente Relator. Faço-o também com brevíssimas considerações.

Supremo Tribunal Federal

656

RE 397.762 / BA

De há muito, a doutrina e a jurisprudência vêm fazendo uma distinção muito clara entre concubinato e união estável.

O concubinato, do ponto de vista etimológico, vem de **cum cubere**, significa dormir juntos, ou seja, é uma comunhão de leitos; ao passo que a união estável é uma comunhão de vida, é uma parceria, é um companheirismo.

Essa evolução doutrinária e jurisprudencial foi agasalhada pelo constituinte de 1988. Exatamente me parece que este artigo 226, **caput**, deve ser interpretado à luz dessa evolução doutrinária e jurisprudencial. Esta parte final do § 3º do artigo 226 tem de ser levado em consideração.

Nós acabamos de vir de um julgamento histórico, o julgamento das células-tronco embrionárias.

Quer-me parecer que, de uma leitura estrita deste § 3º, temos de entender que esta união estável, esta entidade familiar referida neste dispositivo constitucional é uma espécie de embrião do futuro casamento. Tanto é assim que o texto constitucional determina que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento.

E assim o fez o legislador ordinário na Lei nº 9.278, que, em seu artigo 8º, facilitou efetivamente a conversão da união estável em casamento. Basta que aqueles que mantêm a união estável comuniquem o seu desejo ao oficial do registro civil a vontade de converter essa união estável em casamento.

*Supremo Tribunal Federal***657****RE 397.762 / BA**

Como disse muito bem o eminente Ministro Carlos Alberto Direito, o Código Civil, traduzindo essa evolução jurisprudencial e doutrinária e traduzindo também a vontade do constituinte, fez uma claríssima distinção, como já acentuada também pelo eminente Ministro Marco Aurélio, entre o concubinato e a união estável.

O concubinato está definido, com todas as letras, no artigo 1.727 e a união estável no artigo 1.723. O que impressiona, eminente Ministro Carlos Alberto Direito, na definição que o Código Civil dá à união estável, que é a mesma dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.278, de 1996, é exatamente esse caráter de publicidade à união estável.

Estabelece o artigo 1.723:

"Art. 1.723 - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

Essa publicidade me parece absolutamente essencial para caracterizar a união estável. Quer-me parecer, eminente Ministro Carlos Ayres Britto, que quem mantém duas famílias, uma legal e outra na clandestinidade, certamente não estará dando publicidade a essa segunda família.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência me permite? Sempre fico mimoseado, presenteado com intervenções e votos

*Supremo Tribunal Federal***658****RE 397.762 / BA**

tão brilhantes, mas digo, pura e simplesmente, que a definição de concubinato, como mero "dormir juntos", não se aplica a quem dormiu junto durante trinta anos. E segundo: é impossível manter uma relação de trinta anos às escondidas, clandestinamente. Certamente essa união era pública e notória. De qualquer forma, rendo minhas homenagens a Vossas Excelências, em conjunto.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Com a devida vênua do eminente Ministro Carlos Ayres Britto, acompanho Vossa Excelência para dar provimento ao recurso.

#

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (§ 4º do artigo 96 do RISTF)

PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8**

PROCED.: BAHIA

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): ESTADO DA BAHIA

ADV.(A/S): PGE-BA - ANTONIO ERNESTO LEITE RODRIGUES

RECDO.(A/S): JOANA DA PAIXÃO LUZ

ADV.(A/S): CÁTIA RÉGIA TELES NERY E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, conhecendo do recurso extraordinário e lhe dando provimento, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Britto. 1ª Turma, 04.10.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Carlos Britto, de acordo com o art. 1º, § 1º, **in fine**, da Resolução n. 278/2003. 1ª. Turma, 06.12.2005.

Decisão: Adiado o julgamento por indicação do Ministro Carlos Britto. 1ª. Turma, 07.02.2006.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator; vencido o Ministro Carlos Britto. 1ª Turma, 03.06.2008.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito. Compareceu o Ministro Eros Grau a fim de julgar processos a ele vinculados, ocupando a cadeira do Ministro Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador