

**FUNDAÇÃO DE ENSINO 'EURÍPIDES SOARES DA ROCHA'
CENTRO UNIVERSITÁRIO 'EURÍPIDES DE MARÍLIA' – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

CLEBER AFFONSO ANGELUCI

**VALOR JURÍDICO DO AFETO NAS RELAÇÕES DO DIREITO DE
FAMÍLIA: CONSTRUINDO O SABER JURÍDICO**

**MARÍLIA
2006**

CLEBER AFFONSO ANGELUCI

**VALOR JURÍDICO DO AFETO NAS RELAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA:
construindo o saber jurídico**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:
Professor Doutor Lafayette Pozzoli

MARÍLIA
2006

CLEBER AFFONSO ANGELUCI

**VALOR JURÍDICO DO AFETO NAS RELAÇÕES DO DIREITO DE
FAMÍLIA: CONSTRUINDO O SABER JURÍDICO**

Banca examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado: APROVADO nota 10,0 (dez) com distinção e louvor

ORIENTADOR: Professor Doutor Lafayette Pozzoli

1º EXAMINADOR: Professor Doutor Oscar Vilhena Vieira

2º EXAMINADOR: Professor Doutor José Luiz Raggazzi

Marília, 26 de Maio de 2006

À mamãe que sempre incentivou o caminho do amor,
Ao mano e família, que afetosamente me auxiliam,
À mana que é um 'porto seguro' a amparar nos momentos difíceis,
À Ina e ao Pedro, que comprovam a cada dia,
a existência do amor...

AGRADECIMENTOS

Especialmente ao Professor Doutor Lafayette Pozzoli, que antes de orientador,
foi grande amigo, assegurando um norte de amor
à pesquisa desenvolvida;

Aos professores da Fundação Eurípides que indicaram a fonte do saber,
o caminho da pesquisa.

Aos colegas de classe, que pacientemente me ouviram e contribuíram
para a solução dos conflitos internos travados diariamente.

À minha família, que me deu a base para viver
e acreditar no amor.

À Ina e ao Pedro, pela compreensão dos momentos
privados pela pesquisa.

Ao papai, que onde estiver,
certamente entende as minhas lágrimas de saudade.

*Ainda que eu falasse línguas,
as dos homens e dos anjos,
se eu não tivesse amor,
seria como sino ruidoso
ou como címbalo estridente.
Ainda que eu tivesse o dom
da profecia,
o conhecimento de todos os mistérios
e de toda ciência;
ainda que eu tivesse toda a fé,
a ponto de transportar montanhas,
se não tivesse o amor,
eu não seria nada.
Ainda que eu distribuísse
todos os meus bens aos famintos,
ainda que entregasse
o meu corpo às chamas,
se não tivesse o amor,
nada disso me adiantaria.
O amor é paciente,
o amor é prestativo;
não é invejoso, não se ostenta,
não se incha de orgulho.
Nada faz de inconveniente,
não procura seu próprio interesse,
não se irrita, não guarda rancor.
Não se alegra com a injustiça,
mas se regozija com a verdade.
Tudo desculpa, tudo crê,
Tudo espera, tudo suporta.
O amor jamais passará.*

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Valor jurídico do afeto nas relações do direito de família: construindo o saber jurídico.** 2006. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo a importância do afeto, do amor, nas relações do direito de família e na formação da pessoa humana, especialmente para a concretização do princípio da dignidade humana. Para tanto, parte-se de uma análise sobre a família e sua evolução histórica, seguindo pelo estudo acerca das novas formações familiares, desde aquela constituída pelo casamento, até as novas formações, como a família homoafetiva que se apresenta nos dias contemporâneos, pontuando a necessidade de um novo conceito de família e de sua relevância para a formação e manutenção do Estado. Na seqüência, é feita uma análise valorativa do conteúdo do direito, com especial atenção aos elementos informadores do direito natural, passando pelo valor fonte representado pela pessoa e a pessoa do Outro, através do princípio da dignidade humana, fundamento do Estado brasileiro, bem como, pelos valores que informam a família. Finalmente se avalia, com uma orientação psicológica, o afeto, sob a vertente do amor, para formação e estruturação da pessoa, analisando o seu encontro consigo mesmo, ou seja, a descoberta do ‘eu pessoa’, passando pela análise das diversas formas de amor e do prestígio que se deve atribuir ao amor no convívio social, concluindo que o amor representa verdadeiro valor para as relações do direito de família e também para a implementação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito de Família. Pessoa humana. Pessoa do Outro. Valor. Afeto. Amor.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Valor jurídico do afeto nas relações do direito de família: construindo o saber jurídico**. 2006. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.

ABSTRACT

The present dissertation has as object of study the importance of affection, love, in relation to the rights of the family and the formation of the human being, especially on the achievement of the principle of the human dignity. To do so, it starts from an analysis of the family and its historical evolution, carrying on by the study concerning the new family structures, from the one started at the marriage, to the new structures, as the homosexual relationship family which presents itself on the contemporary days, showing the need for a new concept of the family and its relevance for the formation and maintenance of the State. In the sequence, it's made an analysis of the importance of the content of the rights, with special a concern on the informative elements of the natural rights, going through the source of the value represented by the person and by, someone else's person trough the principle of the human dignity, basis of the Brazilian State, as well as by the values which inform the family. Finally, it's evaluated, with the help of a psychologist, the affection, looking through love, for the formation and the structure of the person, analyzing its feelings, that is, the discovery of the inner person, going through the analysis of the several ways of love and the importance that we must give to love in the social environment, concluding that love represents a true value for the relation of the family rights and also for the implement of the principle of the human being dignity.

Key-words: Rights of the Family. Human being. Humanism. Value. Affection. Love.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Valor jurídico do afeto nas relações do direito de família: construindo o saber jurídico.** 2006. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.

RESUMEN

La presente disertación tiene como objeto de estudio, la importancia del afecto, del amor, en las relaciones del Derecho de Familia y en la formación de la persona humana, especialmente, para la concretización del principio de dignidad humana. Para tanto, se parte de un análisis sobre la familia y su evolución histórica, siguiendo por el estudio acerca de las formaciones familiares, desde aquella constituida por el casamiento hasta las nuevas formaciones, como la familia homoafetiva, que se nos presenta en los días contemporáneos, puntualizando la necesidad de un nuevo concepto de familia y su relevancia para la formación y mantenimiento del Estado. En la secuencia, es hecho un análisis valorativo del contenido del Derecho con especial atención a los elementos informadores del Derecho Natural, pasando por el valor fuente representado por la persona y la persona del Otro, a través del principio de la dignidad humana, fundamento del Estado brasileño, bien como, por los valores que informan la familia. Finalmente se evalúa, como una orientación psicológica, el afecto, sob la vertiente del amor para formación y estructuración de la persona, analizando su encuentro consigo misma, o sea, la descubierta del ‘yo persona’, pasando por el análisis de las diversas formas del amor y del prestigio que se debe atribuir al amor en la convivencia social, se concluye que el amor representa verdadero valor para las relaciones del Derecho de Familia y también, para la implementación del principio de dignidad humana.

Palabras-clave: Derecho de Familia. Persona Humana. El Humanismo. Valor. Afecto. Amor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
I. A FAMÍLIA E O DIREITO	14
1. A origem e evolução da família	16
2. As formas de família	18
2.1. A família e o matrimônio	21
2.2. A família de fato	26
2.3. A família monoparental	31
2.4. A família anaparental	35
2.5. A família homoafetiva	36
3. Alguns Princípios do direito de família	45
4. A família e o senso religioso (a Igreja)	49
5. Um conceito de família	53
6. Perspectivas para a família	57
II. ASPECTOS AXIOLÓGICOS DO DIREITO	62
1. O direito natural e o valor para o direito	66
2. A pessoa como valor	78
3. Os valores da família	89
III. O AFETO COMO VALOR JURÍDICO	96
1. A descoberta do ‘eu’ pessoa	102
2. As diversas formas do amor	113
2.1. Amor paterno-filial	114
2.2. Amor fraterno	115

2.3. Amor de mãe	116
2.4. Amor erótico	117
2.5. Amor próprio	120
2.6. Amor a Deus	121
3. A necessidade do amor na vida social	123
4. O afeto como valor no direito	131
CONCLUSÕES	148
REFERÊNCIAS	153

INTRODUÇÃO

O tema da família desperta grande interesse, principalmente porque é nesse núcleo social que o ser humano começa a se desenvolver e a se reconhecer como ser racional e afetivo. Na entidade familiar, ocorre o primeiro contato consigo e com seus semelhantes, os primeiros conflitos e as primeiras descobertas sobre o mundo em que se vive e sobre a própria natureza.

A família goza de grande interesse e relevância, inclusive para o Estado, considerando prova dessa assertiva, o disposto expressamente na Constituição Federal, que a considera sua 'célula base' e goza de especial proteção.

Ainda que não houvesse o reconhecimento constitucional, a família, por si, por ser o primeiro núcleo coletivo do ser humano, por auxiliar no seu desenvolvimento, por incentivar sua formação, contribuindo com princípios e diretrizes para a vida em sociedade, tem em seu bojo e em sua substância, importância primeira.

Negar a existência humana, numa sociedade, implica necessariamente, negar a essência do desenvolvimento e a mais característica distinção dos demais animais; a capacidade de pensar, refletir e também amar, expressando este sentimento.

Dessa forma, e partindo do pressuposto da grande relevância que a família representa, o presente estudo pretende esboçar, através de uma apreciação investigativa, acerca da produção bibliográfica e da orientação jurisprudencial, o direito de família, levando em conta o valor, simbolizado pelo afeto, que contribui na formação da pessoa e na construção da dignidade humana, permeando as relações de família, com muita intensidade e evidência.

Até pouco tempo atrás, não se falava em afeto, não se defendia a existência do amor e da necessidade do reconhecimento deste sentimento para o envolvimento e permanência do vínculo formado entre as pessoas oriundas de determinada família.

Pretende-se, pois, demonstrar, a existência de novo paradigma, onde as relações fincadas em bases subjetivas e abstratas de sentimentos encontram amparo na família moderna, procedendo assim, ao debate, imune de preconceitos e obstáculos tradicionais que possam impedir o encontro com a família contemporânea, que não mais pode ser definida apenas em consideração ao casamento.

Dessa forma, o trabalho se desenvolve em três capítulos, sendo o primeiro destinado à família e ao direito de família, o segundo ao estudo dos aspectos axiológicos do direito e ao terceiro à análise do afeto e suas implicações jurídicas no direito de família, do amor na formação da pessoa na sociedade.

Dentro desta perspectiva, no primeiro capítulo é realizada a análise acerca da família, sua origem e desenvolvimento, as formas de famílias, desde àquela constituída pelo casamento, analisando as chamadas uniões estáveis ou família de fato, cuidando da família monoparental e anaparental, concluindo com a união de pessoas do mesmo sexo, ou seja a família homoafetiva.

Ainda no primeiro capítulo é feito um estudo sobre os princípios específicos que norteiam as relações do direito de família, fazendo um apanhado acerca da influência da Igreja sobre a família, pontuando considerações sobre o conceito de família e as alterações sofridas no decorrer dos tempos em sua composição.

No capítulo segundo o estudo fica circunscrito aos aspectos axiológicos do direito, ressaltando a importância do valor para quem tem a ciência jurídica como objeto de estudo, partindo, desde um exame do direito natural, ou jusnaturalismo, o valor, como fundamento histórico, alcançando a pessoa, considerada valor fonte ou fundamental para a ciência do direito.

Assim, sob a rubrica “pessoa como valor”, é feito um estudo do princípio fundamental do Estado brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, não somente na

perspectiva da pessoa individualmente considerada, mas também em relação à pessoa do outro, que deve ser respeitado e considerado, complementando com os valores para a família; levando-a em conta na formação da pessoa, justamente por ser o seu primeiro grupo social.

Finalizando com o terceiro capítulo, destinado para uma análise sobre a matéria do afeto, do amor sob uma perspectiva jurídica, vislumbrando seu valor para a ciência do direito, para a constituição e desenvolvimento da pessoa, desde a descoberta do seu 'eu' até seu pleno desenvolvimento para a felicidade em sua relação com o outro.

Faz-se uma abordagem sobre 'as formas do amor', levando em conta o ponto de vista dos envolvidos, desde o amor paterno-filial, passando pelo amor fraterno, o amor de mãe ou incondicional, ao amor sexual, amor próprio e amor a Deus.

Conclui-se finalmente pela necessidade do amor na vida social e conseqüentemente, o seu valor no direito e na organização familiar e pessoal.

Para uma leitura completa, importa um convite primeiro ao desprendimento e à consideração da pessoa do outro, com respeito as suas limitações e dificuldades, bem como ao desapego das dificuldades internas para o amor. Não se pretendeu oferecer respostas prontas em alusão ao valor jurídico do amor, mas apenas semear sua relevância para o direito e para a pessoa.

I. A FAMÍLIA E O DIREITO

Tanto a família como o próprio direito de família são alvos de grandes discussões e embates no abrir as portas desse novo século. Alterações na estrutura social, transformações tecnológicas, modismos e um caminho que demonstra a ruptura com os paradigmas até então existentes, conduzem a um processo de modificação tanto na sociedade, na família e também na pessoa.

Diante de tais transformações, a família e o direito de família estão sofrendo modificações em sua estrutura, no seu estudo, visando a pessoa, em sua dignidade, como valor último dessas relações. A essa mudança de foco, alguns estudiosos, como Paulo Luiz Netto Lôbo, chamam de ‘repersonalização do direito de família’, mostrando a relevância da pessoa nesse campo do direito (LÔBO, 2005, p. 01).

A importância de elementos imanentes do grupo social começa a merecer destaque e estudo, livrando-se dos elementos puramente biológicos e patrimoniais que sempre marcaram presença nessas relações de direito, pois, como afirma Giselle Câmara Groeninga, não somente o vínculo genético marca identidade de uma família e

(...) a inserção genealógica não se dá só pela transmissão do nome. São valores e regras particulares àquela família, e também seus segredos e conflitos, que vão ser transmitidos de geração em geração pelas identificações, conscientes e inconscientes com os modelos aí disponíveis (GROENINGA, 2003, p. 129).

Portanto, o direito não pode ficar avesso aos avanços que a família tem passado, não mais amarrada ao sistema patriarcal de antigamente, mas com novos contornos que não parecem se sustentar àquelas definições de outrora, sendo o casamento como sua única e exclusiva fonte, especialmente pelo fato da própria Constituição Federal já haver reconhecido outras formas de família, em especial a união estável e família monoparental.

Cada personagem, cada integrante do grupo familiar, desempenha seu papel, uma

atividade única e que serve de paradigma para suas ações no conjunto social maior, da sociedade organizada, do Estado. São os conceitos e princípios obtidos na família que se desenvolvem na prática social cotidiana, que transbordam as relações desse pequeno núcleo para relações transcendentais de toda a coletividade reunida.

Como expõe Carlos Aurélio Mota de Souza, a dignidade, a ética e a moral começam na família, assim como a educação recebida, da família, pelo homem e pela mulher, correspondendo um modelo para a sociedade, assim também “os valores relativos à dignidade da pessoa e a cidadania de uma sociedade serão aqueles que a família exercitar existencialmente” (SOUZA, 2003, p. 1119).

Apesar deste dinamismo social, o direito de família tem em sua composição, alguns dispositivos inflexíveis, o que de certa forma, não permite o reconhecimento e a aplicação imediata na solução de conflitos ocasionados pelas transformações sociais.

Tal inflexibilidade tem pontos positivos e negativos. Como fatores positivos, este ‘engessamento’ das regras do direito de família, impõe a esta formação coletiva, tão importante para a estrutura e desenvolvimento do Estado, certos e definidos limites, garantindo, com isso, que as alterações sejam sentidas e amadurecidas no correr dos anos. Experimentadas na prática, na vida social diária, ao arripio da lei vigente, compete à doutrina e à jurisprudência, o caminho para o encontro de soluções que são vislumbradas, muitas vezes, nas normas distantes do direito de família¹.

Ponto negativo e crucial desta inflexibilidade das normas do direito de família encontra o tempo, como principal aliado, pois os anos e décadas necessários para o reconhecimento e garantia de direitos, além de impor aos envolvidos, a situação marginal e muitas vezes preconceituosa, causa severos e irreparáveis prejuízos. Atente-se, à guisa de

¹ Como exemplo das alternativas à legislação de família, a jurisprudência laborou, através de outros institutos do direito civil, principalmente da responsabilidade civil, para garantir eventuais direitos às pessoas envolvidas sob a forma familiar da união estável, que somente teve reconhecimento expresso na legislação, com o advento da Constituição Federal de 1988.

exemplo, para a situação das mulheres, no início de século passado, que não podendo ter reconhecimento de sua união, viviam não só em situação de preconceito, mas também desprotegidas e impedidas de reivindicar o direito à igualdade. Isso para não trazer à baila, a situação dos filhos oriundos de relações adúlteras ou incestuosas, que pela necessidade legal de preservação do casamento, não podiam postular o reconhecimento de sua identidade, sendo esta proibição expressa no Código Civil de 1916, vigente na época.

Importa agora, traçada a relação entre a família e o direito, buscar sua origem e o processo evolutivo pelo qual passou ao longo dos anos, delimitar seu conceito, relaciona-la ao senso religioso e demonstrar as formas existentes e especular, através do desenvolvimento, outras formações que poderão surgir, assim como o passado demonstrou, o aparecimento de novas formas além do casamento, pois o futuro poderá guardar algumas surpresas.

1. A ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Não existe consenso acerca da formação e evolução da instituição familiar, havendo alguns estudos históricos e sociológicos para demarcarem as primeiras formações familiares, as relações de parentesco e o desenvolvimento dessa instituição. É neste sentido a base doutrinária, como expressa Lafayette Pozzoli.

Na medida em que as criaturas são incapazes de sustentar-se por si mesmas, são conduzidas à formação de uma *horda*, uma *associação*, um *grupo familiar*. A associação constitui-se, desenvolve-se e mantém-se unida para que todos, conjuntamente, obtenham os meios de subsistência. Nessa comunidade todos são parentes, de modo que a família é a primeira e, inicialmente, a única relação social nas comunidades primitivas (POZZOLI, 2001, p. 23).

Por isso, é necessário ter em mente que a estrutura da família não se pautava pelo caráter sentimental, não se observava vínculos de afeto e carinho, apesar da família ter existência incontestável.

Philippe Ariès, na “História social da criança e da família”, ao indicar a educação e a criação como fato importante na formação familiar, afirma que “a família era uma realidade moral e social”,

mais do que sentimental. No caso de famílias muito pobres, ela não correspondia a nada além da instalação material do casal no seio de um meio mais amplo, a aldeia, a fazenda, o pátio, ou a ‘casa’ dos amos e dos senhores, onde esses pobres passavam mais tempo do que em sua própria casa (às vezes nem ao menos tinham casa, eram vagabundos sem eira nem beira, verdadeiros mendigos). Nos meios mais ricos, a família se confundia com a prosperidade do patrimônio, a honra do nome. A família quase não existia sentimentalmente entre os pobres, e quando havia riqueza e ambição, o sentimento se inspirava no mesmo sentimento provocado pelas antigas relações de linhagem (ARIÈS, 1981, p. 231).

Friedrich Engels, apoiando seus estudos em L. H. Morgan, fez uma minuciosa análise histórica acerca da origem da família, na obra intitulada “A origem da família, da propriedade privada e do estado”, onde observa que as pessoas transitaram do estado selvagem para o da barbárie e deste à civilização, cuidando apenas da passagem à última época. Ainda no estado selvagem, o ser humano simplesmente se alimentava de tudo o quanto encontrava na natureza, que já estava pronto para o consumo, não havendo necessidade de produção, época da utilização do arco e da flecha, culminando com a caça e início da linguagem.

Na época da barbárie, passou pelo conhecimento da cerâmica, da agricultura e adestramento de animais, iniciando a produção de alimentos pelo trabalho humano, época da utilização da espada. Na passagem para a civilização o ser humano desenvolve a preparação dos produtos da natureza de forma mais elaborada, surgindo assim a indústria e a arte, bem como o aparecimento da arma de fogo.

Engels concluiu pela existência, numa época primitiva, de um comércio sexual promíscuo, onde cada mulher pertencia a vários homens e cada homem pertencia a várias mulheres, dentro de uma tribo, desenvolvendo a formação de união por grupos até excluir as relações sexuais entre pais e filhos, e, posteriormente, excluir dessas relações também os

irmãos. Assevera assim, que do estado de promiscuidade formaram a Família Consangüínea, a Família Punaluana, a Família Sindiásmica e a Família Monogâmica.

Mas para esse desenvolvimento, ainda segundo Engels, houve a necessidade de divisão do trabalho e, conseqüentemente, a primeira opressão de classes, pois ao homem coube a propriedade dos instrumentos de trabalho, sendo ele quem trazia os alimentos ao seio familiar, praticamente suprimindo a figura da mulher.

Dessa forma, quanto maior a quantidade de bens, o homem se tornava mais forte dentro desse núcleo familiar, o que contribuiu para o fim da filiação feminina e o direito hereditário materno, suplantado pela filiação masculina e direito hereditário paterno. Nessa época houve a necessidade do homem assegurar a fidelidade da mulher, uma vez que a maternidade era certa e a paternidade não, passou a exercer o direito de vida e morte sobre a mulher, com vistas a resguardar aquela finalidade, apesar dessa fidelidade ser imposta somente à mulher, reservado ao homem a infidelidade, surgiram então as figuras do amante da mulher e do “marido ‘corneado’”, ainda segundo a própria expressão de Engels.

Diante desse complexo que representa o grupo social, torna-se tarefa muito difícil e delicada traçar o conceito deste grupo social, especialmente pelo fato de não constituir apenas um fenômeno jurídico, mas antes de tudo social e que deve ser analisado também do ponto de vista das outras ciências sociais, além disso, com o passar dos tempos, a composição familiar se altera.

2. AS FORMAS DE FAMÍLIA

A família é constituída de um agrupamento de pessoas que não pode ser analisado apenas sob o ponto de vista jurídico, pois nela a formação social se aperfeiçoa e desenvolve. Entretanto, a análise das relações de família, será considerada neste primeiro capítulo, no

ponto de vista jurídico, fazendo-se menção, sobre outros aspectos nos próximos capítulos, especialmente no terceiro.

Pode ser considerado grande avanço a Constituição Federal de 1988, que propiciou à família maior visibilidade e mais destaque no Capítulo VII, intitulado “Da família, da criança, do adolescente e do idoso”, dentro do Título VIII que trata “Da ordem social”. Neste capítulo o legislador constituinte estabeleceu a relevância das diversas formas de família, não somente as formadas pelo casamento, mas também às uniões estáveis, além das entidades monoparentais, entretanto, apesar de não haver “albergado outras formas de entidade familiar”, observa Sérgio Resende de Barros,

(...) não virão a opor-se ao reconhecimento legislativo, ou ao menos doutrinário e jurisprudencial, de novas formas de entidade familiar não previstas na enumeração constitucional do artigo 226 e seus parágrafos, tais como a *família anaparental*, que se lastreia no afeto familiar, mesmo sem contar com a presença de pai ou mãe, e a família homoafetiva, que também se lastreia no afeto familiar, mesmo sem conjugar um homem com uma mulher (BARROS, 2003, p. 151-152).

Como já referido, a família passou por um processo de evolução e modificação profundo, não sendo mais possível encará-la sob a ótica de conceitos e definições baseadas no modelo patriarcal, onde o pai exercia a função de cabeça do casal, dirigente do lar comum, detentor exclusivo do poder sobre toda a coletividade familiar.

Mesmo com este avanço, do ponto de vista social, barreiras ainda são encontradas hodiernamente para a caracterização dessas novas formações familiares, seja por preconceitos, apegos à família embasada no casamento ou por obstáculos e impedimentos legais, seja pela frustração pessoal que cada pessoa enfrenta no limiar do novo século, na busca por novos paradigmas.

Segundo Maria Rita Kehl, é muito comum, nos consultórios de psicanalistas, a expressão queixosa de pessoas que se frustram por não encontrarem a família esperada: “eu queria tanto ter uma família normal...!” (KEHL, 2003, p. 163), exclamam, num verdadeiro

grito de frustração.

Adolescentes filhos de pais separados ressentem-se da ausência do pai (ou da mãe) no lar. Mulheres sozinhas queixam-se de que não conseguiram constituir famílias, e mulheres separadas acusam-se de não terem sido capazes de conservar as suas. Homens divorciados perseguem uma segunda chance de formar uma família. Mães solteiras morrem de culpa porque não deram aos filhos uma ‘verdadeira família’. E os jovens solteiros depositam grandes esperanças na possibilidade de constituir famílias diferentes – isto é, melhores – daquelas de onde vieram (KEHL, 2003, p. 163).

A autora faz severa crítica ao modelo familiar buscado como ideal, nestas frustrações, enfatizando que o paradigma procurado está embasado na submissão da mulher e no comando da família, única e exclusivamente desenvolvido pelo homem, como verdadeiro “laboratório das neuroses” que a psicanálise passou a ter conhecimento, e esta transformação causa uma “crise ética” das relações que mudaram, como a família mudou e “... mudaram os papéis familiares, mas não foi substituída por outra forma de organização molecular” (KEHL, 2003, p. 172).

Tudo isso porque as pessoas incluídas no núcleo familiar passaram a ser julgadas moralmente sob três pontos de vista diferentes, “a intimidade, a amizade e a moralidade pública”, não sendo possível estabelecer qualquer padrão unificador e decisivo para as avaliações de sua moralidade, como argumenta José Arthur Giannotti (GIANNOTTI, 2003, p. 88).

Dentro desta transformação que está ocorrendo no seio da família, novas formações, paralelas àquelas já existentes e tidas como modelos ideais, constituídas pelo casamento, nos exatos moldes da lei, surgiram também as uniões estabelecidas livremente entre o homem e mulher e formações constituídas por um dos pais e seus descendentes, reconhecidas somente a partir de 1988 como entidade familiar.

Ao passo destes avanços legais, agrupamentos outros, com a mesma finalidade fraterna de desenvolvimento pessoal e social, passaram a ocupar destaque no cenário social, como as uniões homoafetivas e as formações sociais constituídas por irmãos ou primos, que

vinculados por laços afetivos, comungam de ideais de fraternidade e desenvolvimento social, na busca da felicidade. Estas formações serão analisadas com mais vagar nos próximos itens.

2.1. A FAMÍLIA E O MATRIMÔNIO

Apesar de todo o desenvolvimento social, o direito civil brasileiro, expresso pelo Código Civil, ainda mantém a família embasada no matrimônio como a principal forma familiar existente na sociedade brasileira, tal afirmação encontra fundamento também na Constituição Federal que a ela se refere inúmeras vezes, inclusive garantindo a conversão da união estável em casamento, e também o próprio direito codificado, em vigor a partir de 2002, que dispensou praticamente metade dos dispositivos referentes à família para disciplinar o casamento e as situações a ele pertinentes.

Nessa forma familiar que tem nascedouro na Antigüidade e perdura até os dias atuais, o casamento é o caminho ordinário para sua formação e praticamente o fim único de sua manutenção, uma vez que a disciplina encontra estampada na legislação civil de forma imperativa e conseqüentemente obrigatória aos envolvidos nessa união.

Esta concepção, como considera Carlos Aurélio Mota de Souza, tem o condão de garantir maior equilíbrio a este núcleo social.

Sob uma perspectiva teleológica, é maior a funcionalidade social da família matrimonial, como ambiente de procriação, humanização e socialização dos filhos. Sua maior estabilidade a credencia como núcleo mais apto à realização de suas funções, em relação à estabilidade relativa das uniões de fato, ou famílias incompletas. Basta lembrar que a presença de ambos progenitores garante a educação segura da prole, o que se estima de alto interesse social.

A família estabelecida tem deveres para com a sociedade política na qual está integrada: o dever da família é o bem comum da sociedade civil. Este interesse justifica a especial proteção à família matrimonial, diante de outros modelos familiares. Bem por isso, as políticas familiares, para serem socialmente mais eficazes, devem incentivar a preservação do tipo de família matrimonial, inclusive orientando as demais para alcançarem o máximo de estabilidade (SOUZA, 2003, p. 1115).

Seguindo o pensamento do autor, o casamento é feito para durar, disso resulta a defesa da sua indissolubilidade, sendo que o divórcio representa em verdade, a instabilidade do vínculo matrimonial, isso tendo em vista que sua estabilidade nasce no compromisso firmado em sua gênese, daí as regras rígidas aplicáveis à dissolução do vínculo e especificadas na Constituição Federal serem diferentes daquelas empregadas nos casos de separação judicial, que representa “um *minus* em relação ao divórcio” (SOUZA, 2003, p. 1116).

A chave para entender o casamento está, pois, na estabilidade, que nasce do compromisso que lhe deu origem. Casamento estável implica em duração; por sua natureza, o casamento está destinado a durar. Para tanto contribui o conceito de indissolubilidade do vínculo matrimonial, que lhe dá maior fixação, duração e estabilidade. O divórcio, ao contrário, equivale à instabilidade institucional do casamento (justamente a instituição que deveria fixar a estabilidade). E indissolubilidade, aqui, é sinônimo de fidelidade, em que o homem é feliz na medida em que é fiel aos princípios que adota, às normas que acolhe, aos valores que defende e à sociedade que ajuda a estabelecer, baseada na família em que vive ou irá construir (SOUZA, 2003, p. 1116).

A reforçar esta posição, o entendimento do professor Hélio Borghi, para quem, a indissolubilidade no direito canônico “é elemento essencial do casamento”,

(...) e, por isso, inderrogável. Ela foi utilizada, por alguns anticontratuálistas, como argumento para tentar desclassificar o casamento como contrato, o que não procede de modo algum, ao nosso ver. Tal argumentação poderia prevalecer enquanto o divórcio não havia sido incluído nas legislações de quase todos os países. Essa questão é entendida em face da doutrina pura, e mesmo aqui não se pode argumentar com a indissolubilidade, já que ela falta em quase todo o mundo, atualmente, fato que deve ser levado em consideração (*apud* SOUZA, 2003, p. 1116).

Como expõe Erich Fromm, desde o período vitoriano², “o casamento era constituído por convenção” ou entre famílias ou por pessoas especializadas em promover casamentos, se definindo com “base em considerações sociais, e supunha-se que o amor se desenvolveria uma vez realizado o matrimônio” (FROMM, 2000, p. 03), caracterizando-o, assim, como

² Período em que a Inglaterra viveu sob o reinado da rainha Vitória, entre 1837 e 1901, aproximadamente, caracterizado pelo contraste entre o desenvolvimento político-econômico e o medo velado da modernização e rapidez das mudanças, trazidas com aquele avanço.

elemento de segunda categoria.

Dessa forma, a união matrimonial se constituía sem, no entanto, levar em consideração qualquer espécie de sentimento entre as pessoas envolvidas, pautando-se por ajuste entre famílias, no intuito de preservar ou aumentar fortunas, sendo o sentimento entre os nubentes, concebido como secundário ou sequer observado.

Por outro lado, para os defensores do Direito Canônico, a indissolubilidade do vínculo se sustenta como fundamento primeiro na sua própria natureza de sacramento, estabelecendo no ser humano uma graça “santificante”, não sendo permitido renunciar a este efeito produzido, como é impossível renunciar a outros sacramentos, além disso, se fundamenta ainda que o matrimônio simboliza a relação entre Cristo e a Igreja, não sendo admitido outro regime, senão o da indissolubilidade (DANTAS, 1991, p. 46).

Esta crise da dissolubilidade do casamento é relevante, pois, somente com a Lei do Divórcio, em 1977, depois de grandes conflitos estabelecidos e a necessária criação da Emenda Constitucional nº 9, alterando o texto da Constituição de 1967, foi autorizado o divórcio no direito brasileiro. Isso após seguidas tentativas dos parlamentares defensores da tese do divórcio, como afirmou Yussef Said Cahali (CAHALI, 2000, p. 42-43).

Pode-se dizer que esta blindagem ao casamento e a sua indissolubilidade, permanece até os dias atuais, com a defesa intransigente do estabelecimento, quase perpétuo, da união instituída pelo casamento. Assim também entende Cristiàn Conen, defendendo a família matrimonial como uma realidade de “bem comum” e o divórcio,

(...) una realidad de “mal común” en tanto que atenta contra el matrimonio, radica en el cumplimiento óptimo por el matrimonio de las funciones sociales estratégicas, sin las cuales ninguna sociedad resulta viable: procreación, crianza, educación y socialización de las próximas generaciones de argentinos; equidad generacional y hábitat de amor incondicional (CONEN, 2004, p. 02).

Como se observa, o casamento talvez seja dos atos da vida civil, o mais solene. Tal solenidade não é oriunda apenas da legislação civil, eis que só surgiu com o advento da

República, em 1889, pois nos tempos remotos, quando à Igreja competia o registro dos matrimônios, a complexidade da forma já se fazia presente no casamento religioso, revestindo-o de caráter social muito imponente.

Em sua finalidade, para o direito canônico; a “procriação e educação dos filhos, a colaboração mútua entre os cônjuges e o remédio para a concupiscência”, com isso, se fazia a distinção entre “fins sociais e fins individuais do casamento que ainda encontramos hoje definidos no Código Civil brasileiro” (WALD, 2004, p. 53).

Esta posição perdura até nossos dias, examina Carlos Aurélio Mota de Souza, como sendo o casamento

(...) uma instituição de interesse social pelas suas funções e finalidades, em especial pela prole que gera e, portanto, pela formação de uma família. Como tal, o casamento não interessa à sociedade (ao Direito) enquanto relação de caráter afetivo ou sentimental; mas interessa enquanto fundamento da família e, portanto, como instituição essencial para a continuidade da sociedade, seja do ponto de vista biológico, seja pela qualificação da convivência (SOUZA, 2003, p. 1118-1119).

Orlando Gomes, por seu turno, tece algumas críticas às definições de matrimônio pois a elas se atribuem elementos “metajurídicos” ao casamento, que, “como instituto jurídico, não deve contê-los”, entretanto, não devem ser desprezados outros aspectos, “notadamente o social e o ético, necessários, sem dúvida, à compreensão de seu regime legal”, sem esquecer, atenta o doutrinador, “que o vínculo matrimonial é regulado pela lei em termos inalteráveis ao arbítrio das partes que o formam” (GOMES, 2001, p. 55-56).

O instituto do matrimônio distingue-se por traços comuns entre os povos de civilização cristã. Casamento, segundo a legislação desses povos, é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, para a constituição de uma família legítima (GOMES, 2001, p. 55).

Por isso, há discussões sobre a natureza jurídica do casamento, se se trata de um contrato ou não, bem como se é instituto de direito público ou privado. A defesa de ser o casamento um contrato, remonta ao direito canônico, com a valorização da vontade dos

nubentes, deixando relegada a intervenção do sacerdote em outro plano. Por outro lado, o argumento de que não se caracteriza como um contrato, embasa nas diferenças entre o casamento e o contrato, desde a constituição até o efetivo alcance dos efeitos (GOMES, 2001, p. 57).

O consentimento matrimonial qualifica o ato de fundação do casamento como um *contrato*. Mas o acordo de vontades entre os cônjuges institui um vínculo matrimonial que, a partir daí, cria vida própria: não fica mais submetido à vontade das partes, nem do Direito positivo, mas à sua estrutura natural. Ao transcender a vontade das partes, o casamento se identifica com o conceito de *instituição*, mais de caráter natural do que meramente legal (SOUZA, 2003, p. 1.117).

A Igreja defende a tese do matrimônio como sacramento, que segundo San Tiago Dantas, “é um meio externo pelo qual se assegura ao indivíduo certa participação na graça”, comunicando ao homem ou estado ou força que ele não tem por sua vontade natural. Dessa forma, o sacramento é “um ato externo capaz de comunicar ao homem uma força que se acrescenta à sua vontade, ou capaz de lhe modificar o estado: o batismo, a comunhão, a penitência, a ordem, a extrema-unção”, são sacramentos com tal eficácia (DANTAS, 1991, p. 43).

Outra controvérsia consiste no argumento e justificação de se tratar de instituto de direito público, pela interferência e interesse direto do Estado, protegendo as relações de família, além do fato do vínculo somente se formar com a influência deste. Tais argumentos, segundo Orlando Gomes, não procedem, pois, “o fato de ser presidido por interesses transcendentais da convivência individual”, afirma o autor,

(...) não é suficiente para situá-lo no campo do direito público, nem aceitável a suposição de que esses interesses hajam levado o Estado a regular o estado matrimonial em termos de assimilação de suas obrigações aos deveres de direito público. Quanto à formação do ato, a participação da autoridade pública não é elemento essencial, mas o consentimento dos nubentes. O pronunciamento do juiz tem cunho declaratório, limitado na sua função a completar o ato de vontade dos nubentes; não lhe retirando a natureza de ato de direito privado (GOMES, 2001, p. 57).

Malgrado estas controvérsias, é interessante anotar que houve uma queda

considerável, no correr dos anos, quanto à realização de casamentos oficiais. Esta diminuição corrente do número de casamentos reflete a opção das pessoas por uniões familiares menos complexas ou não oficiais, que atenda aos anseios da nova estrutura social que se forma e evolui muito rapidamente, demonstrando inclusive, de forma efetiva, que “a mulher vem sendo elemento definidor na quebra da estrutura patriarcal” (PEREIRA, 2003, p. 27-28).

Na visão de Rodrigo da Cunha Pereira, a mutabilidade da noção conceitual de casamento, oriunda especialmente da mudança dos costumes, fez com que este conceito evoluísse e se modificasse, com o passar dos tempos.

O que antes era determinante para a constituição da família no Brasil já foi alterado pela Constituição de 1988, ou seja, no atual ordenamento jurídico a família não se constitui somente pelo casamento. Há também outras formas de família, como já se disse anteriormente (CF, art. 226). O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.511 diz que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (PEREIRA, 2003, p. 26-27).

São estas outras formas de constituição da família que serão tratadas a seguir, começando pela família constituída através da união livre entre o homem e a mulher, reconhecida como união estável.

2.2. A FAMÍLIA DE FATO

Em contrapartida à forma familiar constituída pelo casamento, a família de fato nasce como um fator social diante da impossibilidade das pessoas casadas e separadas de fato constituírem nova união sob aquele aspecto, uma vez que o casamento no Brasil era indissolúvel e conseqüentemente impossível a realização de novo casamento.

Essa proibição, imposta às pessoas, fez com que procurassem meios alternativos para a constituição e manutenção de uma nova família, esta muito mais próxima da realização afetiva, pois o vínculo formado não garantia e gerava direitos aos envolvidos, o que foi

conseguido com o passar dos tempos, enfrentando grande resistência.

A união familiar entre pessoas de sexo diferentes, impedidas de se casarem, formava o que se cunhou de concubinato, eivado de restrições, sendo certo inclusive, a discussão sobre a inserção do assunto no campo do direito de família ou em outro ramo do direito, como considerou Pontes de Miranda.

O concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição de direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são. Isso não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessem pelo fato de existir socialmente o concubinato. Assim, serve ele de base à reivindicação dos bens comuns doados ou transferidos pelo marido à concubina (CC, arts. 248 e 1.177); à ação de investigação de paternidade, nos casos do art. 363, I, etc. A legislação social o vê (MIRANDA, 1971, p. 211).

Ao arrepio da legislação vigente, que sempre pautou o matrimônio como fonte exclusiva da família e que não reconhecia outro vínculo como entidade familiar, este fato social passou a ganhar espaço no meio jurídico e os tribunais começaram a construir, através das decisões, os direitos às pessoas envolvidas sob esta relação.

Como o fato social ganhou contornos de grande monta na nossa sociedade, apesar da resistência referida, a jurisprudência passou a garantir direitos, especialmente patrimoniais para estas uniões, baseadas no Direito das Obrigações, visando afastar o enriquecimento ilícito das pessoas envolvidas.

Esta interpretação tornou-se dominante, como se observa do aresto do Superior Tribunal de Justiça:

“CONCUBINATO. SERVIÇOS PRESTADOS. INDENIZAÇÃO.

São indenizáveis os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro, ainda que decorrentes da própria convivência. Precedentes. Recurso especial conhecido, em parte, e provido.” (4ª Turma, Resp. N. 88.524/SP, Rel. Min. Barros Monteiro)

Ao longo dos tempos este arranjo dado para permitir o direito da pessoa, ganhou cada vez mais espaço dentro dos tribunais superiores, culminando com a necessidade de se

regulamentar por meio de legislação própria, uma vez que num tom uníssono, pretendia estabelecer, principalmente à companheira, o direito à verba indenizatória, pelos serviços prestados e além disso, impedir o enriquecimento sem causa do companheiro.

“Concubinato. Indenização por serviços domésticos. Reconhecimento do direito da mulher. Fatos anteriores à Lei da União Estável e à Constituição Federal. Negando o acórdão recorrido que a mulher tenha contribuído para a formação do patrimônio, rever tal assertiva importaria reexame dos fatos, vedado pela Súmula 7/STJ. Defere-se, no entanto, conforme orientação pacífica das Turmas da Segunda Seção, indenização por serviços domésticos” (3ª Turma, REsp n. 132.826/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro)

“CIVIL. CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. INEXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO A PARTILHAR. SERVIÇOS PRESTADOS. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. QUANTUM. LIQUIDAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA.

I – Circunstâncias especiais, pelas quais não se afere a efetiva participação de um dos envolvidos na formação do patrimônio, podem ensejar indenização em decorrência da convivência concubinária. Em outras palavras, não havendo patrimônio a partilhar, tem a companheira o direito de pleitear indenização pelos serviços prestados ao concubino.

II – Não obstante o provimento do recurso e a conseqüente procedência do pedido, fica para a liquidação, no caso, a apuração do quantum indenizatório, considerando a necessidade de demonstração de circunstâncias fáticas não presentes nos autos.” (4ª Turma, REsp n. 182.550/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

Entretanto, como se observa do julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em meados do século XX, esta orientação não era pacífica, mas reconhecia o direito à indenização para evitar o enriquecimento sem causa da outra parte, o que demonstra a situação em que viviam as pessoas, especialmente as mulheres, envolvidas nessa relação familiar.

AÇÃO RESCISÓRIA – Decisão proferida contra literal disposição de lei – Reconhecimento à concubina dos direitos à metade dos bens de seu ex-companheiro, adquiridos mediante o esforço comum – Inexistência de violação de preceito legal ou de atribuição de validade de atos ilícitos ou imorais – Ação Improcedente.

A jurisprudência predominante não reconhece direitos derivantes das relações de concubinato, mas sim veda o enriquecimento ilícito decorrente do aproveitamento do esforço da companheira na realização do patrimônio comum; não premia a ligação ilícita, mas sim os serviços prestados em benefício comum; não viola dispositivo constitucional protetor da família,

mas sim reconhece e ampara situações de fato, fortalecidas por longo decurso de tempo, em que houve a formação de um patrimônio comum, produto de esforços de ambos; não valida atos nulos, mas consolida situações jurídicas fortemente amparadas pela equidade; não foge, por fim à consagração jurídica, antes a ela se ajusta. (RT 276/494)

Oportuno, no julgamento citado, a análise quanto à legalidade e moralidade, na decisão do processo que deu origem à ação rescisória e à jurisprudência predominante, repetindo-se uma vez mais, que,

(...) não reconhecem direitos derivantes das relações de concubinato, mas sim vedam o enriquecimento ilícito decorrente do aproveitamento do esforço da companheira na realização do patrimônio comum; não premiam a ligação ilícita, mas sim os serviços prestados em benefício comum; não violam dispositivo constitucional protetor da família, mas sim reconhecem e amparam situações de fato, fortalecidas por longo decurso de tempo, em que houve a formação de um patrimônio comum, produto dos esforços de ambos; não validam atos nulos, mas consolidam situações jurídicas, fortemente amparadas pela equidade; não fogem por fim, à consagração jurídica, antes a ela se ajustam. (RT 276/494)

Sensível, pelo menos à necessidade de preservar direitos, o Supremo Tribunal Federal editou duas relevantes súmulas sobre a matéria, buscando com isso, a garantia da manutenção da ordem, sem entretanto, reconhecer a família constituída³.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a união estável passou a ser perfilhada como entidade familiar, ocupando expressamente o capítulo destinado à família, reconhecimento constitucional, pacificando e extirpando as dúvidas existentes a respeito dessa união familiar.

Esta consideração foi de muita relevância, pois, é nesse tipo de entidade familiar que a presença do afeto, nas relações do direito de família, ganha maior vulto e chama ainda mais a atenção, pois se caracteriza como um valor e fonte única de sobrevivência, especialmente porque as mulheres que se envolviam sob essa espécie de família eram completamente

³ Este o teor da súmula 380, da Sessão Plenária de 03 de Abril de 1964: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” e Súmula 382, da Sessão Plenária de 03 de Abril de 1964: “A vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxorio’, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

discriminadas e viviam de forma secundária o que indica a importância do sentimento nutrido para enfrentar as amarras de uma sociedade cuja fonte da entidade familiar era o casamento.

Segundo José Sebastião de Oliveira, muito importante para as pessoas deste tipo de relação é a liberdade que,

(...) é a palavra central que permeia todas as novas espécies de constituição familiar. Liberdade para escolher o parceiro; liberdade para expandir suas aptidões pessoais; liberdade de diálogo; liberdade contra o falso moralismo que ainda está impregnado nos discursos de alguns grupos sociais; liberdade para ser feliz!

Esta é a tônica da união estável, e é sobre estas premissas que desenvolveremos a análise desta intrigante forma de família, há muito tempo existente faticamente, mas sem o beneplácito do direito positivo, e que encontrou na Constituição Federal de 1988 um grande marco (OLIVEIRA, 2002, p. 144-145).

A construção jurisprudencial, como verdadeira alternativa ao engessamento das leis no direito de família, levou o legislador constituinte a reconhecer essas relações como forma de família e determinar a sua regulamentação por meio de leis ordinárias tendo em vista o clamor factual e a necessidade de ordenação.

Dessa forma, foi promulgada a lei nº 8.971, de 29 de Dezembro de 1994, que “regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão”, conforme dispõe sua ementa. Esta foi a primeira lei ordinária a dar tratamento ao assunto, sendo que em seu art. 1º faz referência expressa à existência de união entre uma mulher, ‘companheira’ e um homem, solteiro, viúvo, separado judicialmente ou divorciado e que vivam por mais de cinco anos ou tenham prole comum, garantindo-lhes direito a alimentos, enquanto não constituírem nova união e desde que provada a necessidade.

Esta mesma legislação garantiu a participação da companheira ou companheiro sobrevivente na sucessão dos bens deixado pelo falecido. Importa salientar que a legislação não fez expressamente referência à união estável ou à entidade familiar, reportando-se apenas aos companheiros, sob a ótica dos alimentos e da sucessão (VENOSA, 2003, p. 455).

A inserção do direito aos bens, havidos com a sucessão, levou à conclusão do direito

de partilha em vida, quando do término da união familiar, como anota Francisco José Cahali.

Embora fale em participação apenas quando do falecimento, obviamente a mesma regra valerá para a apuração quando da dissolução em vida, pois a titularidade, e o eventual direito à partilha, têm sua origem na aquisição dos bens durante a união, e não pela morte de um dos conviventes, que será, simplesmente, o momento para se exercer o direito ao patrimônio (CAHALI, 2002, p. 37).

Pretendendo regular o disposto no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, foi promulgada a Lei nº 9.278 de 10 de Maio de 1996, esta sim, fazendo expresse reconhecimento, como entidade familiar, da ‘convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família’, conforme artigo 1º.

O Código Civil de 2002 tratou especificamente do tema, no Título III, ‘Da união estável’, em cinco artigos, sem qualquer menção à legislação em vigor, apesar de tratar da mesma matéria. Inovou mais especificamente ao disciplinar como concubinato, ‘as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar’.

Não houve clareza por parte do legislador, com isso, a sistematização dos direitos dos companheiros é mais difícil, importando inclusive, na dificuldade de harmonização entre os efeitos da união estável e do casamento, deixando este de ser compartimento isolado, e única fonte da família, pois até mesmo a Constituição admite entidade familiar fora do casamento, “mudou a família e mudamos nós na forma como encará-la” (VENOSA, 2003, p. 449-450).

Hoje é possível afirmar sobre a existência da família constituída apenas pelo vínculo de afeto presente entre um homem e uma mulher que se envolvem e desenvolvem seu papel, em verdadeira forma familiar e independente do matrimônio, mas com direitos e obrigações a cada um de seus membros devidamente regulamentado pela legislação.

2.3. A FAMÍLIA MONOPARENTAL

Em 1988, a Constituição Federal albergou esta forma de família no parágrafo 4º do art. 226, dispondo “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, aliança conhecida como família monoparental.

Eduardo de Oliveira Leite, anuncia em sua obra “Famílias Monoparentais” que esta formação familiar foi enfrentada originariamente na Inglaterra, em 1960 que ficou “impressionada com a pobreza decorrente da ruptura do vínculo matrimonial e com as conseqüências daí advindas”, passando a incluir esta entidade familiar “nos seus levantamentos estatísticos” (LEITE, 2003, p. 21).

Um pequeno núcleo composto pelo pai e seus filhos ou filhas ou mesmo pela mãe e seus filhos ou filhas, o que é possível ou em virtude do falecimento de um dos ascendentes, em conseqüência da separação judicial ou de fato e do divórcio que culminou na extinção do vínculo matrimonial, sem mencionar as separações de pessoas que se compunham em união estável.

Além desses casos, Leite destaca como fatores determinantes desse fenômeno, o celibato, incluindo na expressão tanto os “celibatários que moram, por exemplo, com os pais, quanto aos solteiros que moram isoladamente” (LEITE, 2003, p. 33), a união livre que caracteriza a “tendência que aproveitou todas as evoluções, reformas e liberalizações recentes”, exatamente porque, aquela vontade

(...) de um compromisso pessoal frente à sociedade, com a pessoa que se ama, a aspiração à duração e à estabilidade, a procura da segurança afetiva e material, o desejo de fundar uma família, vinculando-se nas famílias dos ascendentes de ambos os nubentes, enfim, tudo isto que significa o casamento, não representa mais o modelo e não é, tampouco, meta das novas gerações (LEITE, 2003, p. 45).

Enumera ainda o autor, as mães solteiras, como outro fator na formação desta entidade familiar, merecendo determinada evidência, pois sob a égide de “família monoparental” é possível englobar “um conjunto de situações bastante diferenciadas”, não se

permitindo uma interpretação restritiva.

Quando se fala em “mãe solteira”, a imagem que nos vem ao espírito é, imediatamente, a de uma mulher grávida abandonada pelo genitor desta criança quando, na realidade, esta categoria tende a desaparecer, substituindo-se por uma maternidade voluntária, querida e desejada, conforme se acabou de precisar (LEITE, 2003, p. 59).

Para finalizar, em sua monografia específica sobre o tema, Leite indica ainda a viuvez, “o acesso da mulher ao mercado de trabalho, o controle da concepção, uma certa indulgência social e as mudanças na legislação ordinária civil” como “elementos não negligenciáveis na apreciação do perturbador fenômeno” (LEITE, 2003, p. 60).

Assim, há quem exponha também, a possibilidade de se estabelecer entidade familiar monoparental, por meio de fecundação assistida, permitindo-se à mulher solteira, a utilização de mecanismos artificiais de reprodução, para a criação de uma nova família, embasada na Constituição Federal, com o argumento de que “não há provas concretas, mas mera especulação, de que uma criança que tenha como mãe mulher só possa ser socialmente mais desajustada que outra rejeitada pelo pai biológico” (SÁ, 2004, p. 439).

Sustenta a autora Maria de Fátima Freire de Sá que a família faz uma “travessia para o novo milênio”, com a alteração de valores, trazendo

“(…) consigo um valor que é uma conquista, ou seja, a família não é mais essencialmente um núcleo econômico e de reprodução em que sempre esteve instalada a suposta superioridade masculina. Nessa travessia, carregamos a ‘boa nova’ de que ela passou a ser muito mais o espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor e, acima de tudo, embora sempre tenha sido assim, e será, o núcleo formador da pessoa e fundante do sujeito” (SÁ, 2004, p. 435-436).

Parece ser esta a vontade da nova ordem familiar, estendendo o conceito e impedindo a interpretação restritiva e preconceituosa, enraizada no modelo tradicional da família, cuja fonte exclusiva seja o casamento.

A proteção da família monoparental importa também no reconhecimento de direitos que não lhe podem ser excluídos, até mesmo pelo fato de ter *status* constitucional, sendo

deveras necessário o seu reconhecimento para não causar prejuízos, em última análise, às pessoas envolvidas nesta forma de união familiar.

Resta saber como o Direito vai regulamentar, de maneira uniforme, uma realidade tão dicotômica na sua manifestação social. É válido concluir que, se a sociedade engendrou e “legitimou” a opção pessoal, e o direito de viver de outra forma que aquela até então ditada pelo modelo mais tradicional, esta mesma sociedade deverá adaptar a nova realidade a estruturas e esquemas que sempre visualizaram o ambiente familiar constituído a partir da relação social que se estabelece entre homem e mulher.

Ora, a monoparentalidade, na sua essência, nega exatamente a possibilidade desta relação. E, neste sentido, poder-se-ia concluir com Sota e Aballéa que ela é “mais que uma mudança na família, ela já é um início de mudança na sociedade” (LEITE, 2003, p. 70).

A este exemplo, o entendimento pacífico da jurisprudência dominante, do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a impenhorabilidade do bem de família às pessoas envolvidas nesta forma familiar:

EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL RESIDENCIAL – DEVEDOR SEPARADO JUDICIALMENTE QUE MORA SOZINHO

Com a separação judicial, cada ex-cônjuge constitui uma nova entidade familiar, passando a ser sujeito da proteção jurídica prevista na Lei nº 8.009, de 29 de Março de 1990. Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial nº 218.377 – Espírito Santo. Brasília, 20 de Junho de 2000 – DJU 11.09.2000)

Tamanha a preocupação e o sentido de proteção à pessoa, fundamento da família e do Estado brasileiro, que o Superior Tribunal de Justiça, firmou posição,

(...) em situações anteriores, aplicando a legislação federal em sua inteireza, de sorte a cumprir a intenção constitucional correspondente, estendeu a intenção protetiva do legislador a situações não previstas, como aquelas de pessoas solitárias. No sentido que empregamos no título, entendemos *peçoas solitárias* aquelas que vivem sozinhas, não necessariamente em estado de solidão, em razão de separação, mas também motivadas por divórcio ou viuvez (ALBUQUERQUE FILHO, 2001, p. 63).

Ao lado e intimamente ligada à gênese da família mononuclear ou monoparental, a família cunhada como anaparental, estruturada com base nas relações de afeto e muitas vezes sem vinculação específica no parentesco, como será analisado no item seguinte, carece de proteção, até mesmo pela proteção à pessoa, que em última instância é a base de tudo.

2.4. A FAMÍLIA ANAPARENTAL

Com amparo nas relações constituídas e embasadas no afeto, já se defende a família formada por pessoas que se vinculam de forma sentimental e praticamente sob os mesmos propósitos fraternos da família tradicional, sem entretanto, estarem vinculadas necessariamente, à presença da ascendência paterna ou materna.

Assim, por exemplo, a família constituída por irmãos ou irmãs, primos e primas, que vivam sob o mesmo teto, compartilhando as obrigações e guiando pelos princípios fraternos e norteadores da família moderna.

Esta família, cunhada por Sérgio Resende de Barros como “anaparental”, se baseia no afeto, mesmo não estando presentes pai e mãe, explicando ainda sobre a formação do termo, como sendo de “origem grega, o prefixo ‘ana’ traduz idéia de privação. Por exemplo, ‘anarquia’”, significando uma sociedade que vive “‘sem governo’”. Esse prefixo me permitiu criar o termo ‘anaparental’ para designar a família sem pais” (BARROS, 2003, p. 07).

Elucidativa a opinião de Maria Berenice Dias, em seu “Manual de Direito das Famílias”, sobre a necessidade de reconhecimento deste grupo social familiar, para garantir direitos mínimos às pessoas, citando como exemplo, a convivência de duas irmãs, por longos anos, que

(...) conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial de ambas constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. Também reconhecer mera sociedade de fato e invocar a Súmula 380, para conceder somente a metade dos bens à sobrevivente, gera flagrante injustiça para com quem auxiliou a amealhar o dito patrimônio. A solução que melhor se aproxima de um resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida convivia, a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária. Ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável (DIAS, 2005, p. 47).

Arremata a autora, afirmando ainda que “estas estruturas de convívio em nada se diferenciam da entidade familiar de um dos pais com seus filhos e que também merece proteção constitucional” (DIAS, 2005, p. 47).

Note-se que a proteção desta entidade familiar, sem entretanto, denominá-la como tal, já vem ocorrendo na práxis dos tribunais superiores, com o alargamento do conceito de família para pessoas solteiras, visando a preservação do imóvel residencial, como bem de família, donde se extrai a seguinte lição:

CIVIL – IMÓVEL – IMPENHORABILIDADE – A Lei nº 8.009/90, o art. 1º precisa ser interpretado consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. “Data venia”, a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas, ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, “data venia”, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal. (REsp. 182.223/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, v.u. 19/08/1999, DJ 10/05/99, p. 234)

Desse modo, como será observado mais adiante, no item 5 deste capítulo, é sustentado um alargamento da definição de família, caracterizando esta estrutura familiar, exemplo da necessidade do estabelecimento de nova interpretação para estes recentes paradigmas familiares apresentados na dinâmica social moderna.

2.5. A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Outra união que ganha contorno familiar, cercada de preconceitos e que ainda não encontrou o respaldo legal, mas pode-se afirmar que seu elemento propulsor é o afeto, caracteriza-se pela união entre pessoas do mesmo sexo, uma realidade que em nossa época o direito não pode deixar de disciplinar, sob pena de gerar injustiças e discriminações, carecendo de um debate mais intenso para sua definição e efetivação jurídica.

Os relacionamentos homossexuais sempre existiram: ‘Antes mesmo de ter sido escrita a primeira linha da Bíblia, já existiam documentos, no antigo Egito, há mais de cinco mil anos que descrevem relações sexuais entre dois deuses e dois homens’ (GRIGOLETO, 2004, p. 45).

Observa-se assim que as barreiras dessa forma de união, apesar de antiga, não foram suprimidas pelo passar dos anos, pois ainda em nossos dias não foi elevada ao status de família. Parece haver necessidade de ser reconhecida como tal, pois contemporaneamente, a família não tem por base mais a proteção da propriedade e sim a relação afetiva de cada um de seus membros e nesse aspecto, afirma Karina Schuch Brunet,

(...) não se pode negar as ligações afetivas que existem entre pessoas do mesmo sexo. A homossexualidade é um fato latente na sociedade, que insiste em fechar os olhos para essa realidade. O preconceito impera fazendo com que estas pessoas vivam sua afetividade à margem da sociedade política e juridicamente organizada. É preciso que se abra o debate para a questão das uniões entre pessoas do mesmo sexo, numa perspectiva jurídica (BRUNET, 2001, p. 80).

Nesta esteira, o clamor das pessoas sob esse tipo de união, pelo reconhecimento e respeito, é importante e real: primeiro para não gerar dissabores aos envolvidos sob essa forma de união, segundo, para que essa forma familiar tenha a ‘especial proteção do Estado’, nos termos da Constituição Federal, garantindo-se com isso, a dignidade da pessoa humana que se desenvolve em seu núcleo.

Com propriedade, a própria autora argumenta que a sociedade,

(...) só se transforma e completa porque a família evolui. Negar a transformação e a evolução da família é uma atitude conservadora, preconceituosa e opressora, em que se identifica uma estrutura política de

manutenção da ideologia dominante. A admissão de novas configurações familiares pressupõe a admissão de novos agentes participativos e ativos nas decisões políticas de uma dada sociedade, o que pode não interessar a determinadas classes que detêm o poder (BRUNET, 2001, p. 81).

Nestas relações familiares não se pode negar o caráter eminentemente afetivo, que tenta a todo custo ocupar o espaço físico das disposições marcadamente patrimoniais, sempre estudadas com maior relevo no campo familiar, mas que se mostram incapazes de solucionar os conflitos estabelecidos diante dessa nova ordem, “não se tem conseguido mais a subsunção da norma ao fato nas questões de direito de família”, exatamente porque alguns “fatos que se concretizam no mundo não encontram qualquer correspondente legal. A sociedade é outra, a família é outra e o Direito insiste em se manter o mesmo” (BRUNET, 2001, p. 86).

Parece relevante o reconhecimento jurídico dessa forma de união coletiva como entidade familiar, bem como a concretização dos direitos dos envolvidos sob este aspecto de família para que a dignidade da pessoa humana, independentemente de sua preferência sexual, seja respeitada e assegurada, esta a defesa de estudiosos, como Sérgio Resende de Barros, que enfoca sua existência muito antiga e sua recusa frente a preconceitos existentes, ponderando a impossibilidade de priva-la dos direitos de família fundamentais e operacionais, pois ingressa nos dias de hoje,

... em acelerado processo de afirmação, esse tipo de família, cujo suporte psíquico é o afeto homossexual, exige ser reconhecido pela legislação do Direito de Família, pois nada justifica excluir dos direitos humanos nenhum dos seus integrantes – inclusive as crianças adotadas ou, mesmo, as procriadas como filhos por inovadores processos de concepção e gestação (BARROS, 2003, p. 153).

O argumento de que a sociedade formada entre pessoas do mesmo sexo seja uma sociedade civil e não uma entidade familiar, parece sugerir um preconceito velado, pois apenas identifica o caráter discriminatório que essas pessoas atravessam na sociedade, uma vez que a sua finalidade é a mesma daquela composta por pessoas de sexos diferentes.

Esta tem sido a tônica dos Tribunais, afastando o caráter familiar da relação homoafetiva, como se observa do seguinte aresto referente à competência da Vara de Família ou da Vara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, julgado em 28 de Abril de 2004:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO – Competência – Reconhecimento e dissolução como sociedade de fato – Relacionamento que não configura entidade familiar de acordo com o ordenamento jurídico vigente, afastando a apreciação pelo Juízo da Vara de Família – Julgamento afeto ao juízo cível.

Ementa Oficial: As uniões homoafetivas não são instituição familiar à luz do ordenamento jurídico vigente. A realidade da sociedade de fato entre as pessoas de mesmo sexo merece tratamento isonômico quanto ao reconhecimento, dissolução e partilha de bens adquiridos durante a convivência, mas perante o juízo cível. A observância do princípio da dignidade da pessoa humana implica reconhecer a existência de direitos advindos dessas uniões equiparadas àquelas provenientes de uniões heterossexuais, a fim de se evitar qualquer tipo de discriminação em razão da opção sexual, contudo não tem o condão, por ora, de alterar a competência do juízo de família. (RT 828/307) (grifo nosso)

Dessa forma, não basta apenas o reconhecimento da chamada ‘união civil’, como pretendem a jurisprudência e os projetos em discussão na Câmara dos Deputados⁴, que no fundo, se apresentam evitados de caráter discriminatório, pois sua regulamentação fica mais próxima do direito obrigacional que propriamente do direito de família, o que contribui para a manutenção, senão o aumento do preconceito já existente.

Este tipo de regulamentação distancia ainda mais o caráter afetivo e de família⁵ que motivam este tipo de agrupamento social, circunscrevendo apenas, no âmbito das consequências patrimoniais decorrentes dessa sociedade.

⁴ De autoria da então Deputada Marta Suplicy, Projeto de Lei nº 1.151 de 1995, disciplina a união civil de pessoas do mesmo sexo, ‘visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão’, conforme determina o seu art. 1º, foi o primeiro a ser apresentado sobre o tema. Nele a união civil entre pessoas do mesmo sexo se faria ‘mediante o registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais’, art. 2º. Outro projeto, de nº 5.252 de 2001, do então Deputado Roberto Jefferson, prevê a instituição do que cunhou ‘Pacto de Solidariedade’, visando a exclusão da expressão ‘pessoas do mesmo sexo’, estabelecendo a união entre pessoas, protegendo o direito à propriedade, à sucessão e outros mais regulados pelo projeto.

⁵ Importante anotar que o primeiro projeto apresentado, antes referido, traz em sua justificativa a seguinte observação: “Relacionamentos pessoais baseados num compromisso mútuo, laços familiares e amizades duradouras são parte da vida de todo ser humano. Eles satisfazem necessidades emocionais fundamentais e provêm a segurança e aconchego em horas de crise em vários momentos da vida, inclusive na velhice. São um poderoso instrumento contra a falta de raízes, protegem e mantêm a integridade dos indivíduos. Com essa intenção, a relação permanente e compromissada entre homossexuais deve existir como possibilidade legal”. (Diário da Câmara, terça-feira, 21 de Novembro de 1995). Embora tal justificativa, não se atribui o caráter familiar às relações que o projeto visa regulamentar.

Muito embora as relações sem o devido respaldo legal encontrem abrigo na Constituição Federal de 1988, que apenas elencou como entidade familiar, a união estável entre homem e mulher e aquela formada por um dos pais e seus descendentes, por ser “uma norma de inclusão, como registra Paulo Luiz Netto Lôbo, a enumeração é meramente exemplificativa, o que não permite ‘excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade’” (*apud* DIAS, 2004, p. 393), a regulamentação e, acima de tudo, o reconhecimento como grupamento social familiar é extremamente relevante para a supressão das barreiras e preconceitos, pois “o afeto é elemento identificador das entidades familiares, esse mesmo sentimento serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais” (DIAS, 2004, p. 394).

Há necessidade de se proporcionar ampla abertura ao debate, para que seja possível romper o preconceito existente e o apego ao matrimônio como fonte quase exclusiva de família. Os tempos mudaram, os avanços ocorreram em diversos setores da sociedade, por isso, a mudança de postura e de paradigma é relevante também para o direito de família, assim como para todos que direta ou indiretamente são envolvidos por este ramo do direito.

Dessa forma, o primeiro argumento para a conquista desse status é a ruptura com a ordem posta e estabelecida, reconhecendo que o afeto tem fundamental importância para estas relações, independentemente da opção sexual. Além disso, a reunião destas pessoas, sob tais circunstâncias, não tem finalidade outra, senão a constituição de um núcleo para compartilhar as agruras da vida, as alegrias e tristezas, as conquistas e derrotas, e também o desenvolvimento do papel que cada protagonista desempenha na vida familiar.

Com as discussões, acerca do tema, será possível observar que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, denominando-a família, com direitos e obrigações próprias de cada membro dessa célula social, sem restrições a direitos, aqui também compreendidos aqueles relacionados a terceiros, filhos e parentesco, importará

na ruptura da posição anterior e na formulação de uma nova situação legal, ampliando-se assim, ainda mais, o conceito de família.

Não parece ser critério de justiça, deixar de atribuir a este grupo social, reconhecimento de 'família', pois 'pacto de solidariedade' ou mesmo 'união civil', impõem um certo distanciamento do fulcro da questão: unidade de afeto, um dos elementos formadores da família, talvez o mais importante hoje em dia.

É importante ainda observar os direitos que envolvem as pessoas sob esta forma familiar, seja em relação aos direitos patrimoniais ou mesmo no que diz respeito aos direitos que envolvam terceiros, em especial os filhos. Neste contexto, torna relevante estudar a adoção por pessoas que vivam sob as uniões homoafetivas, apesar de ainda haver grande preconceito sobre o tema, algumas decisões passam a pontuar o cenário jurídico, concedendo este direito tanto aos adotantes como aos adotandos.

Maria Berenice Dias, em estudo intitulado "União homossexual: aspectos sociais e jurídicos", aduz que "não há qualquer impedimento no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a capacidade para a adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante",

sendo expresso o art. 42 ao dizer: "Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil." A única objeção que poderia ser suscitada seria face aos termos do art. 29: "Não se dará a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado." No entanto, o princípio que deve prevalecer é o do art. 43: "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivo legítimo." Ao depois, é de se atentar na nossa realidade social, com um enorme contingente de menores abandonados em situação irregular, que poderiam vir a ter uma vida com mais dignidade. Assim, não há como se ter por incompatível com a natureza da medida a relação, ainda que homossexual, que possua as características de uma união estável, em que exista um lar respeitável e duradouro, cumprindo os parceiros os deveres assemelhados aos dos conviventes, como a lealdade, a fidelidade, a assistência recíproca, numa verdadeira comunhão de vida e de interesses (DIAS, 2000, p. 09).

Ainda neste mesmo estudo, a autora faz referência à pesquisa realizada há algum tempo nos Estados Unidos, sobre a influência da orientação sexual dos pais para os filhos.

Na Califórnia, há pesquisadores que, desde meados de 1970, vêm estudando famílias formadas por lésbicas e gays. Concluíram que crianças com os dois pais do mesmo sexo são tão ajustadas quanto as crianças com os pais dos dois sexos. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças (Filhos de Lésbicas e Gays: FLAKS, FICHER, MASTERPASQUA & JOSEPH, 1995; GOTTMAN, 1990; PATTERSON, 1992,1994, – in HARRIS, Judith Rioch. Diga-me com quem anda... Ed. Objetiva, 1999. p. 80) (DIAS, 2000. p. 09).

Dentro deste contexto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, instado a se pronunciar recentemente, em recurso de apelação proposto pelo Ministério Público, manteve decisão de primeira instância, concessiva da adoção, com ementa assim redigida:

Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas do mesmo sexo. Possibilidade.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. (Ap. Cível nº 70013801592, 7ª Câm. j. 05.04.2006)

De referido aresto se extrai importantes lições que se relacionam estreitamente com a exposição aqui formulada, especialmente no voto do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, relator do julgamento que demonstra propriedade nas argumentações.

Com efeito, o tratamento das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não consagradas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato.

Houve resistências? Certamente sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno é rigorosamente o mesmo. Não se está aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito

mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade. É uma questão de opção, ou de determinismo, controversa esta acerca da qual a ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de qualquer forma, é uma decisão, e, como tal, deve ser respeitada.

Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o amor. São relações de amor, cercadas, ainda, por preconceitos. Como tal, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.

(...)

Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento jurídico às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto. (Ap. Cível nº 70013801592)

Finalmente, depois de citar estudos realizados na França, Estados Unidos e Espanha, conclui o Desembargador Relator que “não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores”, sendo o momento “de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal)”. (Ap. Cível nº 70013801592)

Importante ainda, o voto da Desembargadora Maria Berenice Dias, que acompanha o Relator, entretanto, com muita propriedade, fundamenta o grande valor do afeto para esta forma familiar, trazendo luz à discussão.

A Justiça tem por finalidade julgar os fatos da vida. E hoje temos diante dos olhos um fato: dois meninos têm duas mães. Esse fato a Justiça não pode

deixar de enxergar.

Desde que nasceram, essas crianças foram entregues pela mãe biológica ao casal de lésbicas e por elas são criadas. Para criarem um vínculo jurídico, para assumirem a responsabilidade decorrente da maternidade, fizeram uso – como bem disse o Relator – de um subterfúgio: uma delas buscou a adoção. Mas passaram eles a ser criados por ambas, reconhecem as duas como mães, assim as chamam. Consideram-se filhos de ambas, ou seja, detêm com relação a elas a posse de estado de filho, estabelecendo com suas mães um vínculo de filiação.

De há algum tempo a Justiça já vem emprestando maior prestígio ao vínculo afetivo. É este que é reconhecido como o prevalente ao biológico. Paulo Lobo, um dos nossos juristas maiores, inclusive encontra, em cinco normas constitucionais, fundamento de que a filiação não é estabelecida pelo critério biológico, mas pelo critério afetivo. Essa foi a escolha do legislador constitucional. Ao dizer a Constituição que todos os filhos são iguais independentemente de sua origem, não está preocupado com a verdade biológica (CF § 6º do art. 227). Ao estabelecer nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo a igualdade de direitos, também faz uma escolha pela filiação afetiva. Ao referir à “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, inclui os filhos adotivos, com a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida, não sendo relevante a origem ou a existência de um outro pai, que seria o genitor (CF, § 4º do art. 226). O direito à convivência familiar e não à origem genética constitui prioridade absoluta de crianças e adolescentes (CF, art. 227, *caput*). Igualmente o legislador, ao impor a todos os membros da família o dever de solidariedade de uns aos outros: dos pais para os filhos e dos filhos para os pais e de todos em relação aos idosos, também não está priorizando a filiação biológica (CF arts. 229 e 230). Assim, tem assento constitucional a priorização da filiação afetiva ou socioafetiva, como alguns preferem dizer.

(...)

É chegada a hora de acabar com a hipocrisia e atender ao comando constitucional de assegurar proteção integral a crianças e adolescentes. Como há enorme resistência de admitir a adoção por um par homossexual, mas não há impedimento a que uma pessoa sozinha adote alguém, resolvendo o casal constituir família, somente um busca a adoção. Não revela sua identidade sexual e no estudo social que é levado a efeito, não são feitos questionamentos a respeito disso. A companheira ou o companheiro não é submetido à avaliação e a casa não é visitada. Via de conseqüência, o estudo social não é bem feito. Para a habilitação deveria atentar-se a tudo isso, para assegurar a conveniência da adoção. Aliás, este foi o subterfúgio utilizado pelas mães dessas crianças. (Ap. Cível nº 70013801592)

A decisão pioneira do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem no momento oportuno, para mobilizar os agentes do direito, aclarando o pensamento e buscando divorciar-se dos preconceitos pré-estabelecidos que servem muito mais à manutenção de injustiças, e menos contribuem para a finalidade última do direito.

Não se pretende por outro lado, instituir, definitivamente, o casamento de pessoas

que compartilhem a mesma orientação sexual, mas levar em conta o respeito de um enlace afetivo, como similar àquele encontrado nas outras formas de família, não menos relevante para o advento da real aplicação do princípio da dignidade humana e dos princípios que orientam a família, tanto para os envolvidos diretamente, como àqueles que sem intenção, como no caso dos filhos, passam a conviver nesta forma de família.

3. ALGUNS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

O princípio da dignidade humana é a base para todo o direito, especialmente por se tratar de uma ciência social, com influência na formação do indivíduo, cujo núcleo formador é, sem qualquer dúvida a família. De outro lado, princípios mais específicos do direito de família e expressos na legislação, estão muito ligados ao matrimônio, tendo em vista que o fundamento primeiro para a constituição da família, para o nosso direito, sempre foi o casamento.

Pelo fato de alguns princípios não se encontrarem expressos na legislação, mas serem considerados eficazes pela fundamentação ética na interpretação do ordenamento jurídico, há números diferentes, encontrados, em cada autor, não havendo sequer consenso para um número mínimo de princípios (DIAS, 2005, p. 55).

Antes mesmo de analisar os princípios específicos e expressos, do direito de família, é importante salientar que a monogamia, em nosso ordenamento, não se caracteriza como princípio constitucional, pois a Constituição Federal de 1988 não a contempla, mas via reflexa, proíbe a sujeição de filhos adulterinos e incestuosos a qualquer discriminação.

A monogamia tem função ordenadora da família, como anota, Maria Berenice Dias, por se tratar de uma convenção oriunda das regras derivadas da propriedade privada, assim, “a uniconjugalidade não passa de um sistema de regras morais, de interesses antropológicos,

psicológicos e jurídicos, embora disponha de um valor jurídico.” (DIAS, 2005, p. 56)

Como princípio enunciado, por outro lado, no Código Civil, o primeiro dispositivo que caracteriza expressamente um princípio determina a ‘comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges’, sendo portanto, o primeiro princípio – da igualdade entre os cônjuges, daí derivando os demais princípios do direito de família não somente com base no casamento, mas aplicáveis também às uniões estáveis, sem exclusão também das outras formas de família.

Com base nesse princípio, houve a extinção da desigualdade, elevando o princípio da igualdade entre cônjuges, extirpando as diferenças existentes entre o homem e a mulher, aniquilando-se o pátrio poder e o advento do poder familiar, exercido por ambos cônjuges ou companheiros, direcionando em conjunto, os rumos da família.

Este princípio, inspirado no art. 226, § 3º da Constituição Federal, representa em verdade, a emancipação e o reconhecimento da posição da mulher na família moderna, rechaçando aquela formação patriarcal e atribuindo à mulher direito, respeito e dignidade, mantendo-se apenas a diferença do sexo, sem contudo, impingir tratamento diferenciado no comando familiar.

Não bastasse a igualdade entre homem e mulher, companheiro e companheira, o advento do poder familiar vigora hoje, no direito de família, o princípio da igualdade entre os filhos, sendo vedado qualquer forma de tratamento jurídico desigual. Antes da Constituição Federal de 1988, os filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos e eram assim tachados, não se lhes reconhecia quaisquer direitos, viviam à margem da legalidade e o que legitimava a filiação era o casamento válido ou então o casamento putativo⁶.

⁶ Ao casamento nulo ou anulável são atribuídos os efeitos do casamento perfeito e eficaz, por meio de uma ficção legal. No Código de 1916, era regulado pelo art. 221: “Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória. Parágrafo único. Se um dos cônjuges estava de boa-fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a esse e aos filhos aproveitarão”. No Código de 2002, a redação do art. 1.561 ficou muito

O princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, também inserto na Constituição Federal de 1988, é de livre decisão familiar, como definiu o Código Civil de 2002, não sendo permitida qualquer interferência ou coerção do poder público ou privado, na esfera familiar sobre as diretrizes da procriação.

Este o sentido da Lei nº 9.263 de 12 de Janeiro de 1996, que expressamente dispõe no art. 4º que “o planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”, cabendo ao Sistema Único de Saúde a capacitação de pessoal para o atendimento à saúde reprodutiva.

Compete, portanto, à família e somente à família, gerir seus rumos e definir pelo estabelecimento da filiação. Neste sentido, as perspectivas desse grupo social, não encontra vínculo com o antigo conceito de procriação e manutenção da prole, ou seja, a perpetuação da espécie⁷.

O princípio da liberdade de constituir comunhão familiar, inserto no art. 1.513 do Código Civil, que dispõe: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Também na liberdade de escolha, das pessoas para constituição da família, seja pelo casamento, pela união estável, ou até mesmo, pela união entre pessoas do mesmo sexo eis o princípio albergado.

Por derradeiro, cumpre fazer uma análise do princípio da comunhão plena de vida, embasado na igualdade entre os cônjuges, mencionado anteriormente, e que, propositadamente foi deixado para o fim do tópico, por se tratar, como o próprio título sugere, o bojo do presente trabalho.

Pois bem, a família hoje constituída não tendo apenas o casamento como fonte, como a própria Constituição Federal estabelece, tem ou procura ter por base o afeto, as

próxima àquela, acrescido do parágrafo segundo: “Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão”.

⁷ A propósito, ver item 7. “Perspectivas para a família”.

relações de sentimento que aproximam as pessoas, visando sua completude e seu pleno desenvolvimento, em busca da felicidade.

Neste sentido, as uniões formadas independentemente de matrimônio e mesmo, ao arrepio da lei, nos idos das primeiras formações concubinárias, deixaram a manifesta conclusão de que a família não se prende mais ao formalismo e às formas pré-estabelecidas na legislação.

A sociedade dinâmica, em constante modificação, tendo como força motriz o ser humano, suas insatisfações e seus desejos, para encontrar o calor da felicidade, evidenciam que o direito de família e a família não se circunscrevem apenas ao casamento, vão além, e se estruturam na convivência fraterna e na construção afetiva entre as pessoas envolvidas nesse contexto.

Esta constatação e o reconhecimento de que o direito de família é embasado também no princípio da afeição têm como corolário a falência da legislação e dos conceitos vigentes no tocante à extinção do vínculo matrimonial. Não se pretende aqui, defender a alteração de regras e defesa do mínimo legal de ingerência nos casos de separação judicial e divórcio, apenas levantar ao debate a questão da culpabilidade para extinção da relação matrimonial.

Admitindo-se o afeto como elemento de grande relevância na família e no direito de família, mais, admitindo-se o valor da afetividade para estas relações, conseqüentemente, o critério ‘culpa’ de extinção do vínculo, como constante da legislação deixa de ser fator de consideração, pois não se poderá admitir a permanência de um casamento, cuja pilastra básica, o afeto, não mais se encontre presente, o que será exposto com mais detalhes no terceiro capítulo.

Ressalte-se ainda, a possibilidade de defesa deste argumento não somente para o casamento, mas para as diversas formas de família, sejam as constituídas em união estável ou entre os pais e os descendentes, formações estudadas com maior propriedade no item anterior.

4. A FAMÍLIA E O SENSO RELIGIOSO (A IGREJA)

A Igreja sempre exerceu influência nas relações de família, inclusive nas relações do próprio direito de família. Ela e o Estado mantiveram estreitas ligações ao longo da história do Brasil, de tal sorte que a Igreja era quem controlava todos os atos da vida civil das pessoas. Desde os registros de casamento, nascimento e morte, ficavam a cargo da Igreja, o que em última análise importava também nos direitos de propriedade, pois a ela competia sobre anulação desses atos e conseqüentemente a transmissão da propriedade.

A religião, para usar a definição de Gustav Radbruch, “é a afirmação suprema do ser”, ou seja,

de tudo aquilo que é; é um risonho positivismo que conduz a proferir um ‘sim’ e um ‘amem’ a respeito de todas as coisas que existem; é um amor que se desinteressa do valor ou desvalor do objecto amado; é uma tranquila beatitude para além da ventura e da desventura; uma graça ou perdão para além da culpa ou da inocência; uma paz situada mais acima da razão e dos seus problemas, aquelas “alegre candura metafísica” (SCHELER) dos filhos de Deus, para os quais... “tudo o que existe é para servir o bem” (RADBRUCH, 1997, p. 42).

Desde os primeiros séculos, o cristianismo exerceu papel de grande influência, ditando regras e estabelecendo normas individuais gravadas de moralidade que eram propagadas pelos “chefes de Estado, Papado, delegando aos pais de família a sustentação e ordenação dessas regras no campo privado”, conforme observa Fernanda Otoni de Barros (BARROS, 2001, p. 22).

Este domínio foi causando descontentamento, crescente que, com o passar dos tempos, as pessoas que professassem outra religião, por exemplo protestantes, judeus e descendentes africanos, viviam à margem da lei, não lhes sendo possível reconhecer casamento e conseqüentemente direito à propriedade do cônjuge, o que obrigava tais pessoas a contrair matrimônio em outros países, fazendo valer as leis daqueles Estados.

Além disso, vagarosamente “o Direito Canônico e a Filosofia do Direito evoluíram no sentido de separar o público do privado, com ênfase no rigor da vida particular, a mais transparente possível perante a sociedade” (BARROS, 2001, p. 22), impondo novos papéis para a Igreja.

No plano internacional, guerras, tratados e acertos mercantis e coloniais eram intermediados pelo Papado, autoridade máxima em termos de justiça no mundo medieval. Logo abaixo dessa autoridade suprema encontrava-se o Estado, de característica soberana em sua organização, e, por fim, a família, com fontes de inspiração divina, sendo o pai o sucessor natural de Deus (BARROS, 2001, p. 22).

Atente-se ainda para a severa função da Igreja, prescrevendo o *debitum conjugale* entre os cônjuges, como lembra San Tiago Dantas, proibindo, inclusive, a separação de corpos entre esposos,

(...) mesmo havendo moléstia grave ou repugnante. Além disso, equilibra-se a posição do marido e a da mulher, no que diz respeito ao consentimento para a prática de atos da vida civil. Quase sempre, quando se exige o consentimento de um, exige-se também a intervenção do outro, mas mantém-se a proeminência do marido (DANTAS, 1991, p. 51).

O casamento de católicos com não católicos somente seria possível com autorização especial do papa ou do bispo por ele autorizado e assim mesmo, gerava uma série de constrangimentos ao não católico, inclusive o dissabor de ter o consorte compromissado em buscar a sua conversão.

Note-se a dificuldade em se dissociar a família da Igreja, por esta se estabelecer de forma tão complexa no seio familiar e na constituição das normas do Estado, pois na Bíblia é encontrado o primeiro registro das leis, em que os pais ocupam a posição de “assessores da ordem divina, cabendo-lhes a deferência e a honra que destinamos a Deus”, como esclarece Fernanda Otoni de Barros.

Afora esta posição de prestígio, ao pai também é conferido o poder de falar em nome

de Deus, garantido-lhe proeminência e posição de fundação da sociedade humana, autoridade “a quem devemos obediência e respeito e de quem receberemos proteção. A Bíblia ensina aos seus seguidores o dever de obediência aos pais como a Deus” (BARROS, 2001, p. 20).

Apesar disso tudo, mas também pela insatisfação de imigrantes alemães, o casamento civil passou a ser discutido a partir de meados do século XIX no Império, com a Igreja adotando posicionamento contrário a esta institucionalização do casamento civil.

Nabuco de Araújo ficou conhecido como *estadista do Império* porque defendia a independência entre a Igreja e o Estado, como anotou Keila Grinberg, cabendo ao Estado,

(...) toda proteção à Igreja, o Estado deve manter a liberdade e independência da Igreja; mas a Igreja deve saber que o Estado tem leis para ela, como tem para todos os cidadãos, e leis que são inflexíveis. (...) Com efeito, se pela Constituição todas as religiões são permitidas, como privar o cidadão de direitos políticos, porque ele tem outra religião que não a do Estado? ... Isto não é possível... porque trata-se, não de tolerância de fé, mas de tolerância civil ou política (GRINBERG, 2001, p. 43).

Esta discussão foi muito acirrada, conforme observa a autora, utilizando como exemplo o matrimônio,

(...) embora houvesse duas legislações em vigor sobre o assunto, uma civil e outra eclesiástica, apenas esta última era considerada legítima. Quer dizer, o Estado brasileiro seguindo a tradição portuguesa, delegava à Igreja católica a tarefa de organizar todas as etapas da vida dos habitantes do país, cabendo a ela legislar sobre as propriedades e heranças delas advindas. Mas, na prática, como cabia à Igreja determinar a legalidade ou ilegalidade de um ato civil, em última instância ela também tinha o poder de decidir sobre os destinos de propriedades e bens. Além disso, a Igreja também detinha o poder de, no limite, decidir qual seria o status jurídico de uma pessoa, já que os únicos documentos de registro eram produzidos dentro da instituição, como, principalmente, os assentos de batismo, que na prática serviam como certidões de nascimento (GRINBERG, 2001, p. 37-38).

Historicamente, a constituição da família brasileira se faz através de liames estreitos entre as pessoas unidas pela consangüinidade ou pela fé católica e, nesta união de família e religião, houve a instituição primeira do “antigo sistema patrimonial-oligárquico e jesuítico e, depois, o moderno sistema burocrático-nacional de bases pós-colonial” (MARTINS, 2000, p. 05).

Assim, as mudanças verificadas com mais intensidade na sociedade brasileira, desde os anos cinquenta o Brasil, sob impulso da mundialização, não podem ser simplesmente atribuídas à expansão do capitalismo, devendo conhecer tradução específica que é aquela induzida pelo que significa sociologicamente o imaginário pós-colonial. Até metade do século XX, o Brasil era sobretudo uma sociedade de bases agrárias dominada por oligarquias conservadoras e, ainda hoje, esta memória do agrarismo e do poder oligárquico se mantém em larga parte presentes nas simbólicas das instituições. Não é difícil se compreender, então, a importância do imaginário da grande família de fé cristã na organização de um lado de um imaginário da colonização, integrando ricos e pobres num mesmo “destino paradisíaco”. De outra parte, a moderna sociedade nacional e o modelo republicano, instituídos no século XX, continuam obedecendo a esta lógica fundadora, de modo que a experiência da “destraditionalização” não implicou em rupturas decisivas com a antiga lógica colonial. (MARTINS, 2000, p. 03)

Com o passar do tempo, a modernização, principalmente a partir de meados do século passado, fez com que houvesse profunda alteração no organismo social, especialmente na vida doméstica, onde era encontrado o poder de organização da “comunidade patrimonial”.

A rápida industrialização, as migrações campo-cidade e a urbanização caótica atingiu em cheio as antigas redes de socialidades, favorecendo o surgimento de novas práticas familiares não mais determinadas pelo antigo imaginário patriarcal, mais por modelos de famílias nucleares, constituídos de pai, mãe e filhos. De uma parte, a quebra dos fundamentos da antiga família patriarcal – que se reproduzia nos espaços domésticos dos clãs – aqueles das pequenas cidades do interior, das grandes propriedades rurais e pelo controle de aparatos do Estado -, favoreceu as práticas individualizantes. A expansão do mercado provocou a quebra parcial do antigo sistema, permitindo aos novos atores urbanos conhecerem o gosto da liberdade de consumo, mas também da liberdade cívica e religiosa – liberdade esta que é um aspecto positivo do sistema de mercado (Godbout, 1998) e que as esquerdas tiveram sempre dificuldades de aceitar. (MARTINS, 2000, p. 03-04)

Tal liberdade que se desenvolve no seio familiar, onde a formação religiosa tem início na prática, pois o contato com a tradição religiosa materna e paterna, excetuados alguns casos, é levada para toda a vida do ser humano. Apesar desta orientação ser feita, muitas vezes, apenas com a repetição de dogmas, sem qualquer compromisso de fé ou de educação religiosa, tornando os praticantes de determinada fé, meros repetidores de rezas, sem entretanto, possuírem verdadeiros princípios religiosos.

O incremento na facilidade de obter informações, que chegam a todo momento, através de novos mecanismos que possibilitam acesso rápido a uma gama enorme de

conhecimento parece provocar a quebra de paradigmas religiosos. A Igreja Católica não é mais a detentora exclusiva da fé, perdendo espaço para outras religiões, como o judaísmo e islamismo, e também para seitas de origem oriental e, especialmente, a proliferação do protestantismo, que pretendem oferecer respostas à necessidade humana de se encontrar com Deus, na busca do sentido da vida.

Os dogmas pré-estabelecidos não estão sendo suficientes para fornecer acalento às indagações que surgem na mesma tônica e na mesma velocidade dos fatos, no contexto social dinâmico, imposto pelos novos temas.

Urge, nestes tempos de quebra de paradigmas, a busca de soluções para acalantar e propiciar a união dos membros das novas famílias, surgidas nesta nova realidade, com novas fontes de conhecimento e novos contornos de interpretação, talvez esta a principal função da religião para estes novos tempos.

5. UM CONCEITO DE FAMÍLIA

Diante de tantas transformações e avanços, pelos quais tem passado a família, ao longo dos tempos, a delimitação de um conceito parece ser tarefa árdua e não definitiva. A origem do termo família deriva do latim *familia*, *ae* ou *famelia*, *as* – genitivo arcaico, dessa forma,

(...) através de *famelia* e *famulus*, origina-se, remotamente, do radical *dhã*, que significa pôr, estabelecer, da língua ariana, que se transformou, na passagem ao Osco, em *fam*.

Assim, a palavra *dhaman*, que, em sânscrito, significa casa, com a transformação do *dh* em *f*, fez nascer, entre os dialetos do Lácio, como é o caso do Osco, o vocábulo *faama*, donde surgiu *famel* (o servo), *famelia* (conjunto de filhos, servos e demais elementos, que viviam sob a chefia e proteção de um mesmo *pater*).

A palavra *famel* derivou *famulus*, com a criação intermediária de *famul*, forma primitiva ou arcaica de *famulus*, donde derivou, provavelmente, *famulia*.

A desinência ou terminação da palavra família indica coletividade.

Tudo mostra, pelo visto, que esse radical *dhã* tenha dado origem às palavras: *domus* (casa), no latim, e *domos* (casa), no grego, radical esse que

significa unir, construir.

Há quem entenda, entretanto, que o termo família encontra origem em *vama*, do sânscrito, que significa casa, habitação, o que é pouco provável (AZEVEDO, 1977, p. 260).

Existem alguns autores que refutam a teoria matriarcal da origem da família de Engels, baseada na promiscuidade⁸, asseverando que a família é um grupo cultural e não natural, com cada um de seus membros desenvolvendo um papel dentro do grupo, conforme salienta Jacques Lacan, defendendo que “a promiscuidade presumida não pode ser afirmada” em lugar algum,

(...) nem mesmo nos casos ditos de casamento grupal: desde a origem existem interdições e leis. As formas primitivas da família têm os seus traços essenciais de suas formas acabadas: autoridade, se não concentrada no tipo patriarcal, ao menos representada por um conselho, por um matriarcado ou seus delegados do sexo masculino; modo de parentesco, herança, sucessão, transmitidos, às vezes distintamente (Rivers), segundo uma linguagem paterna ou materna. Trata-se aí de famílias humanas devidamente constituídas. Mas, longe de nos mostrarem a pretensa célula social, vêem-se nessas, quanto mais primitivas são, não apenas um agregado mais amplo de casais biológicos, mas, sobretudo, um parentesco menos conforme aos laços naturais da consangüinidade (apud WELTER, 2003, p. 35).

A família, como um grupamento de pessoas não pode ser vista unicamente sob o ponto de vista jurídico, também não pode ser conceituada e analisada do ponto de vista sociológico, ou psicológico, ou filosófico apenas, pois em muito se perderia numa análise tão limitada. Para se ter uma idéia da discussão, como afirma Maria Cláudia Crespo Brauner,

(...) divergem os antropólogos e sociólogos acerca das primeiras formas de família existentes na humanidade. Isto porque pode-se somente supor, imaginar, como seriam as relações familiares anteriores à formação da família existente no Direito Romano, sendo que os estudos sobre a família originária são bem mais de ordem sociológica e antropológica, do que jurídica” (BRAUNER, 2001, p. 22).

Dessa forma fica patente que, em sua origem, o termo família sugere o significado de coletividade dentro do lar, sob o mesmo teto, em vivência familiar e também o próprio

⁸ Por exemplo, Maine e Fustel de Coulanges, Jacques Lacan, Caio Mário da Silva Pereira.

espaço, lugar dessa reunião de pessoas, caracterizando a soma das pessoas em vida no lar e também o lugar da existência deste lar (AZEVEDO, 1977, p. 260).

Para um estudo da família e do direito de família, a interdisciplinaridade, o estudo com outras ciências, além das citadas, é de crucial importância para o entendimento dos ‘papéis’ que cada membro do grupo familiar deve desempenhar, assim também para a prevenção e solução de conflitos que possam surgir nesse campo tão complexo do desenvolvimento humano.

Como argumenta Giselle Câmara Groeninga, a interdisciplinaridade tem tão íntima relação com a ciência, tal como a democracia tem com a política, caracterizando seu papel peculiar, a construção de “pontes para religar fronteiras anteriormente estabelecidas”, extremamente importante para o meio científico no fortalecimento de cada disciplina, pois o conhecimento é construído “pela dinâmica das semelhanças e das diferenças, aliás o mesmo processo que se dá no desenvolvimento do psiquismo” (GROENINGA, 2003, p. 96).

Mesmo porque, são profundas as alterações sentidas com o passar dos tempos, principalmente a mudança do foco, direcionado mais às pessoas que desenvolvem papéis nos relacionamentos familiares e menos às riquezas e ao patrimônio.

Essa mutação social da família patriarcal para a família celular permite que as prestações vitais de afetividade e realização individual sejam atingidas, perdendo importância a sua antiga áurea sagrada e os tabus deitados sobre maternidade e paternidade, parecendo interessar, atualmente, mais a formação natural e espontânea da família (MADALENO, 2000, p. 18).

Uma análise acerca do conceito de família será importante para o esclarecimento do que efetivamente representa essa instituição, onde todo ser humano tem seu primeiro contato para o desenvolvimento social, pois “a família é sistema de relações que se traduz em conceitos e preconceitos, idéias e ideais, sonhos e realizações. Uma instituição que mexe com nossos mais caros sentimentos. Paradigmática para outros esclarecimentos, célula *mater* da sociedade” (GROENINGA, 2003, p. 126).

Exatamente porque a família deve ser considerada a base dos direitos fundamentais do ser humano, pois o mais elementar desses direitos é o direito à vida e não é possível pensar em vida, sem antes pensar na família, justamente porque “uma implica a outra, necessariamente, a partir do nascimento e ao longo do desenvolvimento do ser humano. Daí que – também necessariamente – o direito à vida implica o direito à família, fundando-o primordialmente: como o primeiro na ordem jurídica da família, o mais fundamental dos direitos de família” (BARROS, 2033, p. 148).

Dessa forma, ela pode ser estudada, sob o ponto de vista mais amplo, como as pessoas que descendem do mesmo ancestral, enquanto que, num sentido restrito, é formada pelos cônjuges ou companheiros e seus descendentes. Já sob o aspecto jurídico, segundo Francisco Amaral, “a família é o conjunto de pessoas ligadas pelo casamento, pela união estável ou pelo parentesco, decorrendo este da consangüinidade ou da adoção, ou ainda, a ‘comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’” (AMARAL, 1999, p. 331).

Nessa visão fica patente a ascendência da biologia na determinação do conceito de família, uma vez que a descendência do mesmo ancestral, necessariamente implica no conceito de consangüinidade que somente é excluído pela adoção legitimadora da relação de parentesco.

Referido conceito de família é adotado pelo direito civil brasileiro e por grande parte no direito comparado, sem a preocupação efetiva com as outras esferas do conhecimento a respeito da família, esse fato é marcadamente histórico, pois a gênese dessa instituição está muito mais próxima da proteção ao patrimônio, que propriamente da relação sentimental e de solidariedade que propicia a união entre os seus membros.

Na atualidade, algumas modificações acerca do conceito estão ocorrendo, ainda que timidamente, uma vez que a própria Constituição Federal traça importante diretriz acerca da amplitude da definição de família, bem como, estabelece as obrigações pertinentes não

somente à família, mas também ao Estado e à própria sociedade, tendo em vista o reconhecimento de que esse núcleo é a base da sociedade e goza de proteção especial do Estado⁹.

Ainda assim, um sentido definitivo ao tema torna-se complexo diante do dinamismo pelo qual a vida social atravessa, rompendo ao limiar de cada dia, novas estruturas, novas formas passíveis de se definir como família. Para estas modernas formações será dedicado o próximo item.

6. PERSPECTIVAS PARA A FAMÍLIA

Diante desta importância, não é possível que as formas familiares historicamente conhecidas sejam as únicas existentes, fechando a descobertas e aos avanços da humanidade, especialmente com as ciências biomédicas, invadindo setores até então estranhos ao domínio do ser humano.

Veja-se, por exemplo, a família monoparental e a família homoafetiva que outrora não mereciam qualquer tipo de estudo e respeito, batem à porta da vida cotidiana, visando o ingresso na pauta de estudos e, conseqüentemente, a concepção mais justa para sua existência, sem discriminação e perquirindo uma regulamentação eficiente que culmine com a inclusão de seus membros.

Deve ser observado ainda, que a família como base da sociedade, no sentido de parte de um todo, goza de especial proteção do Estado e é merecedora de toda a atenção possível, pois é o núcleo formador para toda a estrutura coletiva.

⁹ Conforme determina a Constituição Federal de 1988, no Capítulo VII, 'Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso':

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

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

Por outro lado, o direito, em especial o direito de família, não acompanha o fato social na mesma medida em que acontece e por assim dizer, o engessamento das normas atinentes ao seu estudo, contribui para excluir do seu campo essas formações sociais familiares, relegando a um segundo plano, o novo que irremediavelmente insiste em romper essas barreiras.

Basta observar que a família de hoje tem a “sua identificação na solidariedade (art. 3º, I da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo” (LÔBO, 2004, p. 03).

Não será estranho que em momentos próximos, a sociedade veja a constituição de um novo ente com característica familiar, seja através dos avanços biomédicos, seja por outra forma de entidade embasada no afeto e com o fim idêntico de promover a proteção e progresso de cada um de seus membros.

Mesmo porque, de acordo com “o ângulo de que observemos a família,”

(...) a perspectiva que adotemos, procedemos a um giro epistemológico em que modificamos as características que antes lhe atribuíamos. E, desta forma, criam-se novos paradigmas que influenciarão as próprias formas de constituição das famílias. Assim, aos modos e leis naturais e universais de sua constituição, somam-se perspectivas das disciplinas do saber e os ordenamentos sociais e jurídicos, influenciando-se mutuamente (GROENINGA, 2003, p. 127).

Para tanto, o direito deve sempre ser visto e re-estudado para que possa conseqüentemente amparar o maior número de casos e permitir a segurança e a pacificação dos envolvidos, o que por conseguinte, leva à pacificação dos conflitos para o próprio Estado.

Fatos presentes demonstram este caminho, pois aquela função procriacional, influência da religião, cede espaço a casais sem filhos, seja por escolha, pela prevalência de interesses profissionais, seja pela união da mulher madura, que já foi objeto de acolhida, pelo direito, como entidade familiar. Sem esquecer também a família socioafetiva, representada pela adoção que dá azo às uniões homossexuais, ainda não regulamentadas (LÔBO, 2004, p.

11-12).

Os papéis antes desempenhados e historicamente conhecidos, pelo pai, mãe e filhos, no grupo familiar, já não correspondem mais aos tempos modernos, seja por necessidades financeiras, obrigando a mulher a exercer atividades profissionais, seja pela reestruturação do lar, com separações seguidas de novas uniões.

Portanto, o ‘pai de família’ cede lugar à ‘mãe de família’ ou mesmo à gestão comum da família, coroando as transformações sociais com a alteração legal do instituto do *patrio poder*, opção adotado pelo novo Código Civil, diante da igualdade constitucional do homem e da mulher, como anotou Sílvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2003, p. 353).

Além das modificações já observadas na família, indubitavelmente, os avanços tecnológicos trarão à baila, novas situações que o estudioso do direito não poderá deixar de observar, pois como fato social relevante, deverá ser situado dentro do contexto jurídico para minorar os debates e acalantar a estrutura e a vida dos membros dessa entidade constituída de forma diversa da conhecida.

Exemplo dessa assertiva, o adiantamento das pesquisas genéticas, a fecundação artificial *in vitro* ou com utilização de sêmen de terceiro, chamada fecundação heteróloga, a clonagem, que desde o surgimento de notícias acerca da realização em uma certa ovelha, vem causando discussões e debates, muitas vezes acalorados, sobre o tema, sem contudo, haver a preocupação com o surgimento de uma nova família, através das técnicas avançadas da biologia.

Diante, portanto, da realidade que se impõe da clonagem, é preciso que o intérprete faça o que se chama hoje de “filtragem constitucional”, examinando essas novas técnicas à luz dos valores civis constitucionais, para que se proceda a um juízo de compatibilidade dessas mesmas técnicas com a realidade jurídica contemporânea.

É preciso, portanto, que se abra mão de preconceitos ou de receios ideológicos e religiosos em busca de uma serena interpretação que procure verificar se essas novas técnicas são compatíveis, e em que medidas, com as relações do Direito Civil e, mais do que isso, com a ordem pública constitucional (TEPEDINO, 2002, p. 50).

Não se trata mais de uma obra de ficção, de sonhos e fantasias que se faziam, como do final dos tempos, mas uma realidade, que em alguns casos pode ser disciplinada pelos mecanismos jurídicos e constitucionais existentes, entretanto, em outros se torna praticamente impossível esta aplicação.

Ainda que houvesse a completa e engessadora disciplina jurídica acerca dos avanços, ainda que utopicamente, pudesse vislumbrar a agilidade maior do direito sobre os avanços tecnológicos, a mudança comportamental e a abertura ao 'novo' não seria tão eficaz.

Por isso, a necessidade do debate acerca das novas questões, a divulgação do estudo da realidade, que bate às portas do tempo presente e suplica abrigo, abrigo à epistemologia, à ciência, ao estudo, pois em nossos dias,

(...) com essas e tantas outras transformações no âmbito das novas tecnologias, da informática e da bioética, é preciso que possamos abrir mão de uma técnica excessivamente regulamentar e tipificadora que tente simplesmente prever todas as situações em que as pessoas venham a estar em perigo ou venham a merecer tutela; isso será sempre insuficiente a proteger tantos aspectos da pessoa humana nos novos campos da bioética em favor do desenvolvimento de cláusula-geral de proteção da pessoa humana, cláusula-geral de tutela da personalidade, que, já se encontra em nosso ordenamento, na Constituição da República, a partir do art. 1º, inc. III, que considera como princípio fundamental ou objetivo da República a dignidade da pessoa humana, e, a partir desse valor máximo para o ordenamento, é preciso que se faça com coragem juízos de ponderação, não de direitos, porque aqui não temos sequer direitos bem constituídos em algumas dessas circunstâncias, mas, antes de tudo, uma ponderação axiológica, para se verificar quais os valores que autorizam essas intervenções e quais os que as desautorizam. Nessa direção, em um primeiro momento, podemos, no âmbito da nossa própria ordem constitucional, afastar as técnicas de manipulação genética ou de clonagem que se associem às pressões de mercados ou ao desenvolvimento patrimonial, já que esses valores estão insuficientes ou inferiorizados em relação aos valores da pessoa humana, mas não podemos, pura e simplesmente, afastar a afirmação de tais técnicas, quando elas se destinam ao desenvolvimento da personalidade, ou venham indicar a promoção da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2002, p. 51).

Nesta orientação, está aberto o caminho para a mais recente formação familiar, aquela proveniente da tecnologia e da biogenética, que poderá suprimir alguns protagonistas das relações familiares e criar novos horizontes para estas relações, não olvidando, entretanto,

a presença do afeto, inerente ao ser humano e à família, que será objeto de análise do capítulo terceiro.

Como defende Carlos Aurélio Mota de Souza, estes avanços desafiam, com sutileza, a inteligência dos juristas e legisladores, que devem prestigiar a elaboração de normas que atentem às carências da vida, sem olvidar a pessoa humana, tornando-a objeto de pesquisa e experimentos, “coisa a ser descartada ou ‘reificada’” (SOUZA, 2003, p. 1129).

Neste contorno de futuro, que se aproxima com maior intensidade e agilidade, talvez fruto destas transformações e inovações, que as formações familiares estarão calcadas e estabelecidas, como um grupo social básico do organismo mais complexo formado pela sociedade, carecendo da análise axiológica do direito, com o propósito de se aproximar da realização da justiça.

II. ASPECTOS AXIOLÓGICOS DO DIREITO

No estudo do direito, em praticamente todos os ramos, há o estabelecimento de colisão de interesses, de conflito de valores, havendo necessidade de se ponderar entre um determinado valor e outro que se apresenta em cada caso proposto, tornando indispensável pois, a análise do seu aspecto axiológico.

Para o direito de família não é diferente, pois o agente do direito, nestes casos, está diante de situações limites para as pessoas, onde os sentimentos estão aflorados, as mágoas estão expostas e todos os impulsos estão em total desarranjo, seja em virtude de desentendimentos, seja pelo descontrole emocional causado por circunstâncias extremas que envolvem as pessoas nos conflitos estabelecidos sob o direito de família.

Neste contexto, para o estudioso do direito de família, a valoração da pessoa, acima e antes do fato é o que há de mais importante para se poder compreender perfeita e adequadamente o direito, caminhando para a melhor aplicação da Justiça. Dessa compreensão resulta a necessidade de se tentar conceber, por uma perspectiva valorativa, o direito para a implementação plena do princípio da dignidade da pessoa humana, que se atribui como finalidade última do direito de família.

Segundo Nicola Abbagnano, “a ‘teoria dos valores’ já fora, há alguns decênios, reconhecida como parte importante da filosofia ou mesmo como a totalidade da filosofia pela chamada ‘filosofia dos valores’ e por tendências congêneres quando”, a partir do “início de nosso século, a expressão ‘axiologia’ começou a ser empregada em seu lugar” (ABBAGNANO, 2003, p. 101).

André Franco Montoro considera que “axiologia – do grego, *axiós*, apreciação, estimativa – é a parte da filosofia que se ocupa do problema dos valores, tais como o bem, o belo, o verdadeiro, etc.”, ou seja, “é a teoria dos valores”. Assim, prossegue o autor, “axiologia jurídica é, naturalmente, o estudo dos valores jurídicos, na base dos quais está a

justiça”, recebendo por conseguinte, “também as denominações de Teoria dos valores jurídicos, Teoria do direito justo, Estimativa jurídica, Teoria da Justiça” entre outras denominações (MONTORO, 1997, p. 107).

Del Vecchio prefere denominá-la Deontologia jurídica – etimologicamente: ciência do que deve ser (do grego, *deontós*, que significa “dever”), porque lhe compete investigar o que “deve” ou “deveria” ser o direito, diante do que “é” na realidade. O espírito humano nunca permanece passivo diante do direito, da lei, da decisão judicial ou administrativa; nunca aceita calmamente o fato consumado, como se ele fosse um limite insuperável. Todo homem sente em si a faculdade de julgar e avaliar o direito existente: há em cada um de nós o sentimento da justiça. Daí a possibilidade de uma investigação totalmente distinta da que é feita pelas ciências jurídicas, em sentido estrito (MONTORO, 1997, p. 108).

O direito, por ter como objeto, as relações sociais dinâmicas, não pode ser considerado sob um ponto de vista desprovido de qualquer valor, especialmente pela velocidade com que as conexões sociais ocorrem, sem deslembrar, as vivências familiares, que representam um grande exemplo dessa assertiva, vez que sua transformação está ocorrendo e pode ser constatada de modo empírico na sociedade contemporânea.

Destarte, desconsiderar o aspecto axiológico do direito, deixar de valorar seu conteúdo em sua aplicabilidade, em especial nas relações de família, poderá resultar na perda de sua finalidade, que é a realização da justiça, como será demonstrado nos itens seguintes, considerando a justiça como dimensão e finalidade do direito.

Como afirma Luis Cabral de Moncada, no prefácio da “Filosofia do Direito” de Gustav Radbruch, “a Filosofia dos valores” “não é uma doutrina filosófica que se deixe aprisionar e definir cabalmente dentro duma orientação sistemática única e fechada”, exatamente porque não tem o dogmatismo como o seu forte, pelo contrário, “é uma orientação geral, principalmente metodológica, de contornos esfumados, um amplo movimento de ideias, mais que uma doutrina” que tem por nascente “o idealismo transcendental de Kant”, mas que se conduz “às mais variadas atitudes e posições filosóficas” (*apud* RADBRUCH, 1997, p. 14).

Dessa forma, a ela distingue rigorosamente “realidade” e “valor”, assim também faz

distinção entre “ser” e “dever ser”, “natureza” e “cultura”.

É nisto que reside o chamado ‘dualismo’ do seu método, em oposição ao ‘monismo’ metodológico dos que negam os problemas de valor como problemas específicos, ou dos que crêem poder tratá-los ou resolvê-los como se tratam e se resolvem os problemas da realidade. Poderá acontecer que na essência das coisas, em última análise, os problemas de valor e os da realidade afinal se não separem totalmente num mais elevado plano metafísico e religioso; mas o que é sempre preciso é distingui-los, pelo menos metodologicamente no início de todo o estudo, numa maneira nítida e completa (*apud* RADBRUCH, 1997, p. 15).

Conforme Adayl de Carvalho Padoan, “os valores não são unicamente fatores éticos, que tratam somente da experiência histórica do homem, porém, também, cuidam dos elementos constitutivos chamados de historicismo axiológico”, de modo que é possível verificar que não há “um precipício” entre valor e realidade, justamente porque se pode encontrar “vínculo de polaridade e de implicação, que não teria a história nenhum sentido, sem o valor, pois, o valor não se reduz ao real nem pode equiparar-se totalmente com ele”, porque “do contrário o mesmo perderia a sua importância, que é suplantar a realidade, em função da qual nada se exaure” (PADOAN, 2002, p. 01).

Também para Gustav Radbruch, a realidade e o valor aparecem “baralhados e confundidos” na vivência humana, carregada de “valores positivos ou negativos”, e que se acaba por esquecer que “esse valor ou desvalor dependem de nós, provêm de nós, e não das próprias coisas ou dos próprios homens em si mesmos” (RADBRUCH, 1997, p. 40).

A Cultura, tal como a descreve o historiador, não é, portanto, de modo algum, um puro valor; é uma mistura de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto, de verdade e de erro, mas sem que qualquer das suas manifestações (quer elas contrariem, quer favoreçam, quer atinjam quer não a realização dos valores) possa ser pensada sem referência a uma ideia de valor. Certamente, a Cultura não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto dos dados que têm para nós a significação e o sentido de os pretenderem realizar, ou – como escreve STAMMLER – o de “uma aspiração para aquilo que é justo” (RADBRUCH, 1997, p. 41-42).

Neste aspecto, o direito, para sua realização, necessita da cultura social, senão da sociedade organizada, tendo em vista que somente neste enfoque poderá ser realizado,

justamente porque a cultura somente será manifestada em uma organização social, não havendo possibilidade de se aplicar o direito individualmente, distante dessa coletividade.

Esta é a orientação de Montoro, para quem “a justiça consiste fundamentalmente na disposição permanente de respeitar a pessoa do próximo”, havendo como “primeira condição” de sua realização,

(...) a existência de uma pluralidade de pessoas ou pelo menos uma outra pessoa (*alteritas*). Em sentido próprio, ninguém pode ser justo ou injusto para consigo mesmo. Essa pluralidade de pessoas é o que distingue a justiça das outras virtudes morais. E a caracteriza como virtude social. As demais podem ser exercidas pelo homem, individualmente. O indivíduo isolado, como Robinson em sua ilha, poderá ser temperante ou intemperante, corajoso ou não, prudente ou imprudente, mas não poderá ser justo ou injusto. Porque falta outro homem, em relação ao qual ele possa cumprir ou faltar com os deveres de justiça (MONTORO, 1997, p. 130).

Idéia também presente no pensamento de Gustav Radbruch, que expressa que “o direito é obra dos homens e que, como toda a obra humana, só pode ser compreendido através da sua ideia, é por si mesmo evidente” (RADBRUCH, 1997, p. 44), carecendo para sua perfeita aplicação, da necessidade de uma organização social, levando em consideração a pessoa do outro.

Desse modo, não é possível “haver uma justa visão de qualquer obra ou produto humano, se abstrairmos do fim para que serve e do seu valor”, de tal maneira que “uma consideração cega aos fins, ou cega aos valores, é pois aqui inadmissível, e assim também a respeito do direito ou de qualquer fenómeno jurídico” (RADBRUCH, 1997, p. 44).

Nessa perspectiva, a ordem jurídica nada tem de imobilizadora. Pelo contrário, ciência prática, orientada permanentemente no sentido da realização da justiça, o direito só se realiza plenamente na medida em que respeita seu caráter dinâmico, como elemento da ação transformadora do homem na história.

O direito não é uma ciência natural, a estudar as manifestações da vida social e humana como se fossem “coisas” ou simples fenômenos físicos. O homem não é um “objeto” passivo, nem mero espectador da realidade. Dentro de certos limites, é ele que imprime ordem no mundo. E o direito é, de certa forma, instrumento dessa ação transformadora do homem (MONTORO, 1997, p. 98).

Estas considerações são suficientes para que seja possível proceder às indagações e explanações acerca da relação entre o direito e a axiologia, sempre direcionando como fim último, a realização da dignidade da pessoa humana, através da implementação do direito e, em especial, do direito de família.

Para tanto, não basta apenas ter o direito positivo como ponto central de análise, há necessidade de se buscar os valores esculpidos pela sociedade na ciência jurídica e também os elementos do direito natural, que acabaram por se transformar em normas positivadas e que hodiernamente embasam a aplicação do direito na busca da efetivação da justiça, como seu fim último.

1. O DIREITO NATURAL E O VALOR PARA O DIREITO

Passada a breve noção do estudo da Axiologia jurídica, não se pode esquecer da influência que exerce o direito natural, especialmente porque, este se apresenta como o esteio do direito, servindo de norte à ciência jurídica e se caracteriza por forte condão valorativo, apresentando-se, como expressa Miguel Reale, “uma constante, mesmo porque seu fundo axiológico essencial compartilha do processo de crescente objetivação inerente à experiência estimativa”, chamando atenção para não se confundir a sua “naturalidade com inatismo” (REALE, 1984, p. 10).

Ainda Miguel Reale observa que “o Direito Natural não se reduz à Axiologia Jurídica ou à Teoria da Justiça”, exatamente porque “no Direito Natural, a *vis compulsiva*, própria dos valores, se converte em *vis normativa*, própria da juridicidade, como se dá no caso exemplar dos direitos humanos”, isso porque, “são poucos os *valores fundantes* ou *universais* dos quais emanam enunciados normativos condicionantes dos ordenamentos jurídicos” até mesmo pelo fato de que “cada época histórica faz emergir novas *invariáveis axiológicas*, das quais defluem novos corolários normativos de validade universal” e conclui, afirmando que se

testemunha nos nossos dias,

(...) ao nascer de imperativos primordiais relativos à “preservação da natureza”, como reação aos excessos da tecnologia que ameaça converter-se na perversa e fria vanguarda racionalizante do processo cultural.

Desdobra-se, assim, significativamente, o fenômeno singular do apelo à “cultura jurídica” para salvar “os bens da natureza”, ao contrário da antiga invocação da “natureza” para salvaguarda dos “bens jurídicos”... Esta observação, penso eu, ilustra eloqüentemente a ambivalência do termo Direito Natural, descerrando os véus que ocultavam a complementaridade essencial existente entre a natureza e a cultura, o *fato* e o *valor*, para a compreensão filosófica e científica da “*normatividade*” jurídica. Sob esse prisma, poder-se-ia dizer que o Direito Natural é a versão normativa da Axiologia (REALE, 1984, p. 16).

Feitas estas considerações, tem-se a sensação de não ser possível estudar o direito natural, sem antes fazer menção à Antígona de Sófocles, pois este o caminho seguido por Aristóteles e acompanhado por Celso Lafer¹⁰, Lafayette Pozzoli¹¹, Otfried Höffe¹² ao explorar o tema.

Antígona ao sepultar seu irmão Polícines, “é acusada por Creonte de estar descumprindo uma lei particular” e, como seu argumento de defesa contra esta acusação, “ela evoca as imutáveis e não-escritas leis do céu e afirma ser justo, ainda que proibido, enterrar seu irmão, por ser isto justo por natureza” (POZZOLI, 2001, p. 112), utilizando, portanto, o direito natural para sua defesa e justificando o descumprimento da ordem do imperador.

Portanto, o direito natural, já em tempos remotos foi objeto de fundamento para a sustentação dos atos humanos, isso porque ele depende “do sentido do valor atribuído ao homem *de per si* e das conseqüências dessa validade”, justamente porque o “enfoque do Direito Natural” será variável dentro de uma escala de valores, em cada momento histórico, de acordo com a concepção e relevância atribuída ao ser humano, além disso, num “mesmo ciclo de cultura, a compreensão jusnaturalista depende do entendimento que cada autor

¹⁰ In “A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt”. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

¹¹ In “Maritain e o direito”. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

¹² In “Justiça Política: fundamentação crítica de uma filosofia do direito e do Estado”. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

elabora a respeito do ser humano e seus fins”, transformando “o Direito Natural por sua natureza fluido e problemático, isto é, algo que não pode deixar de ser *pensado*, muito embora não possa ser *conceitualmente determinado*” (REALE, 1984, p. 03-04).

É justamente esta fluidez e complexidade dos elementos característicos do direito natural que transformam sua definição extremamente difícil, tornando praticamente impossível, costurar textualmente um conceito uníssono acerca do tema, especialmente pela incidência de variantes circunstanciais, históricas e culturais que o envolvem.

Segundo Grócio, a matriz do direito natural é a própria natureza humana, que conduziria os homens às relações sociais mesmo que eles não tivessem necessidade uns dos outros. Por isso, o direito que se funda na natureza humana “teria lugar mesmo que se admitisse aquilo que não pode ser admitido sem cometer um delito: que Deus não existe ou que não se preocupa com as coisas humanas” (*apud* ABBAGNANO, 2003, p. 281).

Apesar de todos obstáculos para a delimitação da matéria, há entendimento aproximado acerca das características que constituem o bojo do direito natural, especialmente compreendida na “crença numa lei comum que rege a todos e é superior à lei positiva esta, pois, a origem da civilização ocidental” e que corresponde ao “termo *direito natural*”, podendo

(...) destacar algumas notas comuns, independentemente da vertente filosófica que o aborda:
- a idéia de imutabilidade, que presume princípios intemporais;
- a idéia de universalidade, que alcança a todos;
- a idéia de que os seres humanos têm acesso a esses princípios por meio da intuição, da razão ou da revelação (POZZOLI, 2001, p. 113).

Da mesma maneira, em outras palavras, Celso Lafer afirma existir “algumas notas que permitem identificar, no termo Direito Natural, um paradigma de pensamento”, especialmente e em idêntica linha de pensamento:

a) a idéia de *imutabilidade* – que presume princípios que, por uma razão ou por outra, escapam à história e, por isso, podem ser vistos como intemporais; b) a idéia de *universalidade* destes princípios metatemporais, “*diffusa in omnes*”, nas palavras de Cícero; c) e aos quais os homens têm acesso através da *razão*, da *intuição* ou da *revelação*. Por isso, os princípios do Direito Natural são *dados*, e não postos por convenção. Daí, d) a idéia de

que a função primordial do Direito não é comandar, mas sim *qualificar* como boa e justa ou má e injusta uma conduta, pois, para retomar o texto clássico de Cícero, a “*Vera lex*” – “*ratio naturae congruens*” – por estar difundida entre todos, por ser “*constans*” e “*sempiterna*” “*vocet ad officium jubendo, vetendo a fraude deterreat*”. Essa qualificação promove uma contínua vinculação entre norma e valor e, portanto, uma permanente aproximação entre Direito e Moral (LAFER, 2003, p. 36).

Dentro destas características elementares, o direito natural começa a ressurgir, depois de passado um momento de certa dormência, pois “representa um padrão geral, a servir como ponto de sustentação na avaliação de qualquer ordem jurídica positiva”, dessa forma, “teria preeminência sobre o direito positivo, uma vez que este caracteriza-se pelo particularismo de sua localização no tempo e no espaço” (POZZOLI, 2001, p. 113).

Otfried Höffe, depois de traçar considerações acerca da expressão “direito natural” no contexto histórico, acaba por concluir que é “ressuscitado” pela teoria do contrato, buscando fundamento nas teorias de Hobbes, Locke, Rousseau e também Kant, muito embora argumente que “a expressão ‘direito natural’” esteja “tão desacreditada que não mais é empregada”, preferindo alguns, a exemplo de John Rawls, denominar a “reabilitação do direito natural moderno” como uma “Teoria da Justiça”, defendendo “a idéia de justiça política” “como uma hipótese que se deve testar na crítica; e aqui, nos argumentos contra o pensamento do direito natural” (HÖFFE, 2001, p. 74-75).

Dentro desse pensamento, os elementos caracterizadores do direito natural surgem com nova denominação, seja “Teoria da Justiça” ou “Justiça Política” como afirmado acima, sem se olvidar que o produto do “Direito Natural encontra-se positivado nas constituições, não com a denominação de *direitos naturais*, mas com a denominação de *direitos humanos*, *dignidade da pessoa humana*, *direitos sociais*, *direitos fundamentais*, *humanismo*, *jusnaturalismo* etc.” (POZZOLI, 2001, p. 116).

Compreende-se com esta exposição, que a atribuição de valor, não somente para o direito natural é de grande relevância, também, para a melhor interpretação do direito, em

especial do direito de família, com vistas à formalização da justiça. Ocorre que o primeiro grande obstáculo a respeito do tema fica circunscrito à definição do que se pode compreender da expressão valor, sendo cediço, como restou demonstrado, que o seu estudo pertence ao campo da axiologia.

Muitos filósofos que trataram do tema¹³, não produziram definição acerca do valor, limitando-se apenas a descrevê-lo, sem entretanto, traçar sua precisa conceituação, dada a complexidade do assunto. “Em geral, não encontramos definição de valor, mesmo nas obras dos maiores autores na matéria”, de tal forma que “o valor é mostrado, não é definido” (PAUPÉRIO, 1977, p. 348).

Conforme afirma Nicola Abbagnano, o uso da expressão ‘valor’ pela filosofia “só começa quando, seu significado é generalizado para indicar *qualquer* objeto de preferência ou de escolha, o que acontece pela primeira vez com os estóicos”, eles foram os primeiros “que introduziram o termo no domínio da ética e chamaram de valores os objetos de escolha moral” (ABBAGNANO, 2003, p. 989).

É também a partir da mesma época que tende a reproduzir-se, no campo da teoria dos valores, uma divisão análoga à que caracterizara a teoria do bem: entre um conceito metafísico ou *absolutista* e um conceito empirista ou *subjetivista* do valor. O primeiro atribui ao valor um *status* metafísico, que independe completamente das suas relações com o homem. O segundo considera o modo de ser do valor em estreita relação com o homem ou com as atividades humanas. A primeira concepção é motivada pela intenção de subtrair o valor, ou melhor, determinados valores e modos de vida neles fundados, à dúvida, à crítica e à negação: essa intenção parece pueril, se pensarmos que o valor mais solidamente ancorado na consciência dos homens e que mais paixões provoca também é o valor mais mutável e relativo, a tal ponto que às vezes os filósofos se recusam pudicamente a considerá-lo autêntico: o valor-dinheiro (ABBAGNANO, 2003, p. 990).

Causa espécie de confusão, sempre que se pretende estabelecer critérios de valor, justamente quando se procura abstraí-lo da realidade por questões pessoais ou ideológicas, isso porque “a verdade é que os fatos do mundo que nos rodeia são modelados por nossos

¹³ Entre aqueles que trataram da axiologia, sem definir ou conceituar ‘valor’ destacam-se: Lotze, Max Scheler, Hartman, Johannes Hessen.

próprios valores, isto é, pelos conceitos e categorias mediante as quais nós percebemos os fatos” (ARNAUD, 1999, p. 818), conclui-se dessa forma, que não parece possível fazer qualquer dissociação da realidade fática e social, quando da análise dos valores.

Os valores enquanto preferências socialmente reguladas e objetivadas introduzem o princípio da não-indiferença frente à realidade empírica. Essa não-indiferença constitui a categoria do *valer* em contraposição à categoria do *ser*. O problema axiológico essencial é relativo à natureza de um objeto que, sem ter a existência dos objetos reais, determina, entretanto, a ação social dos homens. O valer dos valores é portanto uma classe de realidade específica que nos permite esclarecer a importância dos objetos neutros para a percepção empírica. Esse valer ou não-indiferença do valor apresenta as características seguintes: em primeiro lugar, os valores são qualidades *sui generis* que alguns objetos chamados de bens possuem. Enquanto qualidades, os valores são objetos não-independentes no sentido husserliano da palavra. Antes de incorporar-se ao portador ou ao depositário, os valores são apenas “possibilidades” sem qualquer existência real. É preciso distinguir qualidade e valor (Lavelle), porque a qualidade de uma coisa é o que a define enquanto tal, enquanto que o valor é o mérito da valorização da coisa digna assim de ser avaliada. Entretanto, o conceito de uma coisa pode servir como padrão ou modelo para a mensuração do valor. Uma coisa possui um valor na medida em que ela realiza a definição de seu conceito (ARNAUD, 1999, p. 819).

Sob o ponto de vista da interpretação sociológica dos valores, Durkheim foi um grande defensor da existência de valores que superam a vontade individual, sendo que a sociedade como um organismo, forma um todo que representa e apresenta os valores, superando a vontade individualmente considerada, pois este todo social é composto de cada elemento, porém os valores se sobrepõem ao indivíduo. Assim, para ele, o valor surge “da relação das coisas com os diferentes aspectos do ideal; mas o ideal não é uma fuga para além do misterioso; ele está na natureza e é da natureza” (DURKHEIM, *apud* REALE, 1977, p. 355).

Assim também para “Scheler e Hartmann, os valores não resultam de nossos desejos, nem são projeção de nossas inclinações psíquicas ou do fato social, mas algo que se põe antes do conhecimento ou da conduta humana, embora podendo ser razão dessa conduta”, de tal forma que “os valores representam um ideal em si e de per si, com uma consistência própria, de maneira que não seriam projetados ou constituídos pelo homem na história, mas

‘descobertos’ pelo homem através da história” (REALE, 1977, p. 358).

Ainda seguindo o pensamento dos citados filósofos, Miguel Reale afirma que “é graças à intuição que podemos penetrar no mundo dos valores” que “só podem ser captados por um contacto direto do espírito, quer emocionalmente, segundo Scheler, quer emocional e eideticamente, segundo Hartmann” (REALE, 1977, p. 359).

Não se pode, dentro dessa linha, fazer confusão entre determinada ‘coisa’ ou fato e o valor que esta determinada ‘coisa’ ou fato possui, isso sob a perspectiva própria da axiologia, eis que se tratam de perspectivas diferentes, apesar disso, “o valor não é uma livre criação do eu, sendo algo objetivo e constituinte de um ser próprio”, que “embora não seja corpóreo, nem mesmo ideal, não deixa de ser realidade intuível emocionalmente”, assim, “como propriedade do ser, constitui um modo de ser que adere ao ser onde este estiver” (PAUPÉRIO, 1977, p. 346).

Dessa forma, dentro do direito de família, o valor que se deve atribuir ao amor é aquele próprio da relação em que se situa, ou seja, dentro do conceito do próprio amor e das relações familiares onde se pode observar empiricamente a sua realização e exteriorização, sem se olvidar que esta manifestação é elemento também relevante para a formação da personalidade da pessoa humana.

Sendo assim, a questão do valor “apresenta uma perspectiva cósmica”,

que de muito transcende o homem. O *amor*, p. ex., como a síntese cristã de todos os valores, que encontra seu desvalor no ódio, será sempre um valor, haja ou não esforço humano de realização da ordem *realizável* pelo homem. Mesmo que não existisse o homem ou que todos os homens se voltassem contra o *amor*, este continuaria, do mesmo modo, a ser o dinamismo da ordem realizada, da ordem cósmica e eterna que tem Deus por autor (PAUPÉRIO, 1977, p. 349).

A família contemporânea, que não mais corresponde àquela de antes, baseada exclusivamente no casamento, carece da valorização do amor em seu seio, não apenas de uma avaliação, pois esta “consiste na apreensão, na aprovação ou na criação de valores”,

correspondendo a “uma ação teórica, enquanto que valorizar é uma ação prática”, ou seja, avaliar “consiste em medir um valor” enquanto que valorizar “em conferir um valor a um objeto ou aumentar o valor que o objeto já possui”, assim, “a avaliação pressupõe um valor que é preciso reconhecer, enquanto se pode dizer que a valorização introduz um valor nas coisas” (ARNAUD, 1999, 819), portanto, há necessidade de se valorar o amor no seio do direito de família.

Na afirmação de Derisi citado por A. Machado Paupério, “os valores, pois são os *bens intermediários* transcendentais, que a consecução do Bem divino impõe ao homem para conseguir seu próprio aperfeiçoamento humano nas múltiplas facetas do seu valor” e conclui que se caracteriza como “objeto em seu aspecto de *bem ou apetecibilidade para o sujeito*” (*apud* PAUPÉRIO, 1977, p. 346).

Mais uma vez, na visão de Miguel Reale, “o elemento de força, de domínio ou de preponderância dos elementos axiológicos ou dos valores resultaria” da “tomada de consciência do espírito perante si mesmo, por meio de suas obras”:

(...) os valores, em última análise, obrigam, porque representam o homem mesmo, como autoconsciência espiritual; e constituem-se na história e pela história porque esta é, no fundo, o reencontro do espírito consigo mesmo, do espírito que se realiza na experiência das gerações, nas vicissitudes do que chamamos “ciclos culturais”, ou *civilizações* (REALE, 1977, p. 360-361).

Ou seja, o valor por não se caracterizar como algo estático, é revelador da experiência do ser humano e acompanha seu desenvolvimento e sua história, evoluindo com o passar dos tempos, sempre permeando a realidade, estando vinculado aos fatores temporais e de espaço de determinada sociedade. Neste aspecto é relevante a advertência de Miguel Reale, para quem não se deve entender, “que os valores só valham por se referirem a dado sujeito empírico, posto como sua *medida e razão de ser*”, pois os valores são referidos “ao homem como *sujeito universal de estimativa*, mas não se reduzem às vivências preferenciais deste ou daquele indivíduo da espécie” exatamente porque “referem-se ao homem que se realiza na

história, ao *processus* da experiência humana de que participamos todos, conscientes ou inconscientes de sua significação universal” (REALE, 1977, p. 362).

Portanto, o tema do valor está intimamente ligado ao ser humano, exatamente porque é ele quem atribui valoração às coisas, partindo da sua própria existência para a realidade da vida.

Este também o fundamento de Miguel Reale que faz um aviso para quem estuda “o problema do valor”, pois deve sempre “partir daquilo que significa o próprio homem”, pois “é o único ser capaz de valores” e “não uma simples entidade psicofísica ou biológica”,

(...) redutível a um conjunto de fatos explicáveis pela psicologia, pela física, pela anatomia, pela biologia. No homem existe algo que representa uma possibilidade de inovação e de superamento. A natureza sempre se repete, segundo a fórmula de todos conhecida, segundo a qual tudo se transforma e nada se cria. Mas o homem representa algo que é um acréscimo à natureza, a sua *capacidade de síntese*, tanto no ato instaurador de novos objetos do conhecimento, como no ato constitutivo de novas formas de vida. O que denominamos *poder nomotético* do espírito consiste em sua faculdade de outorgar sentido aos atos e às coisas, faculdade essa de *natureza simbolizante*, a começar pela instauração *radical da linguagem* (REALE, 1977, p. 363-364).

Para ele, o ser humano “a um só tempo, *é e deve ser*, tendo consciência dessa dignidade”, surgindo “dessa autoconsciência” “a idéia de *pessoa*, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir”,

(...) mas pelo significado ou sentido da existência. Quando apreciamos o problema do homem, toda ontologia se resolve em axiologia, abrindo-se as perspectivas da metafísica. Em verdade, é só do homem que sabemos que *é* e, ao mesmo tempo, *deve ser*, mas é admissível que a mesma questão seja proposta com relação à totalidade dos seres, donde a especulação inevitável sobre o sentido do ser enquanto tal (REALE, 1977, p. 364).

Surge, dentro dessa base, a pessoa como valor fonte ou fundamental para todos os demais, especialmente porque sem o elemento humano a valorar, o dever ser fica sem sentido no espaço e no tempo, “a pessoa, como autoconsciência espiritual, é o valor que dá sentido a todo envolver histórico, ou seja, o valor cuja atualização tendem os renovados esforços do homem em sua faina civilizadora” (REALE, 1977, p. 365).

A pessoa aparece como valor, através do princípio da dignidade humana, assim, na mesma proporção da dificuldade para se estabelecer alguma definição de valor, também não há consenso acerca de uma definição uníssona de princípio, o que se torna relevante para se poder compreender o imperioso papel que este princípio fundamental exerce em todo o ordenamento jurídico, tendo a pessoa como centro.

Não menos complexa é a definição dos chamados princípios fundamentais, isso porque “se pueden distinguir diversos tipos de principios, y la distinción entre principios que tienen como objeto derechos individuales y principios cuyo objeto son bienes colectivos” (ALEXY, 2001, p. 677).

No direito de família, por exemplo, os princípios podem ter como objeto direitos individuais; entretanto, a afetação de seu objeto pode atingir bens coletivos, como expõe Robert Alexy, o que torna ainda mais evidente e difícil a definição e aplicação na interpretação e aplicação do direito.

Relevante nesta oportunidade salientar, que os princípios se diferenciam dos valores, apesar da utilização equivalente que se lhes possa atribuir na prática, isso porque os princípios são absolutos e, constatados, devem ser aplicados, não sendo permitida qualquer variação. Isso não ocorre com os valores, que oscilam de acordo com elementos históricos, geográficos, econômicos, entre outros.

Além disso, a diferença, para a ciência do direito, é fundamentalmente de grau de concretização, onde o princípio tem um grau maior, enquanto que no valor há bipartição entre previsão e consequência (CANARIS, 1996, p. 86).

Esta também o entendimento de Rizzatto Nunes, afirmando que o princípio é absoluto e não se confunde com valor apesar da “confusão que se fez entre os conceitos na linguagem jurídica”, pois, “enquanto valor é sempre um relativo, na medida em que ‘vale’, isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto” e “não comporta

qualquer espécie de relativização”, portanto, se caracteriza como “um axioma inexorável e que, do ponto de vista do Direito, faz parte do próprio linguajar desse setor do conhecimento”, sendo impossível rechaçá-lo.

De tal modo, o valor padece de “toda influência de componente histórico, geográfico, pessoal, social, local, etc. e acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação – jurídicas ou não”, modificando “na proporção da variação do tempo e do espaço, na relação com a própria história corriqueira dos indivíduos”, ao passo que sendo observado o princípio, ele se impõe “sem alternativa de variação” (NUNES, 2002, p. 05).

Os princípios não exaurem em si, um conteúdo semântico explícito, mas, muitas vezes são expressos por palavras com conteúdo aberto e que geram tensão ao redor do seu significado, implicando, por isso, a quase impossibilidade de se interpretarem os princípios através de uma visão extremamente dogmatizada do direito.

Para Alexy, no seu livro ‘Teoria de los derechos fundamentales’, os princípios são normas que determinam condutas com baixo grau de determinabilidade, possuem um conteúdo que possibilita a interpretação e aplicação diversificada, por isso têm baixo grau; um não cede ao outro, quando em confronto, mas os princípios, quando em colisão, se restringem, isso porque são morfologicamente distintos das regras, justamente porque admitem, com sua utilização, a solução do problema, ainda que não utilizados inteiramente.

Certamente, tais considerações deixam evidente a dúvida se há hierarquia entre os princípios de direito fundamental, especialmente em sendo a afirmação positiva, no sentido de se estabelecer direitos mais importantes que outros, conseqüentemente, deve ser definida uma hierarquia, como entende a Suprema Corte alemã, uma jurisprudência de valores.

Alexy admite ser possível a superioridade de direitos entre si, por exemplo, a dignidade da pessoa humana ser superior, pois todos os direitos irão garantir a dignidade

humana, mas, para tanto, entende que todos os processos de ponderação sejam realizados de forma condicionada, tendo em vista que os princípios são razões *prima facie*, enquanto as regras são razões definitivas, traçando com isso, a conexão entre a teoria dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade está diretamente ligado à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, com as teorias jusnaturalistas surgidas inicialmente na Inglaterra, afirmando que os seres humanos teriam direitos inatos, por sua própria natureza, antes mesmo do surgimento do Estado.

Este princípio passou a ser dividido em três sub-princípios: 1) *adequação*, visa equacionar o fim pretendido pela norma e o meio para sua consecução; 2) *necessidade*, equivale na procura do meio menos nocivo para atingir o fim da norma; e finalmente, 3) *proporcionalidade em sentido estrito*, visa a análise teleológica para garantir um direito, restringindo outro que seja valorativamente inferior àquele, permitindo com isso, o equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado (SOUZA, 2005, p. 10-11).

Quando há colisão ou conflito entre princípios não se procede simplesmente a anulação de um e eficácia do outro, há necessidade de preservação das garantias contrárias, sem entretanto, aniquilar a sua substância essencial. Deve, portanto, ser levado em conta, para a solução do conflito, o peso relativo de cada princípio, através de um processo de ponderação entre eles, sendo que no caso de haver conflitos da mesma hierarquia, “o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade da pessoa humana” (DIAS, 2005, p. 53), que será tratado com mais vagar no próximo item.

Assim, deve-se levar em conta a função final do direito, especialmente como ciência, com forte ascendência social, vez que tem por objeto as relações entre pessoas para a pacificação de conflitos, manutenção da ordem e se configura como importante instrumento de realização da justiça. Tanto, que para Paulo Lopo Saraiva, o direito compreende uma

quarta dimensão; a Justiça, considerando que a função finalística do direito é a obtenção da Justiça, ele argumenta, “a percepção da justiça como dimensão teleológica do direito” (SARAIVA, 2002, p. 72).

Esta argumentação da ‘tetradimensionalidade’ do direito tem como fundamento o fato de que a “Constituição brasileira de 1988 é uma constituição principiológica, portanto, valorativa”, sendo completamente diferente dos outros textos constitucionais, pois “a atual Constituição inicia-se com a pauta dos Princípios Fundamentais e não com a organização do Estado, como as anteriores”, concluindo que tal “mudança topográfica impõe uma mudança, também, ôntica e epistemológica” de sorte que “todos os protagonistas do Direito são obrigados a valorar o fato e a norma, para obtenção da Justiça” (SARAIVA, 2002, p. 75).

Feitas tais considerações sobre os direitos naturais, o valor para o direito e a relevância dos princípios na ciência jurídica, importante agora, dentro desse contexto axiológico, fazer uma análise com maior vagar a respeito da dignidade da pessoa humana, isso levando em conta a pessoa como valor, ou melhor, a pessoa como valor máximo do direito, sem olvidar pontualmente o relevo do amor para esta concretização.

2. A PESSOA COMO VALOR

Até aqui foram tratadas as relações específicas do direito de família, com incursão aos aspectos axiológicos do direito e a relevância do direito natural, especialmente para construção valorativa do ordenamento jurídico, observou-se também a relevância da pessoa neste contexto. Deste ponto, a pessoa, o ser humano será o objeto de destaque e tratamento para o estudo em curso, fazendo a necessária ressalva que as expressões ‘pessoa’ e ‘ser humano’ serão utilizadas como sinônimo, sem a preocupação de fazer qualquer distinção entre elas, para não se alongar demasiado e fugir do foco deste trabalho.

Importa, entretanto, ressaltar que “o conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos” e por isso “possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais” e detentora de “dignidade, surge com o Cristianismo” e foi se desenvolvendo ao longo dos tempos até os dias atuais (SANTOS, 1999, p. 19), atribuindo-se inegável valor ao seu conhecimento.

Segundo Edinês Maria Sormani Garcia, o termo “*pessoa* acabou por ser incorporado na linguagem jurídica, designando cada um dos seres da espécie humana”, afirmando nas palavras de Jacques Maritain:

(...) que o homem é uma pessoa, queremos significar que ele não é somente uma porção de matéria, um elemento individual na natureza, como um átomo (...). É assim de algum modo um todo, e não somente uma parte, é em si mesmo um universo, um microssomo, no qual o grande universo pode ser contido por inteiro graças ao conhecimento, e pelo amor pode dar-se livremente a seres que são como outras tantas encarnações de si próprio (...). Asseverar que o homem é pessoa, quer dizer que no fundo do seu ser é um todo mais do que uma parte, e mais independente que servo (MARITAIN *apud* GARCIA, 2003, p. 34).

Para Miguel Reale, ninguém duvida “quanto ao fato de que a tomada de consciência do valor da pessoa humana, ou, o que vem a dar o mesmo, do homem como valor intocável pelos simples fato de ser homem, com todos os seus correlatos” significa “o resultado de um longo e atribulado processo histórico-social, a todo instante posto em crise”, fazendo

(...) abstração, no presente estudo, da indagação sobre as causas da emergência histórica do valor da pessoa, bem como dos valores que defluem desse valor fundamental ou “valor-fonte”, limitando-me a reconhecer que essa visualização genética do assunto implica, a um só tempo, a complementaridade de pesquisas de caráter histórico, sociológico, antropológico, biológico e psicológico. Nenhuma ciência do homem, considerado individual ou coletivamente, é bastante *de per se* para a compreensão do *advento da pessoa*, transcendendo o que há de quantitativo, numérico ou serial no *indivíduo* como tal, pois a questão é conclusivamente filosófica (REALE, 1984, p.06).

Dentro desse aspecto, o autor considera que o “*valor* da pessoa continua sendo uma ‘questão aberta’, suscetível de ser sempre objeto de fecundas indagações originais” o que exige continuamente novas reflexões, em virtude das alterações das “circunstâncias *factuais*”

que envolvem o tema (REALE, 1984, p. 06), especialmente porque o ser humano “é valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com a sua valia”, pois entre “todos os seres, só o homem é capaz de valores, e as ciências do homem são inseparáveis de estimativas” (REALE, 1977, p. 363).

O tema da pessoa será objeto de estudo, e análise mais profunda, sob uma perspectiva psicológica, no próximo capítulo, deixando de fazer nesta oportunidade, um apanhado mais proficuo acerca do conteúdo, remetendo-se para especial leitura do item 1 do capítulo III.

Apesar da complexidade terminológica que se observa no termo, o inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, determina que a República Federativa do Brasil é formada pela união dos Estados e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos, “a dignidade da pessoa humana”. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana representa um dos fundamentos da existência de todo o ordenamento jurídico brasileiro, causando protestos, inclusive, pois “deveria ser apresentado como o fundamento do Estado brasileiro e não apenas como um dos fundamentos” (COMPARATO *apud* GARCIA, 1998, p. 176).

Esta “dignidade da pessoa humana” caracteriza-se por conteúdo indefinido, mesmo assim, é possível observar o seu conceito, historicamente, através de três concepções, utilizando, para tanto, a terminologia de Miguel Reale, da seguinte forma: a) o *individualismo* que confere o indivíduo como centro de proteção, sendo que o interesse coletivo é alcançado com cada pessoa realizando suas atividades dentro de sua esfera individual, neste aspecto a função do Estado é defender as liberdades individuais, devendo não se intrometer na esfera da vida social; b) o *transpersonalismo* que pretende a defesa do coletivo para a realização da dignidade da pessoa, de tal maneira que há sobreposição do interesse social sobre o individual que, quando em conflito, acaba prevalecendo aquele, e, finalmente; c) o *personalismo*

consubstanciado na negativa dos dois anteriores, seja do indivíduo submetido à sociedade ou esta àquele. Aqui se faz uma distinção entre indivíduo e pessoa, esta a concepção mais apropriada, defendendo que se estabeleça com ponderação, em cada caso, os valores em conflito, não se permitindo, porém, sacrificar o valor da pessoa, que se considera, “é absoluto, e há de prevalecer, sempre, sobre qualquer outro valor ou princípio” (SANTOS, 1999, p. 29-32).

Este princípio básico e fundamental do direito brasileiro tem forte característica filosófica, pois todo e qualquer ser humano,

(...) sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão porque desconsiderar uma pessoa significa em última análise, desconsiderar a si próprio. Por isso, é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento (SILVA, 1998, p. 90).

A atenção ao outro, no âmbito de sua dignidade, é de muita relevância, não somente pelo contexto da pesquisa, as relações de família, mas também levando em consideração a afirmação anterior, da experiência social da pessoa, do caráter comunitário intrínseco ao ser humano. Nesse ponto, caberia perguntar: o direito é um fator de inclusão social ou de exclusão social? Até onde o direito está sendo capaz de estabelecer critérios de justiça?

A dignidade do Outro, da outra pessoa, do pobre do sistema capitalista, da mulher da sociedade machista, do filho da sociedade patriarcal, conforme Enrique Dussel afirma, daqueles que são considerados, estatisticamente, como Totalidade, mas que pertencem à periferia, desconhecendo o conteúdo mínimo do significado ‘pessoa’ e menos ainda ‘dignidade’, carecendo das mais basilares necessidades humanas para o desenvolvimento, vivendo, ou melhor, sobrevivendo às esmolas, constituindo verdadeira poluição humana, sem qualquer perspectiva para a ruptura deste desagradável, porque não dizer, horrível paradigma vigente.

Não parece possível estudar a ‘dignidade da pessoa humana’ sem observar, ainda que entre parênteses, esta situação que já se consubstancia em fato notório na vida contemporânea, com a marginalidade crescendo, a miséria sendo desnudada em todo momento.

Situação que não se restringe à pobreza financeira, mas o que é pior, à desgraça que parece consumir qualquer perspectiva de alteração deste quadro, que aniquila o pleno desenvolvimento pessoal, suplantando as diferenças e possibilidade de transformação da pessoa do outro, em pessoa do outro com dignidade.

Na esteira deste desabafo, cabe um breve questionamento, ou melhor, duas breves indagações, que se reputam imperiosas para a análise: o que se deve considerar como ‘dignidade da pessoa humana’? Como se atribuir ao Outro essa dignidade, levando em conta, especialmente, a condição humana de “um ser diferenciado de todos os demais seres da natureza, porque é o único dotado de liberdade, inteligência e vontade, esta diferença nos faz ‘dignos’ da condição humana”? (SOUZA, 2002, p. 179).

Sem pretender responder, categoricamente, a estas questões, mas apenas sugerindo a abertura do debate filosófico e jurídico, partindo do ponto específico das críticas que Enrique Dussel tece a John Rawls e aos “filósofos do Norte”, para utilizar sua terminologia, não se pode fazer uma atribuição filosófica ou mesmo jurídica, a partir de uma realidade distante e não experimentada, sem qualquer contato com as mazelas e as injustiças dos latino-americanos, ou ainda, dos excluídos e oprimidos, para abrigar também os demais ocupantes do que denomina de ‘humanidade do sul’: africanos e asiáticos.

Isso porque, mesmo estando na condição de periferia e desconsiderando as diferenças naturais que ele refuta, somente por completa abstração seria possível estabelecer um contato *íntimo* com o *alter*. Investigar, efetivamente o que, como e onde a ‘dignidade’, para ele será implementada, ou seja, as necessidades de cada um, considerado como outro, na

sua própria condição de outro.

Dentro deste contexto, o direito deve procurar “assegurar a justiça social, distributiva e comutativa na vida coletiva, o Direito é o grande instrumento de promoção do bem comum”, sendo sua finalidade “fundamentalmente promocional”, para tanto, “estabelece sanções repressivas para a violação de suas normas e conseqüências positivas para estimular o cumprimento das mesmas”, não se limitando, porém, somente “a aplicar sanções repressivas”, pois seu fim “é ordenar a vida da sociedade”,

(...) orientando a conduta de seus membros e a atividade de suas instituições. Para esse objetivo, ele estabelece normas e procura garantir a eficácia das mesmas, atribuindo conseqüências positivas a seu cumprimento e negativas ou punitivas à sua violação. Ver no Direito apenas o aplicador de sanções punitivas é diminuí-lo (MONTORO, 1995, p. 206-207).

Portanto, compete ao agente do direito “sistematizar um conjunto de normas jurídicas” que “nunca poderá resultar numa sistemática fechada, com pretensões a resolver, por mecanismos meramente lógicos, todos os problemas que lhe são postos”, podendo “ser visto como um discurso persuasivo, um discurso de conversão, dotado de uma força evocadora, que leva o destinatário da norma a ver verdade” no que estava obscuro, dessa forma, “a adesão do destinatário do discurso normativo nunca é simples submissão, mas decisão, comprometimento e participação” surgindo o direito,

(...) pois, como uma lógica de argumentação, uma lógica de juízos de valor, onde o comportamento preferível, desejável, toma contornos relevantes. Portanto, o direito, hoje, deve ser visto, também, como um direito que tem uma função promocional, que se interessa por comportamentos tidos como desejáveis e, por isso, não se circunscreve a proibir, obrigar ou permitir, mas almeja estimular comportamentos, por meio de medidas diretas ou indiretas (POZZOLI, 2001, p. 167).

Neste contexto, se busca a integração do Outro em sua dignidade, através da aplicação do direito, transformando num ciclo virtuoso para a consecução do bem comum. Nas exatas palavras de Lafayette Pozzoli, “o direito, aplicado visando a uma função promocional, pode assegurar a justiça social, distributiva, comutativa e participativa da

sociedade”, resguardando sob tal “perspectiva uma condição significativa no que diz respeito à realização do bem comum e, especialmente, no exercício pleno da cidadania”, a tal ponto que “essa nova fórmula de analisar o direito acaba, seguramente, abrangendo o produto das decisões dos Tribunais, o que chamamos jurisprudência”, concluindo por “um direito voltado para a proteção e segurança da dignidade da pessoa humana” (POZZOLI, 2001, p. 170).

Enfim, defende-se a tese da concepção do direito em sua função promocional, podendo afirmar tratar-se de um grande legado de Maritain aos humanistas brasileiros que interagem com o sistema jurídico brasileiro, permitindo que juristas inspirados no humanismo maritainiano pudessem fazer a devida adaptação à realidade do país e o direito ter tal operacionalidade e funcionamento, como visto.

Dar ao direito uma função meramente punitiva é diminuí-lo a condição inferior e incompleta cuja eficácia garante menos adequadamente a legitimidade às instituições da sociedade.

Após uma leitura do passado, vê-se que ao direito atual deve ser atribuída uma função promocional, em que o ser humano possa sentir-se estimulado com os comandos emanados das normas jurídicas que lhe interpelam, mais do que impô-las, suscitando comportamentos sociais desejáveis que reflitam no bem-estar de cada um e no bem comum de todos (POZZOLI, 2001, p. 179).

Para a consumação do direito e da justiça, como reflexo no bem de todos significa, “fundamentalmente, uma atitude subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens, isso pelo fato de que em todas as “relações com outros homens,”

podemos ter uma atitude de “dominação”, como fazemos com os animais e demais seres inferiores, ou de “respeito”, como se impõe entre pessoas humanas. Esta última é a que caracteriza a justiça. Com razão, observa Bodenheimer que o elemento subjetivo nas definições de justiça, “de tão extraordinária importância, nem sempre tem recebido a atenção que merece”. Definida como vontade ou disposição do espírito, a justiça exige uma atitude de respeito para com os outros, uma presteza em dar ou deixar aos outros aquilo que tenham o direito de receber ou conservar. “Este elemento intersubjetivo na idéia de justiça é de caráter verdadeiramente universal e válido de modo geral. Falhando ele, a justiça não pode florescer numa sociedade. Para funcionar eficazmente, a justiça requer a libertação dos impulsos exclusivamente egoísticos. O egoísta reivindica direitos sobre os bens do mundo, sem considerar as razoáveis reivindicações dos outros. A justiça se opõe a essa tendência, exigindo que se respeitem os direitos e as pretensões das demais. Sem uma atitude pessoal de “preocupação com os outros”, e sem a vontade de ser equânime, os fins da justiça não podem ser normalmente atingidos.

É esse um aspecto fundamental do problema. A justiça não é o sentimento que cada um tem de seu próprio bem-estar ou felicidade, como pretendem alguns. Mas, pelo contrário, é o reconhecimento de que cada um deve

respeitar o bem e a dignidade dos outros. Como disse Dabin, esse reconhecimento implica sem dúvida uma metafísica: a do valor absoluto da pessoa humana (MONTORO, 1997, p. 126-127).

No mesmo sentido, afirma Oscar Vilhena Vieira, “o papel dos direitos é assegurar esferas de autonomia ou dignidade, para os kantianos, ou de interesses, para os utilitaristas”, permitindo “aos seres humanos se relacionar e conviver sem que essa liberdade ou que esses interesses se encontrem constantemente ameaçados pelas liberdades e interesses dos demais”, dessa forma, “invocar valores ou interesses a partir da linguagem dos direitos significa reivindicar uma situação especial para esses valores ou interesses” (VIEIRA, 2001, p. 298).

Por outro lado, retornando à questão suscitada anteriormente, resta ainda a dúvida quanto à indagação da extensão do princípio constitucional da ‘dignidade da pessoa humana’, pois se trata de um tema não pacífico e até, de certo modo, desconhecido, podendo “deduzir que tal discurso legal de índole constitucional, socioideologicamente construído” quando mantém “aberto os traços do que deva ser entendido como ‘dignidade da pessoa humana’, leva-nos a um sentido de ambigüidade e vagueza da expressão” (LOWENTHAL, 2001, p. 333).

Com isso, não se esquecendo da situação exposta acima, onde se observa o grande número de pessoas que sobrevivem distantes da condição de ‘pessoa’ e ainda mais afastadas da existência de um mínimo de ‘dignidade’, considerando também a finalidade promocional do direito, parece não estar havendo a implementação efetiva de sua função, o que é pior, não se efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana e não se alcança a finalidade da justiça. Não se observa o fechamento do ciclo virtuoso vislumbrado anteriormente, carecendo de concretização, diante da realidade que salta aos olhos.

Esta situação é explicada com propriedade por Anamaria Valiengo Lowenthal que analisa a expressão ‘dignidade humana’ sob a perspectiva da semiótica jurídica e conclui que ao deixar, “propositalmente, apagado e esquecido o significado de sua fundamentação – ‘a

dignidade da pessoa humana’ – , tal discurso pode tranquilamente esquivar-se de cumprir seus propósitos objetivos, porque estes estão esmaecidos, dúbios, apagados” (LOWENTHAL, 2001, p. 334).

Ao desproteger as pessoas que se encontram em situações fáticas, que nos autorizariam a considerá-las não possuidoras dos requisitos primordiais para ser consideradas portadoras de uma dignidade inerente a elas mesmas, como pessoas humanas, o Estado se resguarda de cobrança por parte das outras pessoas humanas prenes de dignidade, que ao se considerarem dignas graças a si mesmas e ao Estado, por sua vez, consideram os grandes segmentos da população indignos e, até, segmentos compostos de não-pessoas (LOWENTHAL, 2001, p. 334).

“Ora, se isto ocorre,” prossegue a autora, “os segmentos dignos não se importam em averiguar que outrem, ou seja, que seus concidadãos estão em situação de indignidade” ou, ainda que se verifiquem estas ocorrências, “por vezes alarmantes e injustas, não se comprometem em postular pela dignidade dos não-dignos, pois não os consideram, ainda que inconscientemente, pessoas”, seguindo sua trajetória, apesar de “no decorrer de sua caminhada, tenham que se desviar e mesmo procurar evitar a visão” desses “que habitam os vãos e os caixotes de papelão, os barracos insalubres e os subsolos dos metrôs e dos viadutos”. Sequer “se indagam, os cidadãos dignos, se o Estado está descumprindo e, até mesmo, violando, e gravemente, seus fundamentos constitucionais”, exatamente “porque tais segmentos indignos, em sua indignidade, fazem parte dos grupos de não-pessoas humanas, e portanto, como não-pessoas, porque indignos ou não-dignos” jamais “teriam seus direitos de pessoas humanas garantidos e tangidos pelo próprio discurso constitucional, que se funda nos valores da pessoa humana digna” (LOWENTHAL, 2001, p. 334).

Sob este argumento constitucional, “ao deixar ambíguo, vago ou mesmo apagado e esquecido o conteúdo significativo da ‘dignidade da pessoa humana’” se confere, “por sua própria índole, uma cruel e proposital espécie de desconsideração ao citado valor” autorizando o inadimplemento com este valor, “que é deixado a vagar pelas malhas da rede constitucional como se fosse a expressão ‘dignidade da pessoa humana’ mera figura de

retórica”, gerando idéia “de que o Estado apenas vela e protege os abastados,”

(...) os que têm trabalho, os cidadãos, enquanto os que nada têm fazem parte de uma marginalia que não é identificada pela Constituição e, por conseguinte, pelo Estado, porque está fora do conteúdo do discurso constitucional protetor e garantidor. Teoricamente bem construído, o discurso constitucional, ao expressar a ‘dignidade da pessoa humana’ como seu fundamento, está gerando, na prática do mundo fático nacional, gravíssimas situações em que a dignidade da pessoa humana a todo momento é violada e jamais alcançada, e possibilitando que a Constituição e seu discurso se mantenham a salvo de críticas e cobranças, dando vez à aprovação e ao aval de grande parte dos cidadãos cegados e ensurdecidos pela voz omissa e capciosa do próprio discurso constitucional (LOWENTHAL, 2001, p. 334-335).

Contrária a este posicionamento, entretanto, Judith Martins-Costa argumenta em estudo a respeito dos danos à pessoa e a sua reparação, que “mais do que uma ‘vazia expressão’, como poderiam pensar os que estão ainda aferrados à concepção legalista estrita do ordenamento jurídico”,

(...) a afirmação do princípio, que nos mais diferentes países tem sido vista como um princípio estruturante da ordem constitucional – apontando-se-lhe inclusive um valor “refundante” da inteira disciplina privada –, significa que a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a pessoa, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o “valor fonte” que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico. (MARTINS-COSTA, 2001, p. 25)

Apesar de alguns avanços, como lembra a autora, a situação contemporânea é muito precária, nos dias atuais há um verdadeiro bombardeio de produtos e ofertas das mais variadas, a necessidade tida como vital de crescimento econômico, a gana desenfreada por informações, o uso indiscriminado de mecanismos para a satisfação pessoal, um individualismo competitivo que parece transformar o ser humano em objeto.

Dentro deste quadro, as pessoas encontram, como afirma Rollo May, “boas razões externas para se julgar insignificante e impotente como pessoa”, indagam “como agir” diante “dos gigantescos movimentos econômicos, políticos e sociais do nosso tempo?” Passa a existir, segundo ele, uma crença no autoritarismo da religião, da ciência e da política, “não

porque tantos nele acreditem explicitamente, mas porque se sentem individualmente incapazes e ansiosos”, prosseguindo num raciocínio de que nada se pode fazer, “senão acompanhar o líder político das massas (como aconteceu na Europa), ou a autoridade dos costumes, da opinião pública e das expectativas sociais”. Perdeu-se, ainda sob sua visão, a “fé na dignidade da pessoa” e este declínio “é em parte a *causa* desses movimentos sociais e políticos das massas”, fechando-se assim o ciclo vicioso, daí a necessidade de “lutar em duas frentes – combater o totalitarismo e as outras tendências para a desumanização da pessoa, e recuperar a experiência e a fé no valor e na dignidade da pessoa humana” (MAY, 2004, p. 48-49).

Este nefasto quadro transforma impraticável o princípio fundamental do Estado brasileiro, sendo que sua realização deve passar antes, pela descoberta da ‘pessoa humana como pessoa’ e pelo ‘encontro desta pessoa com o Outro’. Tal processo, porém, de se encontrar a si e ao Outro, requer a ruptura com o paradigma existente, requer um autoconhecimento ativo e o completo desenvolvimento da personalidade pessoal.

Para este despertar, o caminho mais objetivo é escoltado pelo amor, primeiro pelo amor próprio, seguido do amor fraterno, capaz de ver no outro, o ‘Eu significativo’ de cada um, num processo de respeito e interação mútua, numa unidade fraterna para a realização plena da capacidade humana de ser fim em si mesma, de ser pessoa com dignidade e não apenas valor como afirmou o filósofo da razão (KANT, 1986, p. 77).

Talvez esta conquista de si e do outro e para além do outro possa responder, ou melhor, embasar argumentos para a proposta formulada linhas atrás, cumprindo finalmente, o direito, sua função promocional, de inclusão social e efetividade da Justiça, amparado por critério abstrato, mas não por isso inconsistente, do amor.

Conclui, neste sentido Enrique Dussel, para quem o “homem perfeito será aquele que por sua bondade, sua plenitude antropológica, pode abrir-se ao Outro gratuitamente como

outro, não por motivos fundados em seu próprio projeto de Totalidade,” entretanto movido “por um amor que ama primeiro alterativamente: o amor-de-justiça” (DUSSEL, 1995, p. 43).

Com o complemento de Rizzato Nunes, para quem ou desde logo “se coloca como um absoluto e ao se preencher com o conteúdo da dignidade humana se luta por uma implementação, ou a batalha está perdida” em meio ao “relativismo histórico e manipulação espúria dos que momentaneamente detêm algum tipo de poder na sociedade e que, ao exercê-lo, sempre adiem a fundação de uma sociedade mais justa e igualitária” que antes de mais nada “respeite a dignidade da pessoa humana” (NUNES, 2002, p. 07).

É na família, como esteio deste despertar, onde o encontro consigo e com o outro ocorre primeiramente, que se pode plantar as esperanças para implementação de melhor aplicação do direito e da justiça. Daí a relevância desse primeiro grupo coletivo na vida de toda pessoa. Na família o encontro social surge mesclado, desde os primeiros dias de vida, pelo sentimento do amor. O combustível de ligação e união que ampara, protege e mantém agrupados os membros da instituição familiar e auxilia no aperfeiçoamento humano e construção da gênese da dignidade individual e do outro, por isso sua importância, inclusive para os agentes do direito que estudam as relações de família.

3. OS VALORES DA FAMÍLIA

A família é, sem dúvida, a primeira e talvez a mais importante fonte de valores para a formação da pessoa humana, como restou demonstrado nos itens anteriores. Sem o trato inicial dado pela família, a cada novo membro, desde a estréia de uma nova vida, certamente não seria possível a constituição da humanidade tal como conhecida hoje.

Apesar de tantos dissabores e das desigualdades ainda encontradas, largos e vigorosos foram os passos do ser humano ao longo da história, no caminho do progresso

coletivo, entretanto, muito ainda precisa ser conquistado, como se pôde observar no decorrer de toda a narrativa empreendida até aqui.

É possível afirmar, por outro lado, que não se pode atribuir unicamente à família e somente a ela, toda a responsabilidade para o desenvolvimento humano, havendo necessidade de se fazer esta ressalva. Esta instituição, talvez seja a de maior responsabilidade para tanto, porém, não exclusivamente. Tanto assim, que dispõe expressamente o artigo 227 da Constituição Federal que o dever de “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” é “da família, da sociedade e do Estado”, o que demonstra competência concorrente e não exclusiva da família.

Todas as funções da vida do homem são funções sociais, isto é, que só as tem o homem enquanto vive em sociedade com os outros homens. Fora dela seria, segundo a frase clássica de Aristóteles, um ‘animal ou um deus’. A realidade social é atividade humana que existe onde se encontre uma massa de homens que mantenha entre si as relações ordenadas.

Nenhum indivíduo pode furtar-se a vida social, nenhuma sociedade por sua vez, pode furtar-se a organização, mesmo que primitiva, desta necessária convivência de múltiplas liberdades. A esse contexto das relações práticas que o homem tem com os outros homens pertence o mundo do Direito. Refere-se, de acordo com a afirmativa essencial de Kant, ‘ao conjunto de condições mediante as quais o arbítrio de cada um deve se acordar com o arbítrio dos outros segundo uma lei universal de liberdade’ (PADILHA, 2000, p. 188).

O parágrafo terceiro do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”, donde se conclui da preocupação comum de todos os povos, para proteção e respeito à família, atribuindo também à sociedade e ao Estado a obrigação de protegê-la para sua existência se prolongar e se manter, dada a sua relevância na gênese humana.

Portanto, outras instituições, também a sociedade e o Estado, devem se preocupar

com a família. Segundo Carlos Aurélio Mota de Souza ao explorar “os abismos da eternidade, descobrimos que sempre existiu uma Pessoa que é o Pai, alguém que é o Filho, e alguém que é o Amor entre Pai e Filho” de tal forma que “existe uma comunidade que sempre viveu de forma trinitária, em atitude de amor recíproco”, assim, prossegue ele, “a família humana é, também, uma realidade, na qual o Pai está relacionado ou voltado para outra realidade, a Mãe, e de cujo amor mútuo nasce a realidade Filho(s), constituindo a comunidade familiar” como se conhece hoje e igualmente no passado (SOUZA, 2002, p. 186).

Indagando sobre sua origem e valores que a informam, o autor segue o raciocínio de que “quando se fala ‘Pai’, de imediato pensamos em um ‘Filho’, e também pensamos em uma ‘Mãe’”, exatamente porque, “ninguém é ‘Filho’ sem uma ‘Mãe’ e um ‘Pai’”, assim, “a realidade Pai é essencialmente relacionada com a realidade Mãe”, este “‘relacionado’ significa estar voltado para outra realidade, enfim, é SER PARA alguém” consistindo “a primeira realidade ‘essencialmente relativa’ ou ‘relacionada em essência’, entre duas realidades”, tanto que “a relação Pai-Mãe ou Pai-Mãe-Filho é sempre uma realidade amorosa”, pois “também o amor entre as pessoas é ‘relação’, é um ‘estar relacionado’, é o SER PARA da pessoa que ama à pessoa amada”, com a finalidade de “se realizarem, primeiramente como Pessoas, como Comunidade familiar, e depois Comunidade social, e constituem os valores fundamentais que informam a vida familiar e comunitária em geral” (SOUZA, 2002, p. 186-187).

Esta característica essencial e presente em todas as formas de família, atribui a esta ligação “o sentido de reciprocidade” e se resume numa entrega mútua não somente “no nível do instinto, pois “na verdade, o amor humano emerge a nível de espírito, transcende do plano da necessidade para o da liberdade, do sentido e dos valores, inclusive para o Absoluto”, isso porque, “Família é” “um dom mútuo do esposo e da esposa”,

dos pais e dos filhos, dos irmãos entre si, dos parentes em geral, criando laços de solidariedade: cada membro cresce em dignidade humana na

medida em que se empenha na valorização do outro; daí dever ser a família um modelo para as sociedades.

Trata-se aqui, tanto da comunidade familiar restrita, como o seu desdobramento, a comunidade social, mais ampla. Podemos dizer a trindade familiar, Pai-Mãe-Filho, é essencialmente SER PARA uns aos outros, necessária, imediata e mutuamente, bem como para todos os parentes, ascendentes e colaterais.

Onde houver o SER PARA de uma pessoa para a outra, ali haverá “comunidade” familiar. Portanto, só há comunidade onde cada pessoa está voltada para atender aos desejos e necessidades das demais pessoas (SOUZA, 2002, p. 187).

Esta atitude é observada em algumas famílias hodiernas, estruturadas no amor e na comunhão fraterna entre os seus membros, embasada no diálogo e no respeito, estes organismos funcionam perfeitamente bem, distribuindo alegria e contaminando o ambiente com a felicidade e adesão de todos os integrantes. Entretanto, pode-se afirmar, que a grande maioria das famílias não correspondem a este padrão de amor e aliança, padecendo de desencontros e infelicidades, não contribuindo em nada para o desenvolvimento de cada integrante no contexto mais amplo da sociedade.

Onde houver “comunidade” haverá também VIDA, pois onde uma pessoa “é para” a outra, haverá comunhão, comunicação, convivência, em suma, haverá “vida”, onde não houver o estar voltado para o outro aí não haverá vida, mas MORTE. Numa família, onde houver “comunidade” e “vida”, haverá “Felicidade” (SOUZA, 2002, p. 188).

Não é incomum atualmente, pensamentos pessimistas prevendo o fim da família, dada a alteração e profusão de valores e tendências que são apresentadas a cada instante, o que tem explicação, porque toda a transformação pelas quais passa o ser humano, a primeira instituição a senti-la é a família, representada como o início de convívio social.

É na família que principia o aprendizado de socialização do ser humano, também nela há transferências de valores e princípios, tais como a generosidade, o carinho, o companheirismo, o diálogo, o exemplo, a fé e a crença religiosa, a educação, entre outros, que marcam a vida individual ao longo de sua existência, na busca da implementação da auto-estima de cada “eu” que compõe a família.

A manutenção da família é preocupação para José Arthur Giannotti, pois para ele, a “pequena ética” “é um dos esteios da família contemporânea” porque não “se sabe se as relações internas pelas quais ela se tece estão sendo reforçadas ou solapadas, de ambos os lados a confiança pode ser aparente” podendo haver interpretação diferente das condutas no convívio, sendo que “o possível choque de intenções se torna explosivo se todos não estiverem dispostos a manter seus próprios rituais,”

a despeito de estarem sendo praticados unicamente por respeito à família, e não mais por cada um de seus membros. A ética da convicção se retira diante da necessidade de manter-se uma ética da eficácia, enquanto as pessoas avaliarem que é melhor ter família do que estar solto no mundo. Quando isso não mais acontece, o indivíduo vem a ser outro como outro qualquer, sem eira nem beira além de seu *status* social, fora da intimidade e da amizade, procurando viver na indiferença do anonimato, ou então se ligando ferozmente a um ideal público posto como absoluto, em vista do qual pode até mesmo sacrificar sua própria vida. O mártir encontra-se a si mesmo num único espelho que, por ser único, deixa de refletir as diferenças de moralidade e impede o exercício da tolerância. O outro não lhe vem a ser mais do que a norma ela mesma, desvinculada de suas condições de existência, de sua inserção na diversidade do mundo. Desse modo, vem a ser somente porque pretende ir além dele mesmo, negação completa das vicissitudes da vida (GIANNOTTI, 2003, p. 93).

Donde se abstrai a importância da família que também é constatada nas palavras de Chiara Lubich que pretende

(...) despertar em todos nós um compromisso concreto de ação em todas as formas e de todos os modos possíveis para o verdadeiro bem da família. É extremamente importante, de fato, a saúde da primeira célula da sociedade para o destino de toda a humanidade. Salvar a família – escreve o grande escritor católico Iginio Giordani – é salvar a civilização. O Estado é feito de famílias; se estas decaem, também aquela vacila. E diz ainda: “Os esposos se tornam colaboradores de Deus dando à humanidade vida e amor... Amor que da família se expande para a profissão, para a cidade, para a nação, para a humanidade. É uma distribuição em círculos como uma onda que se propaga até o infinito. Há vinte séculos arde uma inquietude revolucionária, acesa pelo Evangelho e requer amor” (LUBICH, 2006, p. 01).

“A família nada mais do que uma engrenagem, um cofre precioso, um mistério de amor: amor nupcial, materno, paterno, amor da avó pelos netinhos, das netinhas pelo avô, pelas tias e primos”, prossegue ela, “se a família fracassou no mundo, é porque faltou amor”,

pois “onde o amor se extingue, a família se esfacela” devendo as famílias “se abastecer na fonte do Amor”, de “Deus-Amor que conhece o que é a família, que a planejou como uma obra-prima de amor, sinal, símbolo, modelo de todos seus desígnios” constituindo-a “com amor”, o que “é sinal de que Ele poderá curar a família igualmente com amor (LUBICH, 2006, p. 01).

Oportuna, neste momento, a lição de Erich Fromm, para quem o “desejo de fusão interpessoal é o impulso mais poderoso que há no homem”, constituindo “a paixão mais fundamental, é a força que mantém junta a espécie humana, o clã, a família, a sociedade”, de sorte que a impossibilidade de “realizá-la significa loucura ou destruição – autodestruição e destruição dos outros. Sem amor, a humanidade não poderia existir por um só dia”, entretanto, preocupa-se ele, “se chamarmos de ‘amor’ essa realização da união interpessoal, estaremos em séria dificuldade”, pois a “fusão pode ser alcançada de diferentes formas e as diferenças não são menos significativas do que é comum às várias formas de amor”, donde surge a indagação: “será que todas elas podem ser chamadas de amor? Ou será que devemos reservar a palavra ‘amor’ para apenas um tipo específico de união” que representa “a virtude real em todas as grandes religiões humanistas e em todos os grandes sistemas filosóficos dos últimos quatro mil anos?” (FROMM, 2000, p. 23).

Na sociedade contemporânea existem todos os tipos de dependência fazendo-se passar por amor, uma vez que há tantas pessoas ansiosas, solitárias e vazias. Variam entre diferentes tipos de ajuda recíproca ou recíproca satisfação de desejos (que talvez sejam bastante sérios, caso recebam suas verdadeiras denominações), passando pelas várias formas “comerciais” de relação pessoal, até chegar ao nítido masoquismo parasítico. Não é raro encontrarem-se duas pessoas que, sentindo-se solitárias e vazias, entram numa espécie de relacionamento, um mútuo acordo, para proteger-se da solidão (MAY, 2004, p. 201).

A crença da modernidade, como afirma Rollo May, surgida no Renascimento, é no sentido do valor da competição individual, do trabalho pessoal buscando a produção e o aperfeiçoamento de riquezas. Porém, nos dias atuais, esta busca solitária vem perdendo o

sentido, pois para sobrevivência há necessidade de inserção em “grupos mais amplos”, encontrando-se, o ser humano, num verdadeiro conflito valorativo, pois foi condicionado para avançar diante dos outros, enquanto, “o êxito de cada um depende muito mais, hoje em dia, de saber trabalhar em equipe” (MAY, 2004, p. 40), aprendizado obtido na família.

Constata-se que o ser humano é eminentemente um ser social, e como tal é dado à valoração de seus atos, relações e vida. A primeira base de argumento valorativo transferido à pessoa deriva da família, assim como toda a estrutura que seguirá e propiciará o seu desenvolvimento, seja para a prática do bem ou do mal. De outra forma, a pessoa perfeitamente estruturada poderá transferir à família, lições de vida e aprendizado fraterno, fechando com isso, um círculo virtuoso entre a família e a pessoa, cujo amálgama deve ser o poderoso sentimento do amor.

Surge dessa relação benéfica, o interesse do direito de família, para proporcionar o enriquecimento pessoal e familiar, dentro da promoção da dignidade da pessoa humana que acarretará também a ascensão da família, impulsionada pelas raízes específicas e não escritas leis do direito natural.

Clama-se pela necessidade de resgatar o convívio entre iguais, com respeito, solidariedade e fraternidade, atributos que somente podem ser alcançados se acompanhados de afeto, de amor, dedicando-se a este sentimento de união o próximo e derradeiro capítulo.

III. O AFETO

O afeto a que se prende o presente estudo tem por base muito mais o senso comum da expressão e da tradição filosófica, do que as definições técnicas da psicanálise, onde o afeto equivale à energia psíquica, à energia “dos impulsos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas, objetos, significativos. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações, e ainda influenciam nossa forma de interpretar o mundo” (GROENINGA, 2003, p. 130).

A psicanálise, buscou o termo “afeto” na psicologia alemã e “exprime qualquer estado afetivo, penoso ou desagradável, vago ou qualificado, quer se apresente sob a forma de uma descarga maciça, quer como tonalidade geral”, de tal forma que representa “a expressão qualitativa da quantidade de energia pulsional e das suas variações”, como escreveu Jean Laplanche no “Vocabulário da Psicanálise” (LAPLANCHE, 1992, p. 9).

Para Nicola Abbagnano, o termo afeto deve ser entendido, “no uso comum”, como:

(...) as emoções positivas que se referem a pessoas e que não têm o caráter dominante e totalitário da *paixão*. Enquanto as emoções podem referir-se tanto a pessoas quanto a coisas, fatos ou situações, os afetos constituem a classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à tonalidade indicada pelo adjetivo “afetuoso”, e que, por isso, exclui o caráter exclusivista e dominante da *paixão*. Essa palavra designa o conjunto de atos ou de atitudes como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura, etc., que, no seu todo, podem ser caracterizados como a situação em que uma pessoa “preocupa-se com” ou “cuida de” outra pessoa ou em que esta responde, positivamente, aos cuidados ou a preocupação de que foi objeto. O que comumente se chama de “necessidade de afeto” é a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas dificuldades, seguido com olhar benévolo e confiante. Nesse sentido, o afeto não é senão uma das formas do *amor* (ABBAGNANO, 2000, p. 21).

Para circunscrever ao tema inicial da pesquisa, no campo das relações de família, serão desconsiderados, no presente trabalho, os afetos descritos na ‘Teoria dos Instintos’, de Sigmund Freud, relacionados com o instinto agressivo ou destrutivo; primeiro para não se alongar nas searas da violência, que de acordo com Freud, são próprias da pessoa humana,

segundo para permanecer vinculado aos instintos “que tendem a preservar e a unir – que denominamos ‘eróticos’”, ou seja, os afetos de vida, o amor e, finalmente, porque se pretende fazer um clamor textual ao amor no universo jurídico, chamando a atenção do estudioso do direito, para este importante elemento formador das relações de direito de família, excluindo, por isso, a análise dos impulsos agressivos ou “instintos de morte” (FREUD, 2006, 09-11).

Assim, na seara do direito de família as relações de afeto, no sentido mais amplo da expressão, inclusive expressão de amor, são encontradas com maior ênfase e implicam uma série de conseqüências, ajustes e desajustes das pessoas, exatamente porque é dentro dessa entidade coletiva que o indivíduo começa seu desenvolvimento e seu encontro com um grupo mais amplo e estranho; o grupo social.

Hodiernamente, falar dos envoltimentos familiares sem ponderar a relevância do afeto, do amor, como fator inerente dessa relação importa negar aos membros do corpo social familiar, a verdadeira realidade da vida, ou seja, analisar apenas sob uma ótica limitada uma estrutura tão complexa como o vínculo familiar entre cada membro desta coletividade.

Faz-se necessário ainda, delimitar a expressão para o estudo desenvolvido. Afeto representando muito mais o sentimento do amor, do que propriamente de afeição, de impulsividade como estuda a psicanálise. Desse prisma, talvez conceituar o amor não seja tão importante quanto saber da sua influência e relevância nessas relações, pois já para Aristóteles, o amor é considerado o sentimento dos seres imperfeitos, pois sua finalidade fundamental era levar o ser humano à perfeição, donde se conclui não somente a necessidade desse sentimento para a pessoa, como também para o seu desenvolvimento.

Tão nobre sentimento é no mínimo intrigante, pois é grande a dificuldade de se definir o amor, como poeticamente assinalou Gabriel Chalita, sendo “uma das palavras mais fascinantes em todos idiomas”,

(...) tanto na cultura ocidental quanto na cultura oriental. Até porque, independentemente da língua escolhida, os significados desse termo trazem

em seu bojo um caráter vigoroso e múltiplo. O amor é um conceito diverso, repleto de contrastes, antíteses, paradoxos e peculiaridades que o tornam tão singular quanto complexo. Por isso, defini-lo é muito mais do que uma simples demonstração de conhecimento lingüístico, é antes de tudo uma empreitada desafiadora (CHALITA, 2003, p. 19-20).

Para Rollo May, em seu livro “O homem a procura de si mesmo”, o amor pode ser definido como “um encantamento na presença da pessoa amada e uma afirmação de seu valor e evolução em grau idêntico ao nosso. Assim há dois elementos no amor: o valor e o bem da outra pessoa amada e a nossa alegria e felicidade em relação a ela.” Prossegue o autor afirmando que pressupõe à capacidade de amar,

(...) a autopercepção, porque o amor exige empatia com a outra pessoa, a apreciação e a afirmação de suas potencialidades. O amor pressupõe também liberdade; não há dúvida de que se não for livremente dado não é amor. “Amar alguém porque não se está livre para amar a outra pessoa, ou porque por acidente de família se está a ela relacionado não é amar. Além do mais, se a pessoa “ama” porque não pode passar sem a outra, o amor não é dado por livre escolha, pois seria impossível optar por não amar. A marca desse “amor” não livre é a indiscriminação; não distingue as qualidades da pessoa amada das de qualquer outra pessoa. Em tal relacionamento o objeto do amor não é de fato “distinguido” por quem afirma amá-lo – poderia muito bem ser qualquer outra pessoa. Nem quem ama, nem quem é amado age como *pessoa* em tal relacionamento; o primeiro não age com liberdade, e o último é sobretudo um objeto que se agarra (MAY, 2004, p. 201).

No mesmo sentido, Erich Fromm, entende que o amor é uma arte e como tal deve ser conhecida, aprendida e exercitada, apesar de que, no mundo moderno, “tudo é considerado mais importante que o amor: o sucesso, o prestígio, o dinheiro, o poder” e as pessoas, de um modo geral, não dispõem a energia necessária para “aprender a arte de amar” (FROMM, 2000, p. 7). É muito difícil, porém não impossível, encontrar em nossos dias o amor maduro que representa “a união sob a condição de preservar sua integridade, sua individualidade. O amor é um poder ativo” da espécie humana;

(...) um poder que atravessa as paredes que separam o homem dos outros homens, que o une com os outros; o amor o leva a superar a sensação de isolamento e de separação, mas lhe permite ser ele mesmo, manter sua integridade. No amor sucede um paradoxo: o de que dois seres se tornam um, mesmo permanecendo dois (FROMM, 2000, p. 26).

Diante de tamanha complexidade, torna-se inimaginável que a vida familiar

cotidiana seja desenvolvida isoladamente e com o fito exclusivo de proteção e perpetuação da espécie, como outrora, isso porque o desenvolvimento e as facilidades tecnológicas, bem como a própria característica humana nos dias modernos, distancia em muito dos tempos remotos, sem mencionar que já no estado de natureza, muito longe da realidade social moderna, Rousseau defendia a essência humana alheia a qualquer atributo bom ou mau.

Parece, a princípio, que os homens nesse estado de natureza, não havendo entre si qualquer espécie de relação moral ou de deveres comuns, não poderiam ser nem bons nem maus ou possuir vícios e virtudes, a menos que, tomando estas palavras num sentido físico, se considerem como vícios do indivíduo as qualidades capazes de prejudicar sua própria conservação, e virtudes aquelas capazes de em seu favor contribuir, caso em que se poderia chamar de mais virtuosos àqueles que menos resistissem aos impulsos simples da natureza (ROUSSEAU, 1987-1988, p.55).

Portanto, existe amor nas manifestações mais singelas da vida contemporânea, ainda que não haja a observação continuada de quem pratica determinados atos. Por certo há presença do afeto nas manifestações entre marido e mulher, companheiro e companheira, especialmente na tentativa de união de vidas para alcançar a felicidade; nas relações entre pais e filhos, sendo esta união afetiva também vinculada a outros elementos e ainda, entre irmãos, o amor fraterno que corresponde uma aliança entre pessoas iguais, sem hierarquia entre elas.

Dessa forma, em toda relação do meio familiar, a presença do amor está presente e deve ser considerada. Logicamente que esta presença deve ser observada, sob o ponto de vista da necessidade humana de união, portanto, quando se sustenta a existência de amor nas relações familiares, não se quer dizer que está efetivamente presente, mas que de forma mediana, e, partindo do princípio da união fraterna entre os povos, este sentimento deva permear tais enlaces, eis que nas relações entre cada ser humano deve estar presente.

Não se faz a defesa de um ponto de vista ingênuo e até leviano, de se acreditar piamente na benevolência humana, especialmente porque “o amor é na realidade um fenômeno relativamente raro em nossa sociedade”, muitos relacionamentos levam a denominação de amor, mas não passam de “impulsos sentimentais”. Esta expressão é usada

muitas vezes de forma desonesta na tentativa de encobrir “os verdadeiros motivos do relacionamento”, entretanto, há sentimentos sérios, em que as pessoas realmente se envolvem (MAY, 2004, p. 198-199).

Neste aspecto, não se deve descuidar dos impulsos de morte ou de destruição, inerentes ao ser humano, como Freud já denunciara à Einstein, conforme se observou em linhas anteriores e que estão presentes na formação da pessoa, muitas vezes provocando situações de imenso conflito interno, até mesmo confundindo o sentimento do amor, com paixões momentâneas ou ímpetos superficiais de apego a outra pessoa.

O amor só é possível se duas pessoas se comunicam a partir do centro da sua existência, logo se cada um se experimenta a partir do centro da sua existência. Somente essa “experiência central” é realidade humana, somente nela há vida, somente nela está a base para o amor. O amor, assim experimentado, é um desafio constante; ele não é um lugar de descanso, mas um movimentar-se, crescer, trabalhar juntos. Se há harmonia ou conflito, alegria ou tristeza, isso é secundário em relação ao fato fundamental de que duas pessoas se experimentam a partir da essência da sua existência, de que elas constituem uma unidade com o outro sendo umas consigo mesmas, em vez de fugir de si. Só há uma prova da presença do amor: a profundidade do relacionamento e a vivacidade e a força de cada um dos dois. É por esse fruto que o amor é reconhecido (FROMM, 2000, p. 128).

Além disso, o amor tem fundamento jurídico também, a rechaçar qualquer pensamento contrário, pois a própria Constituição Federal expressamente determina a proteção à comunidade formada pelos pais e seus descendentes, e a proteção aos filhos, inclusive adotivos, que correspondem juridicamente ao vínculo afetivo, amoroso, constituído no seio familiar.

Por estes motivos, as vinculações afetivas, passam a ocupar maior relevo na seara do direito, havendo a necessidade de despertar para o debate acerca deste elemento, especialmente quando em conflito com fatores biológicos, conforme esclarece Paulo Luiz Netto Lôbo, à evidência do afeto, as ligações consangüíneas,

(...) na prática social, são menos importantes que as oriundas de laços de afetividade e da convivência familiar, constituintes do estado de filiação, que deve prevalecer quando houver conflito com o dado biológico, salvo se o princípio do melhor interesse da criança ou o princípio da dignidade

humana indicarem outra orientação, não devendo ser confundido o direito àquele estado com o direito à origem genética, como demonstramos alhures (LOBO, 2004, p. 11-12).

Vislumbra-se hoje a ocorrência de discussões sobre a relevância do amor nas relações familiares, tanto que já há rumores de pleitos indenizatórios de filhos abandonados afetivamente por seus pais, chegando às Cortes superiores.

Pedido de indenização pela dor moral sofrida por filho que pretendia apenas ser amado. Amado na concepção mais ampla ou mais restrita do significado do amor, amado na concepção do amor, amado para ter uma formação digna e constituir-se pessoa humana, sentir-se incluído no mundo social do ser humano.

Não se pretende mensurar, como moeda de troca o sentimento do amor, mercantilizar os laços de família, mas atribuir valor, relevância, destaque. Chamar atenção para a necessidade de se debater, discutir sobre o sentimento, sem medos e traumas, apenas com tempo e concedendo tempo para que se possa ‘acostumar’, num mundo jurídico extremamente patrimonialista, a conceder o merecido relevo deste sentimento inspirador de poetas e músicos, que permeia as relações da coletividade familiar e auxilia na transformação de uma vida produtiva.

Nos próximos itens serão traçadas algumas linhas sobre a relevância do amor para a formação do ser humano, bem como as diferentes formas de amor, levando em conta o ser amante e o ‘objeto’ de amor e pontuando a relevância do amor para a formação social, finalmente, será analisado como valor jurídico na seara familiar.

1. A DESCOBERTA DO ‘EU’ PESSOA

O ser humano, no caminho do desenvolvimento tecnológico, ao longo de sua existência, conseguiu várias e memoráveis façanhas, algumas abomináveis, embasadas apenas

e unicamente no egoísmo e no desejo individual de ganho, outras tantas, dignas de entes superiores, como por exemplo, as facilidades de transporte e comunicação, a cura de doenças endêmicas, a descoberta da origem genética. Entretanto, nessa busca incessante pelo aperfeiçoamento, na busca de algo mais, o ser humano parece ter esquecido de se conhecer, compreender sua real finalidade como existência humana, pois, saiu à procura de algo melhor e talvez tenha perdido de se conhecer e se formar como pessoa, um organismo vivo que sente e racionaliza, diferentemente de outros tantos seres que têm vivência singela.

Apesar disso, para Ernst Cassirer, “o homem é criatura que está em constante busca de si mesmo – uma criatura que, em todos os momentos de sua existência, deve examinar e escrutinar as condições de sua existência”, sendo que esta análise, “consiste o real valor da vida humana”, pois somente o ser humano “pode dar uma resposta racional” de tal forma que “seu conhecimento” e “a sua moralidade estão compreendidos nesse círculo”, “por essa faculdade de dar uma resposta a si mesmo e aos outros, que o homem se torna um ser ‘responsável’, um sujeito moral” (CASSIRER, 2005, p. 17).

A despeito de todos os esforços do irracionalismo moderno, essa definição de homem como um *animal rationale* não perdeu sua força. A racionalidade é de fato um traço inerente a todas as atividades humanas. A própria mitologia não é uma massa grosseira de superstições ou ilusões crassas. Não é meramente caótica, pois possui uma forma sistemática ou conceitual. Mas, por outro lado, seria impossível caracterizar a estrutura do mito como racional. A linguagem foi com frequência identificada à razão, ou à própria fonte da razão. Mas é fácil perceber que essa definição não consegue cobrir todo o campo. É uma *pars pro toto*; oferece-nos uma parte pelo todo. Isso porque, lado a lado com a linguagem conceitual, existe uma linguagem emocional; lado a lado com a linguagem científica ou lógica, existe uma linguagem da imaginação poética. Primariamente, a linguagem não exprime pensamentos ou idéias, mas sentimentos e afetos. E até mesmo uma religião “nos limites da razão pura”, tal como concebida e elaborada por Kant, não passa de mera abstração (CASSIRER, 2005, p. 49).

Assim, como afirma Rollo May, “o homem difere completamente da natureza, uma vez que possui consciência de si mesmo; seu senso de individualidade o distingue do restante dos seres animados e inanimados”, inclusive da própria natureza, por isso “a necessidade de autoconsciência”, ou seja, de

(...) um *self* vigoroso – isto é, um forte senso de identidade pessoal – para relacionar-se plenamente com a natureza sem ser por ela absorvido. Pois sentir verdadeiramente seu silêncio e o caráter inorgânico acarreta considerável ameaça. Se alguém se encontrar num alto promotório, por exemplo, contemplando o mar em violenta agitação e compreender, de maneira plena e realista, que o oceano jamais “tem uma lágrima pela dor alheia, nem se importa com o que os outros pensem”, e que sua vida poderia ser engolida com uma alteração infinitesimal para aquele tremendo movimento químico da criação, a pessoa se sentiria ameaçada. Ou se alguém se entregar à sensação das distâncias no pico de uma montanha e entrar em empatia com as altitudes e os abismos, compreendendo ao mesmo tempo que a montanha “nunca foi amiga de ninguém”, “nem prometeu o que não poderia dar”, e que ele poderia despedaçar-se no sopé rochoso sem que sua extinção como pessoa humana trouxesse a menor alteração às paredes de granito, então sobrevirá o medo. Esta é a profunda ameaça do “não ser”, do “nada”, que se experimenta em plena confrontação com o ser inorgânico. E recordar que “tu és pó e em pó te hás de tornar” não constitui grande conforto (MAY, 2004, p. 61-62).

Dessa descoberta, surge um conflito interno, pois ao mesmo tempo em que se constitui um organismo complexo, pleno de existência, tem no plano racional a sua finitude como certeza, gerando uma agitação de forças internas, que segundo Erich Fromm, devem ser “entendidas como base da ‘natureza’ do homem”.

Contudo, deste conceito de “natureza” ou “essência” do homem, isto é, em virtude da qual o homem é homem, difere de todos aqueles conceitos que postulam essa essência sendo descrita, em termos positivos, como uma substância ou uma estrutura fixa com certas qualidades inalteráveis como bom ou mau, amor ou ódio, liberdade ou não liberdade etc. A “*essência*” do homem é uma dicotomia que existe somente no ser humano: uma oposição entre estar na natureza e ser sujeito de todas as leis e, simultaneamente, *transcender a natureza*, porque o homem e só ele, é consciente de si mesmo e de sua existência; na realidade, ele é a única instância na natureza onde a vida torna-se consciente de si (FROMM, 1992, p. 43).

Mas esta descoberta da consciência, por mais que se defenda, seja um processo fácil, para a grande maioria das pessoas é extremamente penoso, sendo que para determinadas pessoas parece ser inatingível, permanecendo num estado infantil de desenvolvimento, padecendo de doenças variadas e sem causa aparente, num verdadeiro subdesenvolvimento interior.

Frente a tantas adversidades, o medo se torna companheiro fiel e persistente, e tem como causa, “a ansiedade de *perder a consciência* de si mesmo”, de ter a sensação de estar perdido, sem rumo e sem “nada para orientá-lo”, consumido sem saber diferenciar o seu

mundo subjetivo e “o mundo objetivo que o rodeia” (MAY, 2004, p. 28), brotando desta situação um vazio profundo e uma desconexão pessoal.

O vácuo interior é o resultado acumulado, a longo prazo, da convicção pessoal de ser incapaz de agir como uma entidade, dirigir a própria vida, modificar a atitude das pessoas em relação a si mesmo, ou exercer influência sobre o mundo que nos rodeia. Surge assim a profunda sensação de desespero e futilidade que a tantos aflige hoje em dia. E, uma vez que o que a pessoa sente e deseja não tem verdadeira importância, ela em breve renuncia a sentir e a querer. A apatia e a falta de emoções são defesas contra a ansiedade. Quando alguém continuamente defronta-se com um perigo que é incapaz de vencer, sua linha final de defesa é evitar a sensação de perigo (MAY, 2004, p. 22).

Então, se converte num ser mecanicista, suprimindo sua vontade e desejo, condicionado, ainda que de forma inconsciente, seja internamente pelo medo, seja externamente pelas convenções e apelos da sociedade, que pouco a pouco também se transformam num verdadeiro fosso, aumentando ainda mais aquela sensação de debilidade e de solidão.

O ser humano não tem aptidão para viver isolado, portanto, carece da aprovação social para pertencer a um determinado grupo, necessita “ser estimado” para superar a “sensação de isolamento”, pois somente “imersa no grupo, é reabsorvida, como se voltasse ao ventre materno”, esquecendo assim, “a solidão, embora ao preço da renúncia à sua própria existência como personalidade independente.” Não consegue estabelecer os recursos internos capazes de vencer a solidão no correr dos anos, “isto é, o desenvolvimento de seus recursos interiores, da força e do senso de direção, para usá-los como base de um relacionamento significativo com os outros seres humanos.” Nesta estrutura desestruturada, a solidão passa a ser a única companheira, ainda em presença dos outros, “pois gente vazia não possui base necessária para aprender a amar” (MAY, 2005, p. 29).

Na infância “surge no ser humano a mais importante e radical ocorrência no processo evolutivo, isto é, a autoconsciência” é a primeira oportunidade em que se encontra com o “eu”, justamente porque quando “no ventre materno, fazia parte do ‘nós original’ com

sua mãe” e, próximo aos três anos de idade, a criança “toma consciência de sua liberdade”, sentindo-se no “relacionamento com os pais”, e “a si mesma como um indivíduo independente, capaz de opor-se a eles, se necessário. Esta notável ocorrência constitui o nascimento da pessoa no animal humano” (MAY, 2004, p. 69-70).

Esta mobilização é simples, porém, profunda, algo novo na frágil vida humana. Diante da dificuldade ocasionada pela profundidade, intenta o ser humano uma fuga colérica para retornar ao único lugar de segurança que conhece, pois ao nascer “é tirado de uma situação que até então era definida, tão definida quanto os instintos, e jogado numa situação indefinida, incerta e aberta. Só há certeza com relação ao passado; com relação ao futuro, a única certeza que existe é a morte” (FROMM, 2000, p. 10).

Neste fluxo de expansão da vida, processo iniciado nos primeiros anos, que se prolonga durante toda a existência, é “diferente para cada um – acarretando crises que podem causar profunda ansiedade. Não é para admirar”, como afirma Rollo May, “que muita gente recalque o conflito e procure durante toda a vida fugir da ansiedade”, isso porque, prossegue o autor, a experimentação “de nossa própria personalidade é a convicção de que todos começamos como seres psicológicos”, apesar da impossibilidade de se provar isso de “maneira lógica”,

pois a autoconsciência era pressuposição de qualquer discussão a respeito. Haverá sempre um elemento de mistério na percepção do próprio ser-mistério significando aqui um problema cujos dados o envolvem inteiramente. Pois esta percepção é pressuposição de auto-indagação. Isto é, o simples meditar sobre a própria identidade significa que já se está empenhado na autoconsciência (MAY, 2004, p. 74).

Nos dias atuais, o ser humano está a viver uma fase de vazio, como afirma Rollo May, e esta sensação deriva “da idéia de incapacidade para fazer algo de eficaz a respeito da própria vida e do mundo em que vivemos”, tornando extremamente preocupante, pois poderá sofrer estagnação, se não evoluir em direção ao seu autoconhecimento, porque “as potencialidades transformam-se em morbidez e desespero e eventualmente em atividades

destrutivas” (MAY, 2004, p. 22).

Decorre daí que muitas doenças físicas têm nascedouro também nas suas fugas em não se re-conhecer como pessoa. Assim, recorrendo-se à metáfora da folha de papel, o ser humano é como tal, de um lado o plano físico-orgânico, de outro lado, o plano psicológico. Dois lados de uma mesma pessoa, duas óticas conexas de um mesmo ente; tanto que se houver a perfuração de um lado do papel, entenda-se perturbação psicológica do ser humano, prontamente o outro também será afetado, pois conexas, compõem-se em partes de um todo. Com isso, é possível demonstrar que a vida da pessoa é composta de uma díade, e que, não pode ser compartimentalizada sob pena de se perder o humano em sua integração pessoal.

Sendo assim, a sua vida é marcada por constante incerteza e, ao conhecer a natureza humana, visualizar os conflitos interiores é possível obter “novas bases para a crença nos aspectos trágicos da existência humana”, de tal modo, o psicoterapeuta, ao observar todos estes embates concebidos interna e externamente em cada pessoa, acaba por adquirir “uma nova compreensão do potencial da dignidade do ser humano”, obtendo provas “de que, quando o homem finalmente aceita o fato de não poder mentir com êxito para si mesmo e resolve levar-se a sério, descobre no íntimo uma capacidade de recuperação anteriormente desconhecida e às vezes mesmo notável” (MAY, 2004, p. 65).

Qual, então, a tarefa com que nos defrontamos? As implicações são nítidas na análise acima: precisamos redescobrir no nosso íntimo novas fontes de vigor e integridade. Isto, naturalmente, será feito de acordo com a descoberta e a afirmação de valores pessoais e da sociedade onde vivemos, e que constituirão o âmago da unidade. Mas valor algum será eficaz, tanto para a pessoa como para a sociedade, quando não existe a capacidade anterior para avaliá-los, isto é, para optar e afirmar de maneira atuante os princípios segundo os quais se deseja viver. Este é um dever do indivíduo, que assim contribuirá para o lançamento das bases de uma sociedade construtiva, que eventualmente emergirá desta época agitada, como a Renascença surgiu da desintegração da Idade Média (MAY, 2004, p. 66).

O autor ainda reforça sua posição, citando observação de William James, a respeito da preocupação daqueles que pretendem um mundo mais sadio, e que “deveriam começar por

si mesmos”, podendo “ir mais longe”,

observando que descobrir o centro de força em nosso íntimo é, afinal, a melhor contribuição que podemos prestar aos homens nossos irmãos. Diz-se que, na Noruega, quando um pescador vê seu barco arrastado para um redemoinho tenta lançar um remo ao abismo borbulhante. Se o conseguir, o *maelstrom* se acalma e ele e seu barco conseguem atravessar em segurança. Do mesmo modo, quem possui força íntima inata exerce um efeito calmante sobre as pessoas em pânico que a rodeiam. É disto que precisa a nossa sociedade – não de novas idéias e invenções, por mais importantes que sejam, não de gênios e super-homens, mas de pessoas que sejam, isto é, que possuam no íntimo uma fonte de vigor (MAY, 2004, p. 66).

Este processo de autoconhecimento ou de conhecimento interior é profundamente doloroso, pois exige do ser humano o confronto consigo, a ciência de seus limites e recursos, enfim, o encontro com suas incapacidades, seus medos e sua impotência. Tal agitação, em busca de solucionar suas contradições, própria ao ser humano, “é vital para o homem encontrar uma solução para si mesmo, elas são carregadas de toda a energia inerente a uma pessoa”, como afirma Fromm, “são no sentido amplo da palavra, ‘espirituais’, os caminhos de fuga da sobrevivência-transcendendo a experiência do nada e do caos” na tentativa de “encontrar alguma forma de união e de estrutura/orientação”, servindo “à sobrevivência mental mais do que à sobrevivência física”.

Então, *a natureza ou a essência* do homem, como esta teoria a concebe, *consiste em nada mais, nada menos*, do que *a oposição inerente da constituição biológica do homem que produz* diferentes soluções. A essência do homem não é idêntica a qualquer uma destas soluções. Com certeza, o número e a qualidade delas não são arbitrárias e ilimitadas, mas determinadas pelas características do organismo humano e seu meio ambiente. Os dados da história, da psicologia infantil, da psicopatologia, tanto quanto e, particularmente, da história da arte, religião e metas tornam possível formular algumas hipóteses sobre possíveis soluções. Por outro lado, uma vez que a humanidade tem vivido há tanto tempo sob o princípio da escassez que origina a força e a dominação, de maneira alguma o número de tais soluções foi exaurido com a possibilidade de atingir uma vida social baseada na abundância – donde o desaparecimento de soluções, a dominação frustrada – mas, ao contrário, novas soluções da contradição existencial são igualmente desenvolvidas. Esta teoria da essência do homem é dialética e está em contradição com as teorias que admitem uma substância ou uma qualidade fixada para ser a essência do homem (FROMM, 1992, p. 44-46).

Um elemento extremamente relevante para o enriquecimento pessoal, é, sem qualquer dúvida, o amor. O amor próprio, ou, para usar a expressão de Rollo May, “o amor de

si mesmo”, que “é não só necessário, como um bem, além de ser indispensável ao amor ao próximo”. O autor, faz um parêntese, observando com Erich Fromm, para não se confundir este sentimento, com o egoísmo, pois a “excessiva preocupação com sua pessoa brotam, na verdade, do ódio por si mesmo”. E mais,

que amor-próprio não é a mesma coisa que egoísmo e, sim, o *oposto*; isto é, a pessoa que se sente intimamente indigna precisa valorizar-se pelo egoísmo, e aquela que tem uma compreensão sadia do próprio valor e que ama a si mesma possui as bases para agir com generosidade em relação ao próximo. Felizmente torna-se também claro, de uma perspectiva religiosa mais distante, que muito da autocondenação e desprezo pessoal contemporâneos são produto de problemas específicos do nosso tempo. O desprezo de Calvino pelo *self* estava intimamente ligado ao fato de que os indivíduos se sentiam insignificantes nos círculos industriais dos tempos modernos. E o autodesprezo do século XX resulta não só do calvinismo, mas também do nosso vazio doentio. Assim, a atual ênfase no desprezo pessoal não é representativa da tradição hebraico-cristã (MAY, 2004, p. 83).

O amor é o sentimento que preenche aquele vazio referido, aquela angústia gerada no íntimo da pessoa que está em processo de re-conhecimento como ser humano. É condição essencial para este processo de formação e estruturação deste organismo vivo, tanto que, “quando uma pessoa é incapaz de sentir os próprios sentimentos, precisa muitas vezes aprende-lo respondendo dia após dia, à pergunta: ‘Como estou me sentindo neste momento?’”

O mais importante não é o *quanto* se sente, e certamente não queremos dizer que seja necessária uma verdadeira ebulição; isto é sentimentalismo e não sentimento, afetação e não afeto. O mais importante é sentir que o “eu” ativo é que está sentindo, o que torna direto e imediato o sentimento. Experimenta-se afeto em todos os níveis do próprio ser. Sente-se com vivacidade intensificada. E em vez de os sentimentos serem limitados, como as notas de um clarim, a pessoa amadurecida torna-se capaz de diferenciá-los, perceber suas diversas nuances, as experiências vigorosas e apaixonadas, ou as delicadas e ligeiras, como as diferentes partes de uma sinfonia (MAY, 2004, p. 87).

O avanço da pessoa em se descobrir como tal, carece do desenvolvimento de diversos sentimentos, propendendo para sua formação cada um, como fator decisivo para a conquista final do ‘eu pessoa’. Assim, “para os adultos, ocupados em se redescobrir, a luta está centralizada no seu íntimo”.

‘A luta para tornar-se uma pessoa ocorre no íntimo da própria pessoa.’ Ninguém pode evitar colocar-se contra pais exploradores, ou as forças externas do ambiente, mas a luta psicológica crucial que devemos empreender é contra as nossas dependências, a ansiedade e os sentimentos de culpa que surgem à medida que evoluímos para a liberdade. O conflito básico, em suma, dá-se entre aquela parte da pessoa que procura evoluir, expandir-se e ser sadia, e a outra que anseia por permanecer em nível imaturo, atada ao cordão umbilical psicológico e recebendo a pseudoproteção e os mimos dos pais, em troca da independência (MAY, 2004, p. 113).

Faz pleno sentido a afirmação de que, nesta batalha travada internamente, algumas poucas pessoas são vencedoras e acabam por se conhecer efetivamente, aceitando seus limites e sua incapacidade, próprias da imperfeição humana. Outras tantas, diante da guerra interna, preferem o refúgio confortável da ignorância pessoal, mantendo sua inabilidade, permanecendo como pessoa subdesenvolvida, quando não pontilhada de transtornos e desvios psicológicos, eivados de angústia e rancor.

A maioria das pessoas, em nossa sociedade, estudando-se a si mesmas, talvez não percebam qualquer ódio em particular, mas não há dúvida de que encontrarão muito ressentimento. Talvez a razão pela qual este sentimento seja uma emoção tão comum, crônica e corrosiva neste quarto século de competição individual resida no fato de que o ódio foi, de modo geral, recalcado.

Além do mais, se não os enfrentarmos abertamente, o ódio e o ressentimento tenderão, mais cedo ou mais tarde, a transformar-se num afeto que nunca faz bem a ninguém: autocomiseração. Autocomiseração é a forma “preservada” do ódio e do ressentimento. Pode-se alimentar o ódio e preservar o equilíbrio psicológico sentindo pena de si mesmo, consolando-se com a idéia de que sua sorte é terrível, de que se está sofrendo muito, e deixando assim de agir positivamente (MAY, 2004, p. 127).

Por isso, a pessoa precisa enfrentar toda sorte contrária e fazer opção ‘por si mesma’. Esta expressão de Kierkegaard, segundo Rollo May, “afirma a responsabilidade de cada um pelo próprio *self* e a própria existência”, correspondendo a uma “atitude oposta ao impulso cego ou à existência rotineira; é uma atitude de vivacidade e decisão”, em que “a pessoa reconhece existir naquele determinado ponto do universo e aceita a responsabilidade de sua existência”, corresponde a uma “decisão de aceitar o fato de que a pessoa é ela mesma, com a responsabilidade de cumprir o próprio destino, o que, por sua vez, implica em aceitar o fato de

que cada qual deve fazer suas próprias opções fundamentais” (MAY, 2004, p. 140).

Na medida em que esta opção de viver é feita de forma consciente, “a responsabilidade para consigo mesmo assume novo significado”, aceitando a própria vida, “não como algo a que está preso, uma carga que lhe foi imposta, mas como um valor por ela escolhido”, ocorre uma união entre a “liberdade e responsabilidade”, tornando-se “mais do que uma idéia agradável”, consciente de que a opção “por si mesma” lhe dá certeza da escolha conjunta da “liberdade pessoal” e da “responsabilidade”; além disso, “a disciplina exterior transforma-se em ‘autodisciplina’”.

A pessoa a aceita não porque recebe ordens – pois quem poderia mandar em alguém que estava livre para acabar com a própria vida? – mas porque decidiu com maior liberdade o que pretende fazer da vida, e a disciplina é necessária em vista dos valores que deseja alcançar. Esta autodisciplina pode ter nomes complicados – Nietzsche a chamava de “amor ao próprio destino”, e Spinoza falava de “obediência às leis da vida”. Mas, ornada ou não de nomes fantasiosos, é, julgo eu, uma lição que todos progressivamente aprendem na luta pela conquista da maturidade (MAY, 2004, p. 144).

Para essa conquista, há também a necessidade de coragem. Coragem para romper com a situação original, de dependência da mãe, num primeiro momento, dos pais ou de si mesmo, para encarar o combate em busca de sua identificação como pessoa livre de qualquer amarra ou submissão.

Coragem é a aptidão para enfrentar a ansiedade que surge na conquista da liberdade. É a inclinação para diferenciar, sair do reino protetor de dependência paterna para novos planos de liberdade e integração. A necessidade de ser corajoso surge não só nesses estágios em que o rompimento com a proteção paterna é mais óbvio – tais como o nascimento da autoconsciência, a ida para a escola, a adolescência, as crises do amor, o casamento, e finalmente a morte – como também a cada passo, quando a pessoa se afasta do ambiente familiar para fronteiras desconhecidas (MAY, 2004, p. 187).

Esta coragem é inata ao ser humano, prescinde de qualquer qualidade ou habilidade extra, apesar do pouco conhecimento a respeito da mente humana, “significa força para deixar o que é familiar e seguro”, sendo extremamente necessária e relevante “não só numa decisão

crucial pela própria liberdade, como nas pequeninas opções de cada momento, que constroem a estrutura do edifício de quem age com liberdade e responsabilidade” (MAY, 2004, p. 191).

A marca registrada da coragem, em nossa época de conformismo, é a capacidade para conservar-se firme nas próprias convicções – não com obstinação ou desafio (expressões defensivas e não corajosas), ou num gesto de retaliação, mas simplesmente porque é naquilo que se acredita. É como se a pessoa dissesse através de suas ações: “Isto sou eu, é o meu ser”. Coragem é a escolha *positiva*, não uma opção feita por não haver outro recurso; neste caso, onde estaria a coragem? Não há dúvida de que em certas ocasiões a pessoa precisa simplesmente agarrar-se com decisão a uma posição conquistada pelo próprio valor. Tais ocasiões são freqüentes em análise; a pessoa evoluiu e precisa então resistir aos contra-ataques da reação de ansiedade íntima, assim como aos ataques de amigos e membros da família, que se sentiriam mais a vontade se ela houvesse permanecido como era anteriormente. No melhor dos casos haverá muita ação defensiva, mas se a pessoa conquistou algo digno de ser defendido, então a defenderá com alegria e não de maneira negativa (MAY, 2004, p. 196).

Vê-se assim, que obstáculos à percepção e formação do ‘eu’ são edificados no caminho não somente pelas pessoas próximas, mas até mesmo por um movimento interno de aflição e desassossego pelo que representa essa nova fase da vida humana: a própria descoberta. Neste sentido, a etapa “mais difícil, que exige a maior coragem, é negar àqueles sob cujas diretivas sempre se viveu o direito de ditar leis”, caracteriza “o passo mais assustador”, pois representa a aceitação da “responsabilidade dos próprios padrões e juízos, embora sabendo de sua imperfeição e limitação”.

É a isto que Paul Tillich se refere quando fala em “coragem para aceitar sua própria finitude”, que ele considera o valor fundamental necessário a todo ser humano. É a coragem para ser e confiar em si mesmo, apesar do fato de ser finito; significa agir, amar, pensar, criar, embora sabendo que não se possui a resposta definitiva e que talvez se esteja errado. Mas é somente com esta corajosa aceitação de finitude e uma maneira de agir responsável nela baseada que se desenvolvem as próprias aptidões – por mais distantes que estejam do absoluto. Realizá-lo pressupõe as várias etapas da evolução da autoconsciência, que discutimos nesta obra, inclusive a autodisciplina, a capacidade de avaliar, a consciência criativa, o relacionamento criativo com a sabedoria do passado. Evidentemente isto exige um considerável grau de integração, é a coragem da maturidade (MAY, 2004, p. 197-198).

A conquista de responsabilidade e o surgimento da maturidade correspondem ao primeiro passo para a realização do amor a que já se fez menção. Para amar, verdadeiramente,

o ser humano precisa antes, ou no mesmo instante, se autoconhecer, ter a liberdade de escolha, responsabilidade e conseqüentemente, condições para poder criar e recriar o sentimento do amor.

Não se pode olvidar que o ser humano é o senhor de suas ações mas incapaz de sua auto-realização, pois precisa se unir em amor ao outro para sua completa efetivação como pessoa, se abrir ao outro na realização do amor, na percepção de seu fim como pessoa; a concretização de uma vida em alegria.

O conhecimento tem outra relação, e uma relação fundamental, com o problema do amor. A necessidade elementar de se fundir com outra pessoa a fim de transcender essa prisão que é o estado de separação está intimamente ligada a outro desejo especificamente humano: o de conhecer o “segredo do homem”. Enquanto a vida em seus aspectos meramente biológicos é um milagre e um segredo, o homem em seus aspectos humanos é um segredo impenetrável para si mesmo e para os outros. Nós nos conhecemos, e no entanto, apesar de todos os esforços que fazemos, não nos conhecemos, porque não somos uma coisa, e o outro não é uma coisa. Quanto mais fundo penetramos em nosso ser, ou no ser do outro, mais longe fica a meta do conhecimento. Mas não podemos parar de querer penetrar o segredo da alma humana, o núcleo mais profundo que é “ele” (FROMM, 2000, p. 36-37).

Não se pode confundir o amor, conforme a crença geral “com a dependência, mas na verdade, só se pode amar na medida da própria capacidade de independência” (MAY, 2004, p. 202), de tal forma que próprio ao reconhecimento como pessoa livre é a realização plena do amor, pois só se recebe amor “na proporção de nossa capacidade para amar. E esta depende, por sua vez, de nossa aptidão anterior para ser independente”, desse modo, “amar significa essencialmente dar; e dar exige maturidade no conceito de si mesmo” (MAY, 2004, p. 203).

Nos próximos itens serão estudadas as diversas formas de amor, levando em consideração a pessoa que ama e a quem é direcionado o sentimento, o que por certo, como várias vezes afirmado, somente é possível com o completo conhecimento de si como pessoa.

2. AS DIVERSAS FORMAS DO AMOR

Como já ficou observado, o amor é um sentimento sublime. Falar em formas de amor, pode até parecer o compartilhamento deste sentimento em searas antagônicas, com as quais não será possível atingir o objetivo final. Porém, quanto à referência de ‘formas de amor’ sugerida pelo título do presente item, será analisada mais do ponto de vista subjetivo, ou seja, do ponto de vista da pessoa que ama, que sente, estabelecendo assim, traços de amor entre pais e filhos, amor materno, fraterno, erótico, a si mesmo e o amor a Deus.

Por se tratar de sentimento cuja explicação não pode ser obtida apenas de um ponto de vista objetivo, a evolução e alternância do amor é sentida e pode ser explicada através do dinamismo representado pelo organismo vivo.

Esse tipo de transmutação do amor, o fato de que o amor sobreviva mesmo quando a sua auto-compreensão se modifica, é comum e, longe de ser questionável, pode ser necessário nas condições em que vivemos. As relações duradouras não são, caracteristicamente, aquelas que permanecem imutáveis por muitos anos, mas aquelas que se modificam e vão adquirindo novos significados com o passar do tempo para substituir o valor que se desvaneceu, bem como aqueles que, embora fundadas em percepções equivocadas e enganos evidentes a respeito de si ou do outro, conservam a sua vitalidade, uma vez expostos a enganos, por meio de um melhor entendimento do que realmente significam para si e para o outro (RAZ, 2004, p. 23).

Não se vai, entretanto, polemizar a intensidade e versatilidade com que o amor acontece, pretende-se apenas ilustrar as diferentes formas de amor. Estas diversas formas de amor aqui expostas, são em verdade e para o estudo, no aspecto subjetivo ‘quem ama e no objetivo os diversos “objetos” aos quais a pessoa lança este sentimento tão profundo, seja pai, mãe, filhos, a humanidade ou Deus, sob esta ótica deve ser interpretada cada maneira de amar aqui exposta.

Seguindo as trilhas do livro de Erich Fromm, “A arte de amar”, cada item da seqüência pretende fazer uma explanação a respeito do que aqui se convencionou chamar de “formas de amor”, iniciando com o amor paterno-filial, seguido pelo amor fraterno, amor de mãe, amor sexual, o amor próprio e finalmente o amor a Deus, sem entretanto, esgotar cada

“forma” de amar.

2.1. O AMOR PATERNO-FILIAL

O amor paterno-filial, ou seja, entre pais e filhos tem início quando a criança é concebida e começa a se desenvolver no útero materno, assim, há uma energia que tonifica as relações. Para a criança, recém-nascida, não há amor, até mesmo pelo fato de que ela não tem consciência de si mesma, não consegue divisar quem é, por ser extremamente dependente dos cuidados maternos.

Com o passar dos anos, as experiências vividas começam a ganhar contornos mais complexos e ela percebe que é amada, amada por ser o filhinho da mamãe, porque é desamparada, por ser linda, admirável, enfim, como anotou Erich Fromm, é amada pelo que é ou porque é, por um amor incondicional, que se caracteriza no amor de mãe (FROMM, 2000, p. 48-49).

Somente com as novas experiências e o desenvolvimento, a criança ou mesmo o adolescente, se torna capaz de amar, de dar amor, passando a comungar com outras pessoas, experimentando “a sensação de uma nova união, de compartilhamento, de unidade. Mais que isso, sente o poder de produzir amor amando, em vez da dependência de o receber sem ser amado”, afirma Erich Fromm (FROMM, 2000, p. 51).

O amor do pai é condicional e expresso de forma bem diferente do amor materno, natural e incondicional, eis que “representa o outro pólo da existência humana: o mundo do pensamento, das coisas feitas pelo homem, da lei e da ordem, da disciplina, da viagem e da aventura. O pai é alguém que ensina a criança, que mostra a ela o caminho no mundo.” Neste aspecto, o amor do pai é relevante para convivência social, pois de certa forma, exercerá controle sobre os impulsos e necessidades do filho, que irá pretender o amor do pai, amoldando-se às necessidades para esta conquista (FROMM, 2000, p. 53).

É com o crescimento, amadurecimento e conhecimento de si, como pessoa, que outras formas de amor vão transformando a vida do ser humano, caracterizando na tônica de uma existência saudável e alegre.

2.2. O AMOR FRATERO

Assim é o amor entre irmãos ou amor fraterno, “tipo mais fundamental de amor, subjacente a todos os demais” segundo Erich Fromm que o entende como “sentido de responsabilidade, cuidado, respeito, conhecimento de qualquer outro ser humano, o desejo de melhorar sua vida”, afirmando que “... é o amor por todos os seres humanos”, “caracterizado por sua falta de exclusividade”, sendo encontrado nesta relação, “a experiência de união com todos os homens, de solidariedade humana, de reconciliação humana” (FROMM, 2000, p. 58).

No plano político, já na Revolução Francesa, com o lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” é possível observar a existência de um esboço desse amor entre irmãos, que se observa na relação entre os seres humanos que vivem sob o mesmo céu e compartilham de experiências mútuas, dentro de uma mesma dimensão.

Entretanto, “para experimentar essa identidade” há necessidade de “penetrá-las da periferia até o núcleo”, no centro de cada ser, onde é possível perceber “nossa identidade, o fato de nossa irmandade” (FROMM, 2000, p. 59).

O amor fraterno é amor entre iguais. Mas, na verdade, mesmo como iguais nem sempre somos “iguais”: sendo humanos, todos precisamos de ajuda. Hoje eu, amanhã você. Mas essa necessidade de ajuda não significa que um é desamparado e o outro, poderoso. Estar desamparado é uma situação transitória; a capacidade de ficar de pé e andar com as próprias pernas é a situação permanente e comum (FROMM, 2000, p. 59-60).

Nesta relação entre semelhantes, como seres unidos por um laço, sem qualquer ligação biológica ou interesse específico e particular, apenas no sentido de compartilhar a

vida, em união nuclear da espécie humana, o amor fraterno se desenvolve e estabelece o centro da afinidade humana, é sem dúvida, entre as formas de amor, uma das mais importantes, especialmente pela desvinculação a qualquer elemento exterior ou interior à influir.

2.3. O AMOR DE MÃE

Como já mencionado, o amor de mãe ou amor materno é incondicional e garante à criança a sobrevivência e o desenvolvimento nos primeiros anos de sua vida, independentemente de qualquer contrapartida. O amor de mãe é usado comumente, como símbolo de um sentimento sublime, cego e transcendente, como exemplo de sentimento nobre e intenso. Não são raras as oportunidades em que este sentimento, desvirtua a imagem dos filhos, feita pela mãe diante de condutas hediondas realizadas por aqueles, que sob a visão materna foi apenas um deslize ou mesmo, não foi seu filho o autor de tais práticas.

É por seu caráter altruístico e generoso que o amor materno foi considerado o mais elevado tipo de amor e o mais sagrado de todos os vínculos emocionais. Parece, entretanto, que a verdadeira realização do amor materno não está no amor da mãe pela criancinha, mas em seu amor pelo filho que cresce (FROMM, 2000, p. 62).

Esta característica leva ao cuidado e a responsabilidade para o desenvolvimento da criança, entretanto, além dela há outra extremamente relevante, segundo o mesmo autor, Erich Fromm; a que “faz a criança sentir que é bom ter nascido, ele incute na criança o *amor à vida*, e não apenas o desejo de permanecer vivo” (FROMM, 2000, p. 61), tornando-a apta para a sua formação e conhecimento e, conseqüentemente, para o aprendizado do amor.

Neste ato de acompanhar e propiciar o crescimento do filho, que fazia parte de sua existência, pois era parte do seu ser, enquanto dentro de seu ventre, o amor de mãe se supera e rompe as esferas do egoísmo individual, para proporcionar a felicidade daquele ser por ela

gerado.

O amor materno pelo filho que cresce, amor esse que não quer nada para si, é talvez a forma mais difícil de amor, e a mais enganadora, por causa da facilidade com que a mãe pode amar seu filho pequeno. Mas é precisamente por causa dessa dificuldade que a mulher só pode ser uma mãe realmente amorosa se ela puder *amar*, se for capaz de amar seu marido, outras crianças, estranhos, todos os seres humanos. A mulher que não é capaz de amar nesse sentido pode ser uma mãe afetuosa enquanto seu filho é pequeno, mas não uma mãe amorosa, para o que precisa mostrar ter vontade de suportar a separação – e continuar amando mesmo depois da separação (FROMM, 2000, p. 65).

Além de ser uma relação em que é previsível a separação entre a mãe e o filho, o amor materno difere do amor erótico porque neste as pessoas pretendem a união do que estava separado. Duas pessoas que se encontram na formação de uma outra.

2.4. O AMOR ERÓTICO

Faz parte da essência do ser, a busca pela manutenção e perpetuação da espécie. Assim, o instinto sexual e esta necessidade de procriação são inerentes não somente à condição humana, mas em todos os animais. Muitas vezes o amor erótico é confundido com o instinto sexual, com a carga estimulante da paixão, que de súbito toma a pessoa em ato de intenso arrebatamento, sem compromissos maiores, senão com o mais profundo instinto animal.

Max Scheler, em seu trabalho “A posição do homem no cosmos” expressou que:

(...) o homem reúne em si efetivamente todos os níveis essenciais da existência, e, em particular, da vida. Ao menos em suas regiões essenciais, toda a natureza alcança nele a unidade mais concentrada possível de seu ser. Não há nenhuma sensação, nenhuma percepção, nenhuma representação por detrás das quais já não estivesse o impulso obscuro e que este impulso *não* alimentasse com o seu fogo, o fogo que atravessa continuamente os tempos de sono e de vigília – mesmo a mais simples sensação nunca é meramente uma consequência do estímulo, mas sempre também função de uma atenção *pulsional*. Concomitantemente, o impulso apresenta a *unidade* de todas as pulsões e afetos ricamente articulados dos homens (SCHELER, 2003, p. 13).

Apesar disso, o amor erótico não deve ser considerado apenas como um fenômeno do impulso sexual próprio da natureza animal, pois, isso seria circunscrever um sentimento, apenas ao sentido instintivo e impulsivo do ser, observado apenas de um único ponto de vista, sem levar em consideração outros elementos necessários à formação e desdobramentos do amor.

O amor pode inspirar o desejo de união sexual; nesse caso, a relação física é privada de ganância, do desejo de conquistar ou ser conquistado, e é carregada de ternura. Se o desejo de união física não for estimulado pelo amor, se o amor erótico não for também amor fraterno, nunca levará a mais que uma união orgiástica e transitória. A atração sexual cria, momentaneamente, a ilusão de união, mas, se não houver amor, essa “união” deixa os estranhos tão distantes um do outro quanto estavam antes – às vezes ela os faz ficar um com vergonha do outro, ou até odiar um ao outro, porque, quando a ilusão se dissipa, eles sentem seu estranhamento de forma ainda mais acentuada do que antes. A ternura não é, de maneira nenhuma, como Freud acreditava, uma sublimação do instinto sexual; ela é o resultado direto do amor fraterno e existe tanto nas formas físicas como não físicas de amor (FROMM, 2000, p. 68).

Se o “sexo é uma expressão do amor, por exemplo, a emoção experimentada no momento do orgasmo não é hostilidade ou triunfo, e sim *união*, com a outra pessoa”, como esclarece Rollo May, prosseguindo que o êxtase “amoroso é aquele momento de auto-realização em que temporariamente se ultrapassa a barreira entre uma identidade e a outra”, experimentando, com isso, o prazer da unidade, representativa da mais ampla “interdependência no relacionamento humano; e o mesmo paradoxo aplica-se à consciência criativa – só se pode mergulhar no êxtase após adquirir a capacidade para ficar sozinho, ser uma pessoa independente” (MAY, 2000, p. 204).

Relevante ainda, observar seguindo o mesmo autor, que paradoxalmente ao amor materno e amor fraterno, que se expandem a outras pessoas e não apenas à pessoa amada, como no amor erótico. De fato, por sua própria natureza, como visto anteriormente, o amor fraterno é o amor de toda a humanidade; e o amor materno é extensivo igualmente a todos os filhos e às crianças de uma forma geral. Por outro lado, o amor erótico “é o anseio de uma

fusão completa, de união com outra pessoa. Por sua natureza mesma, ele é exclusivo e não universal; talvez seja também a forma de amor mais enganadora que há” (FROMM, 2000, p. 65).

Além disso, o amor também deve partir da essência do ser e como tal, pode também ser considerado como ato de vontade da pessoa que se une a outra, sendo este o fundamento da indissolubilidade do casamento segundo Fromm, pois amar significa “uma decisão”, “um juízo”, “uma promessa”, sendo imperioso o desejo da pessoa para esta união (FROMM, 200, p. 69-70).

Esta atração é encontrada na “maioria dos relacionamentos humanos” que surgem numa mistura de “motivos e inclui uma combinação de diferentes sentimentos”, como escreveu Rollo May, pois “o amor sexual”,

(...) em sua forma amadurecida, entre homem e mulher, é em geral mistura de duas emoções. Uma é o “eros” – o impulso sexual em direção ao outro, e que faz parte da necessidade de realização do indivíduo. Há dois e meio milênios, Platão imaginou o “Eros” como o impulso de cada indivíduo para unir-se ao complemento de si mesmo – o impulso para encontrar a outra metade do “andrógino” original, o ser mitológico que era tanto homem como mulher. O outro elemento do amor amadurecido entre homem e mulher é a afirmação do valor e dignidade da outra pessoa (MAY, 2004, p. 199).

Dessa forma, é possível compreender que tanto o amor erótico é atração pura entre duas pessoas, como também um ato de vontade, ambas assertivas “são verdadeiras, ou, como seria mais adequado dizer, a verdade não está nem em uma, nem na outra” (FROMM, 2000, p. 71), isso porque o amor erótico não pode ser visto apenas de uma perspectiva.

2.5. O AMOR PRÓPRIO

Tão importante quanto às outras formas do amor, o amor próprio, ou seja, a si mesmo é muitas vezes confundido com o egoísmo, porém, este entendimento, não

corresponde às evidências e à complexa forma de amar. Amar a si mesmo é o primeiro passo para se poder desenvolver, no interior de cada ser, a capacidade de amar tudo o que cerca a pessoa adulta e desenvolvida.

Já, como fundamento bíblico é encontrada esta forma de amor, no mandamento de “amar ao próximo como a si mesmo”, sendo, portanto, possível concluir que antes mesmo do amor fraterno, direcionado às pessoas, a necessidade de amar a si é imprescindível para o desenvolvimento harmônico e intenso dos mais variados relacionamentos, isso porque, como Erich Fromm escreveu:

(...) o amor aos outros e o amor a nós mesmos não são alternativas. Ao contrário, uma atitude de amor a si mesmo será encontrada em todos os que são capazes de amar os outros. O *amor*, em princípio, é *indivisível no que concerne à conexão entre “objetos” e nosso próprio ser*. O amor genuíno é uma expressão de produtividade e supõe cuidado, respeito, responsabilidade e conhecimento. Não é um “afeto” no sentido de ser afetado por alguém, mas um esforço ativo no sentido do crescimento e da felicidade da pessoa amada, arraigado em nossa própria capacidade de amar (FROMM, 2000, p. 74).

No mundo contemporâneo, não são poucas as pessoas que se queixam de ausência de fundamento para sua vida, ausência de sentido. Uma vida mórbida, mecanicista e vegetativa, de muitas pessoas que sobrevivem numa rotina que massacra o amor a si, inibe o conhecimento do ser, aniquila o seu crescimento e conseqüentemente, destrói a possibilidade de amar a si.

No movimento produtivo e de crescimento, o conhecimento de si, dos limites do ser e também da sua capacidade de se amar torna a pessoa, considerada como um todo em sua individualidade, capaz de se amar e conseqüentemente amar aos outros e sentir-se integrada numa Humanidade transcendente, onde decorre a conclusão de Erich Fromm, que o “meu eu tem de ser objeto do meu amor tanto quanto outra pessoa.”

A afirmação da minha vida, da minha felicidade, do meu crescimento, da minha liberdade, arraiga-se na minha capacidade de amar, isto é, no cuidado, no respeito, na responsabilidade e no conhecimento. Se um indivíduo é capaz de amar produtivamente, ele também se ama; se ele só

pode amar a outros, é que na verdade não pode amar (FROMMM, 2000, p. 75).

Assim, o amor a si é essencial para a ampliação da capacidade de amar, de sentir-se pessoa, na acepção mais ampla de ser humano, com possibilidade de auto-realização e concretização de existência em completa alegria.

2.6. O AMOR A DEUS

A forma religiosa do amor, chamada por Erich Fromm de amor a Deus, tem o condão de permitir ao ser humano a possibilidade de superar o estado de ansiedade causado pela separação, que o persegue desde o nascimento, quando é “separado” do ventre da mãe (FROMMM, 2000, p. 79).

A depender do avanço e do tipo de sociedade, que exerce grande influência, o amor a Deus tende a se manifestar sob variadas formas. Porém, antes mesmo de se avaliar as formas de amor religioso é importante saber, ao menos brevemente, quem se ama. Melhor adequada a questão: quem é Deus? Ou ainda; Que é Deus? Sem pretender, entretanto, fazer uma análise profunda e teológica acerca da existência de Deus, pois esta não é a finalidade do presente estudo, há necessidade de se traçar algumas considerações sobre o objeto do amor.

Em todas as religiões, sejam politeístas ou monoteístas, Deus é o valor supremo, o bem mais desejável. Portanto, o significado específico de Deus depende do que é o bem mais desejável para uma pessoa. A compreensão do conceito de Deus tem de começar, pois, por uma análise do caráter da estrutura da pessoa que adora Deus (FROMMM, 2000, p. 80).

Em uma sociedade mais primitiva, há relatos da existência da adoração de animais, com a construção de totem para a adoração, ou de ídolos confeccionados em barro, ouro ou outro metal. Num estágio um pouco mais avançado, a adoração é feita por “deuses antropomórficos”, propendendo para a figura feminina ou masculina: na primeira há

reverência para figura feminina, como no amor materno incondicional, “os homens são iguais porque são filhos de uma mãe, porque são todos filhos da Mãe Terra”; na segunda, a adoração da figura paterna que se equipara ao desenvolvimento da sociedade patriarcal, um amor exigente. Observa-se que a figura materna, neste estágio, não é totalmente abandonada, estando sempre presente, havendo porém, enorme dificuldade para se nomear Deus (FROMM, 2000, p. 79-85).

Acompanhar a maturação da idéia do monoteísmo em suas conseqüências ulteriores leva necessariamente a uma conclusão: não se pode mencionar de forma alguma o nome de Deus, não se pode falar *de* Deus. Deus não se torna o que ele é potencialmente na teologia monoteísta, o Um sem nome, um balbucio inexprimível, em referência à unidade subjacente ao universo fenomenal, fonte de toda a existência. Deus se torna verdade, amor, justiça. Deus é eu, na medida em que sou humano (FROMM, 2000, p. 87).

Neste desenvolvimento humano, supera-se o estágio infantil, deixando o Deus representado como pai e a pessoa não direciona seu amor a Deus, mas age de forma a se compreender como Deus e sua capacidade se transforma na realização de tudo o que Deus representa nela, entretanto, somente algumas poucas pessoas conseguem este avanço, enquanto a maioria permanece naquele estado de ingenuidade (FROMM, 2000, p. 89).

Tendo falado no amor a Deus, quero deixar claro que não penso em termos de uma concepção teísta e que, para mim, a idéia de Deus é apenas uma concepção historicamente condicionada, em que o homem expressou a experiência de seus poderes supremos, seu anseio de verdade e de unidade, num determinado período histórico. Mas creio também que as conseqüências de um monoteísmo estrito e de uma preocupação não-teísta básica com a realidade espiritual são duas concepções que, embora diferentes, não precisam se combater (FROMM, 2000, p. 90).

Finalmente, conclui Fromm, que o relevante desta questão é saber “até que ponto o indivíduo cresceu”, pois,

(...) a natureza desse amor a Deus corresponde à natureza de seu amor ao homem, e, além disso, a verdadeira qualidade de seu amor a Deus e ao homem muitas vezes é inconsciente – coberta e racionalizada por um *pensamento* mais maduro do que o amor é. Além disso tudo, o amor ao homem, embora diretamente impregnado em suas relações com a família, é em última análise determinado pela estrutura da sociedade em que esse indivíduo vive. Se a estrutura social for de submissão à autoridade – a

autoridade declarada ou a autoridade anônima do mercado e da opinião pública –, seu conceito de Deus pode ser infantil e estar longe do conceito maduro, cujas sementes são encontradas na história da religião monoteísta (FROMM, 2000, p. 102).

Tais evidências demonstram a grande relevância que a sociedade apresenta na formação do ser humano, nos conceitos que desenvolve e, conseqüentemente nos sentimentos que se expandem na constituição da vida humana individualmente considerada. Um círculo que pode ser virtuoso, quanto mais influências positivas acrescer no indivíduo, ou vicioso, quando tais forças têm caráter negativo, negando a maturidade e o crescimento do ser humano e conseqüentemente apequenando seus sentimentos.

3. A NECESSIDADE DO AMOR NA VIDA SOCIAL

Partindo da angústia derivada da separação inicial, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, com a ruptura do cordão umbilical, ele se torna incapaz de viver sozinho, isolado, necessitando do convívio em sociedade para poder sobreviver e se aperfeiçoar, esta carência é própria do conflito interno que desenvolve em busca de sua maturidade¹⁴.

A experiência de cada um “não é um existir separado e isolado, mas uma vivência em todo um contexto que o rodeia, do qual não se pode subtrair”, como leciona Norma Sueli Padilha, correspondendo, “na verdade, não um simples existir, mas um coexistir”, pois o ser “de cada um não se pode furtar da convivência com a realidade do mundo que o cerca e a coexistência com os demais”, tanto assim, que “na vida em sociedade, todos os seus

¹⁴ Conforme afirma Rollo May, em “O homem a procura de si mesmo”: “(...)a pessoa em potencial é, na origem, uma unidade com a mãe, como o feto no ventre, automaticamente alimentado através do cordão umbilical, sem qualquer opção de um ou de outro” e conclui afirmando que “(...) toda evolução pode ser descrita como o processo de diferenciação entre a parte e o todo, o indivíduo e a massa, e eventualmente o relacionamento com os semelhantes em plano mais elevado. Já que o ser humano, ao contrário de uma pedra ou um composto químico, só pode realizar sua individualidade por meio de uma opção consciente e responsável, precisa tornar-se um indivíduo, tanto do ponto de vista físico, como moral e psicológico” (MAY, 2004, p. 99).

componentes individuais, fazem parte de um contexto de participação na coexistência inevitável, onde para se manter a ordem e o equilíbrio” é extremamente importante, “a busca de adequação ao processo natural da necessária convivência” (PADILHA, 2000, p. 186).

Dentro deste contexto e diferentemente de outras espécies animais que vivem em sociedade e tem esta formação por fim, na sociedade humana, o fim a ser considerado é o próprio ser humano, caracterizando-a como o meio para a expansão humana, isso porque, o que interessa é a “sorte dos homens”, a “felicidade de cada pessoa”, como escreveu Goffredo Telles Júnior (TELLES JÚNIOR, 2003, p. 16).

Antes de mais nada, o homem é um animal social. Sua constituição física é tal que ele tem que viver em grupos, significa que é capaz de cooperar com outros, ao menos com propósitos de trabalho e de defesa. A condição de tal cooperação é a sensatez. A fim de permanecer razoável, o que significa sobreviver mentalmente, (e, indiretamente, fisicamente) o homem deve relacionar-se com os outros e ter uma estrutura de orientação permitindo-lhe apoderar-se da realidade; ter uma estrutura de referência relativamente constante, que lhe permita ter um ponto de orientação numa realidade, sob outros aspectos, caótica (FROMM, 1992, p. 24).

Para a harmonia desta vivência social, parece haver necessidade de ligações afetivas entre cada membro do conjunto da sociedade, carecendo pois, de amor fraterno na vida humana para a manutenção e perpetuação da espécie. O amor que concebe a possibilidade de existência da pessoa independente, que une a família, o amor que constrói as bases da sociedade é, sem dúvida, o sentimento maior e mais nobre que a existência humana conhece, como já foi possível observar nas linhas anteriores.

Lafayette Pozzoli atenta para o fato de que Jacques Maritain, no livro “Humanismo Integral”, já ensinava “que o ser humano deve realizar uma obra comum na terra: o amor”, segundo o autor, “o verdadeiro fim da humanidade está em realizar uma vida comum terrena, um regime temporal de acordo com a dignidade humana e o amor”, sendo este, sem dúvida, “um trabalho árduo e heróico e que exige força de vontade, paciência e, sobretudo, fé de cada pessoa” (POZZOLI, 2003, p. 108-109).

Na sociedade moderna, onde cada pessoa está preocupada unicamente consigo, num sentido capitalista de ser melhor e ganhar mais, o amor, o seu exercício, não está correspondendo às primeiras necessidades de cada pessoa, disso resulta um alheamento individual e a não compreensão de si mesmo, levando a práticas mecanicistas e rotineiras, afastando cada componente do grupo de seu companheiro ou companheira, num movimento de profunda e velada repulsa ao coletivo.

“Quando um indivíduo sofre de ansiedade durante um prolongado período de tempo fica com o corpo vulnerável a doenças psicossomáticas”, afirmou Rollo May, assim também um “grupo sofre contínua ansiedade sem tomar medidas eficazes, seus membros, mais cedo ou mais tarde, voltam-se uns contra os outros” e as confusões generalizadas que geram, “tornam cada qual desconfiado de seu vizinho.”

Passando da sociedade ao indivíduo verificamos as mais óbvias expressões de ansiedade na prevalência de neuroses e outras perturbações emocionais que, quase todos, de Freud em diante, afirmam ter raízes na ansiedade. Esta é o denominador comum psicológico das perturbações psicossomáticas, tais como úlceras, várias formas de afecções cardíacas, etc. A ansiedade é, em suma, a forma contemporânea da peste branca – a maior destruidora da saúde e do bem-estar humanos.

Ao aprofundarmos a ansiedade individual descobrimos que provém de algo mais íntimo que a ameaça de guerra e a instabilidade econômica. Vivemos ansiosos por ignorar que papel devemos assumir, e que princípios de ação devemos crer. A ansiedade pessoal, semelhante à de toda a nação, é uma confusão e um desnorteamento básico a respeito de nossos objetivos. Devemos lutar pelo êxito econômico, segundo nos ensinaram, ou para sermos “boas praças”, estimados por todos? Ambos é impossível. Obedeceremos aos ensinamentos da sociedade com respeito ao sexo, permanecendo monógamos, ou seguiremos a média, “o que todo mundo faz”, conforme revelou o relatório Kinsey? (MAY, 2004, p. 31-32)

Estas indagações sem resposta transformam a pessoa em refém, inerte, como que amarrada, embora não se esteja aqui, falando das “amarras, às vezes sufocantes” e “cerceadoras do exercício de algumas liberdades” criadas pela “natureza social do homem” tal como afirmou Gilberto Giacóia (GIACÓIA, 2001, p. 06), mas da ausência de qualquer sentimento de afeto, amor fraterno, que as relações sociais estão marcadas hodiernamente, pela confusão sentimental que se experimenta.

Não se vislumbra neste relacionamento atual, o diálogo a que se referiu Montoro, entre a “pessoa-sociedade”, o que torna tenso e preocupante o ambiente, pois como ele próprio anunciou, “é através do diálogo que a pessoa toma consciência de sua situação e de seus problemas e é, também, através do diálogo que o grupo social se constitui como realidade sociocultural”, devendo estar, “assim, na origem e na continuidade dinâmica da ‘pessoa’ e da ‘sociedade’. Da pessoa humana real e da sociedade historicamente atuante” (MONTORO, 1995, p. 213).

Esta ausência de comunicação torna difícil conceber a união social, tida por Aristóteles como natural, desconsiderando o amor fraterno que une os seus membros. Na família, por exemplo, o convívio com pessoas conhecidas desde os primeiros dias da vida, vinculadas pela tradição, pelo nome, pelos antepassados, sustenta e nutre o surgimento de vínculos muito íntimos e quase inexplicáveis do ponto de vista objetivo.

Não somente na “infância, dentro da família, mas também no decorrer da vida, com a ajuda das instituições, que a distinção entre fantasia e realidade, entre culpa e responsabilidade é estabelecida, desenvolvida e fomentada”, como afirma Giselle Câmara Groeninga, primeiramente “dentro da família, e no seio das instituições, aprendemos a interpretar os afetos, a realidade e a lei”, assim também se aprende a “balizar a agressividade e desenvolvemos formas de dar e receber amor, as quais vão se transformar em solidariedade – um capital essencial para o exercício da cidadania”, conclui a autora (GROENINGA, 2003, p. 102).

Constituem-se as entidades familiares, por consequência, em núcleos agregadores de respeito e auxílio mútuo, de preservação e desenvolvimento da dignidade das pessoas, ressaltando-se que esta dignidade se explicita no exercício da doação recíproca, no inter-relacionamento das pessoas, o que milenarmente é chamado de amor, igualmente fonte real, igualmente, de toda dignidade humana: *amo, ergo sum*, na esteira do ensinamento de Santo Agostinho (SOUZA, 2003, p. 1111).

Aquelas questões sem respostas, pelas quais atravessa a sociedade atual, encontram

reflexo na família moderna, pois todo “abandono sofrido pelas crianças mimadas de hoje – qualquer que seja a composição familiar a que pertençam – é o abandono *moral*”, como afirma Maria Rita Kehl, e conclui que não é o fato de que

(...) a mãe, separada do pai, passa muitas horas por dia trabalhando; não é porque um pai decidiu criar sozinho os filhos que a mãe rejeitou; ou porque um casal jovem só tenha tempo para conviver com a criança no fim da semana. O abandono, e a conseqüente falta de educação das crianças, ocorre quando o adulto responsável *não banca sua diferença diante delas*. Fora isso, sabemos que todos os “papéis” dos agentes familiares são substituíveis – por isso é que os chamamos de papéis. O que é insubstituível é um olhar de adulto sobre a criança, a um só tempo amoroso e responsável, desejante de que esta criança exista e seja feliz na medida do possível – mas não a qualquer preço. Insubstituível é o desejo do adulto que confere um lugar a este pequeno ser, concomitante com a responsabilidade que impõe os limites deste lugar. Isto é que é necessário para que a família contemporânea, com todos os seus tentáculos esquisitos, possa transmitir parâmetros éticos para as novas gerações (KEHL, 2003, p. 176).

Nesta transmissão de valores, também o afeto, apesar de ser sabido, entretanto, que o amor não pode ser o único elemento de manutenção da sociedade entre iguais, pois esta visão estaria sujeita a um caráter limitado e ingênuo, diverso da realidade ampla e irrestrita de elementos que compõem a vida humana em sociedade, além da existência dos chamados impulsos destrutivos.

Entre outros fatores, o amor fraterno vincula e constrange as pessoas à prática e desenvolvimento do bem comum. Deveras, a sociedade humana é muito complexa em sua formação e estruturação para ser explicada ou mesmo analisada sob um único prisma; o da evidência do amor nas relações sociais, mas isso não significa que não esteja presente no relacionamento social.

Outros fatores também influenciam a sociedade, pois “os seres humanos se limitam inevitavelmente em suas liberdades, porquanto o poder de um encontra correspondência no igual poder dos outros que com ele convivem”, sendo que o poder não deve “identificar-se à vontade apenas de um homem, mas emanar-se da coletividade para assegurar as condições de vida e desenvolvimento” (GIACÓIA, 2001, p. 08).

Disso se extrai que a constituição e a organização social é prolixa, o que refuta a idéia de que o amor entre as pessoas seja o único elemento de sua formação. Importante a ressalva, pois o objetivo do estudo é evidenciar a relevância do amor no meio social, não deslembrando a existência de outros fatores e elementos que compõem a vida em sociedade.

O amor entre as pessoas, na sociedade, já estava caracterizado no lema da Revolução Francesa de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, sendo que, a fraternidade deve ser interpretada como a união, em amor entre pessoas iguais e que procuram a realização dos mesmos ideais, vivendo na coletividade a busca do bem comum.

O alcance do bem universal, da satisfação das pessoas, passa necessariamente pelo amor entre cada ser que vive em determinada sociedade, em determinada época. Para o progresso e a conquista desse estado de bem estar geral, porém, há necessidade da liberdade, liberdade de escolha pessoal no sentido de autoconhecimento, liberdade estritamente vinculada à responsabilidade de tornar-se pessoa madura e capaz de se integrar com as outras participantes do mesmo contexto.

Em uma sociedade composta por pessoas independentes, conscientes e responsáveis, o amor é elemento indispensável e presente, levando conseqüentemente ao bem estar geral. Não se pode conceber um sem o outro. Um verdadeiro exercício ativo de se encontrar e encontrar com o outro, na medida mesma em que o outro acaba por corresponder a mim. Dessa forma o amor a cada pessoa se resume na identidade de amar a si mesmo e amar o próximo, como determina o mandamento religioso.

O que se espera da humanidade? Qual o caminho a seguir? Que ela tenha estruturas sociais, instituições e leis dignas, inspiradas no espírito de amizade fraterna, e que oriente cada vez mais vertiginosamente as energias da vida social para uma concepção de amor. Uma nova sociedade, baseada em valores fraternos, teria o amor como princípio dinâmico essencial. A sociedade é composta de pessoas humanas e tem como fim o bem coletivo. Esse bem comum não significa simplesmente o bem individual, mas o empenho de cada um na realização da vida social dos demais, das outras pessoas. O bem comum de um ser humano está na realização do bem comum de outro ser humano: aqui o verdadeiro sentido do bem comum de uma humanidade (POZZOLI, 2003, p. 109).

Como afirma José Arthur Giannotti, tal “forma de lidar com a alteridade é o limite da família”, pois quando “persistir certa semelhança entre nós, mais de condutas do que de corpos, o outro ainda é familiar, terceiro do qual se espera solidariedade maior do que aquela vigente nos contratos”, de maneira que “o amigo é aquele com o qual se convive prestando solidariedade mútua, de tal sorte que eu e ele seguimos as regras da moralidade vigente” (GIANNOTTI, 2003, p. 91-92).

Isso explica a razão da entidade familiar, ainda que não matrimonial, perdurar tanto tempo, evoluindo e se transformando, porém, mantendo uma estrutura espontânea, frágil e ao mesmo tempo consistente, num verdadeiro processo de evolução, baseada em vinculações subjetivas entre os envolvidos nesta coletividade.

Nesta identidade entre o ‘eu pessoa’ e a pessoa do outro deve estar presente o amor, como elo de ligação abstrato e subjetivo que permeia e possibilita a sustentação da relação, pautado na certeza do proveito de ambos na mesma inclusão, revelando com isso, a necessidade do amor para uma vivência social em sua plenitude.

A afirmação de Rollo May de que “o amor resolve tudo” é apropriada, contudo, o próprio autor afirma que “não há dúvida de que os problemas políticos e sociais deste mundo conturbado exigem atitudes de empatia, preocupação imaginativa, amor ao próximo e ao inimigo”, pois “o que falta à nossa sociedade é a experiência comunitária, baseada em trabalho de valor social e amor”, haja vista que na ausência da “comunidade, caímos no seu substituto neurótico, a ‘neurose do coletivismo’”, embora não baste “dizer às pessoas” “que deveriam amar”, que acarreta apenas “hipocrisia e fingimento, que já existem em demasia no âmbito do amor” e correspondem aos “maiores obstáculos ao aprendizado do amor do que a franca hostilidade, pois pelo menos a última pode ser autêntica e, como tal, enfrentada”, afinal se está aprendendo a necessidade de afirmar o outro e outras nações “para nossa própria

sobrevivência”, apesar de que

(...) não podemos daí concluir que ações ocasionais desta espécie sejam prova de que aprendemos – no plano político – a amar. De modo que, repetimos, daremos nossa mais útil contribuição a um mundo em urgente necessidade de preocupar-se com o bem alheio se começarmos por aprender individualmente a amar. Lewis Mumford observou: “Conforme acontece quando se fala em paz, os que mais gritam pelo amor são às vezes os que menos sabem expressá-lo. Tornarmo-nos capazes de amar e aptos a receber o amor é o mais importante problema de integração e, na verdade, a chave da salvação” (MAY, 2004, p. 200).

Dessa forma, forçoso antes e ao mesmo tempo de manifestar a necessidade do amor na vida social, afirmar a sua indispensável e irrefutável presença na vida individual, na formação da dignidade da pessoa humana, até mesmo porque, “a liberdade, a responsabilidade, a coragem, o amor e a integridade interior são as qualidades ideais, nunca perfeitamente realizadas por ninguém”, mas que constituem sem sombra de dúvidas “as metas psicológicas que dão significado ao nosso movimento de integração” (MAY, 2004, p. 230).

4. O AFETO COMO VALOR NO DIREITO

O amor, tanto para o ser humano, como para a sociedade organizada é extremamente importante. É sem sombra de dúvida o mais alto sentimento despertado na vivência em comunidade. Na expressão de Guilherme Assis de Almeida, “o amor deve ser a mais estimada de todas as coisas existentes. Esclareça-se que o amor, assim como os outros valores, é uma coisa, mas não algo concreto, palpável. Por sua própria natureza é inexaurível, jamais se esgota, sempre podemos amar mais e melhor” (ALMEIDA, 2005, p. 01).

Apesar da importância que o amor representa para a pessoa e para a sociedade, não se discutia, até pouco tempo, sua relevância na seara jurídica. O fato é que de uma forma ou de outra, o patrimônio sempre ocupou lugar de destaque na legislação codificada, desde o advento do código de Napoleão.

A defesa da relevância do afeto, do valor do afeto, torna-se muito importante não somente para a vida social. Mas a compreensão desse valor, nas relações do direito de família, leva à conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existentes para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para fim do princípio da dignidade da pessoa.

Veja-se a exemplo que a alteração do modelo familiar, tratado em outra oportunidade, relativizou a função que cada membro do grupo familiar ocupa, pois não se prende mais, a família, naquela disposição tradicional: pai, mãe e filho; ao primeiro cabendo o comando e a gestão do lar. Outras e variadas configurações familiares rompem as correntes da família matrimonializada, que já não corresponde àquelas relações de fato em que se envolvem as pessoas no tempo contemporâneo.

O amor está rompendo o círculo neurótico, instituído por aquela formação familiar, como escreveu Giselle Câmara Groeninga e passa a ocupar outra posição nesta nova estrutura, unindo pessoas por laços abstratos e num fim fraterno comum: o desenvolvimento pessoal, através do núcleo familiar.

Neste passo, o direito não acompanhou as alterações sociais, não se atribuiu, no ordenamento, pelo menos expressamente, valor ao afeto, está a doutrina laborando intensamente para implantar esta nova visão independente e desvinculada do valor econômico apenas. Este trabalho é árduo e está no início, pois de um ponto de vista extremamente legalista, defender sua irrelevância, prevalecendo o elemento biológico, como ponto fundamental a sustentar a relação entre pai e filho é ainda comum nos litígios que batem às portas do judiciário brasileiro.

Exemplos dessa afirmação são citados por Fernanda Otoni de Barros, em seu livro “Do direito do Pai”, quando confronta a paternidade biológica com a paternidade, por ela

chamada, ‘social’, em casos práticos e reais, ocorridos no judiciário mineiro. No primeiro deles, a autora relata um processo de investigação de paternidade de filha, proposto pela mãe, que até aquele momento tinha como pai o companheiro da mãe. A completar a trama, o pai biológico não tem qualquer relação com a filha e não quer assumir a paternidade, enquanto o “pai-social” não abre mão de seu direito de pai, mesmo sabendo que a filha é adúltera. Indaga a autora: “Quem é o pai?” (BARROS, 2001, p. 74-79).

No caso citado, prontamente se observa o elemento biológico em contraposição ao elemento afetivo, ou seja, a paternidade biológica, como um valor, fazendo frente à paternidade social, afetiva, num verdadeiro conflito valorativo. Além disso, imperioso anotar que neste exemplo, julgado o processo, o pai biológico tornou-se pai de direito da criança, com toda conseqüência decorrente do dever de paternidade, inclusive, com a troca do nome da criança e conseqüente exclusão do nome do ‘pai social’, apesar da insistência e insatisfação deste com o processo e com a justiça. Tal decisão acarretou incômodo na autora que observou no encerramento do processo, a possibilidade da psicanálise contribuir para a ciência do direito, especialmente na seara da filiação (BARROS, 2001, p. 78).

Cabe um parêntese para lembrar a lição de Gustavo Tepedino que entende que “as relações de Direito Civil, são postas, ainda, a partir de relações de afeto, amor e solidariedade” e prossegue expondo que a figura do pai e da mãe

(...) parecem insubstituíveis nessas relações de vida inseridas na família. Ao contrário de desenvolvermos técnicas que possam parecer destinadas a superar a realidade cultural, em que vivemos, na verdade, temos técnicas terapêuticas para suprir deficiências humanas, para atender à pessoa para, excepcionalmente, prolongar e gerar vida, e não para suprir, pura e simplesmente, a falta de afeto e de amor que se dá no seio da família. Esta é a realidade em que vivemos: uma ordem jurídica constitucional que avocou para as relações de Direito Privado, em particular para as relações de família, a dignidade da pessoa humana como valor central, superando todos os outros interesses patrimoniais, institucionais, matrimoniais ou ideológicos que pudessem, por assim dizer, se sobrepor na escolha de princípios ou nas novas técnicas legislativas (TEPEDINO, 2002, p. 52).

Não resta dúvida que o desenvolvimento da pessoa, de forma a alcançar a dignidade

como e enquanto pessoa, será possível desde que haja respeito pelo ser humano que representa a criança em desenvolvimento, com seus medos, anseios e frustrações, e acima de tudo, com seus vínculos afetivos estabelecidos desde o nascimento, na coletividade familiar.

Noutro exemplo, a autora confronta o direito do pai biológico que pretende a manutenção do vínculo com a filha, após a separação do casal, e ingressa em juízo para a regulamentação de visitas, pela proibição da mãe em lhe conceder este direito. Observa, quando da procedência do seu pleito, que a filha foi adotada pelo atual companheiro da mãe, rompendo assim, qualquer vínculo com ele; novamente a indagação que não cala e permeia, na obra a presença do valor do afeto: “Quem é o pai?”

A esta altura, importante o testemunho narrado pela autora, com a alteração imposta ao rumo trilhado no início da pesquisa, quando relata:

(...) eu tinha uma suposta resposta à questão inicial, ou seja, o pai é aquele que cria, que simbolicamente empresta seu nome e seu corpo na constituição da criança e no seu laço social, o campo jurídico devendo legitimar sua função simbólica e reconhecê-lo, agora eu tinha várias outras questões: e o pai biológico, qual deverá ser a sua função e qual legitimidade lhe é possível? E o desejo da mãe? Quem pode dizer o nome do pai? Só a mãe pode declarar o pai ao filho? O pai que ela desejar, quando o desejar? (BARROS, 2001, p. 86).

Neste caso concreto, facilmente se observa o conflito estabelecido entre a paternidade biológica, pretendendo ser também social, em contrapartida à paternidade adotiva, estabelecida através de uma suposta relação social, com flagrante fraude aos direitos do primeiro. Outra oportunidade de se observar o valor que o afeto representa para a constituição das relações familiares, bem como, o engessamento das normas do direito de família, diante da dificuldade em reconhecê-lo.

Finalmente, porém não menos importante, o derradeiro exemplo da autora, trazido sob o título “paternidade plural”, demonstra a existência do conflito entre a paternidade afetiva e a biológica, desnudando, mais uma vez a relevância do afeto, como um valor. Neste o relato de um processo de separação judicial litigiosa, onde a mãe confessa ao pai da criança

a possibilidade de ser outro o seu pai biológico. Tal suspeita é confirmada na instrução do processo e o pai biológico se dispõe a reconhecer a paternidade, encontrando óbice porque o “pai social” não quer sucumbir em seus direitos paternos, dada a existência do vínculo de afeto entre ele e a criança.

Causa surpresa o desfecho da história, quando o pai biológico pretende o reconhecimento da paternidade, dada a separação, onde o “pai social” declarou em acordo a inexistência de filhos e de bens, apesar de ter lutado para a manutenção do vínculo e o Ministério Público manifesta contrariamente, afirmando que a filiação não tem caráter privado. “Os pais de uma criança não podem decidir, quando querem, do jeito que querem, quem é o pai e quem não é. Filiação é um registro público, um direito indisponível e personalíssimo do filho e que não pode ser regulado por acordos e contratos particulares” (BARROS, 2001, p. 91).

Os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor a pessoa gerada por indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção por afeição. Afeto para conferir tráfego de duas vias a realização e a felicidade da pessoa. Representa dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações; mostrar caminhos, aprender, receber e fornecer informação. Significa iluminar com a chama do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos sócioafetivos, o espaço reservado por Deus na alma e nos desígnios de cada mortal, de acolher como filho aquele que foi gerado dentro do seu coração (MADALENO, 2004, p. 08).

Sob tal argumento é possível se encher de esperanças para estabelecer mais uma vez que o afeto é um valor, inerente à formação da dignidade humana, tal como o direito à herança genética, guardadas as proporções. Não pode, por isso, ser esquecido ou simplesmente rejeitado das lides forenses, em especial no direito de família, onde a formação individual, para o convívio social encontra sua primeira base de desenvolvimento.

Assim, sob outra ótica a questão também deve ser enfrentada, pois são encontrados casos emblemáticos no Judiciário brasileiro, de filhos que não receberam dos pais o afeto a

que tinham direito, para o seu completo desenvolvimento e sua constituição como pessoa com dignidade, pleiteando uma compensação pecuniária pela carência que suportaram ao longo de sua vida. A esse respeito o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar no julgamento do Recurso Especial nº 757.411-MG, afastando, por maioria de votos o direito do filho em obter a reparação, por danos morais, do pai pelo abandono sofrido.

O caso reveste-se de grande interesse, primeiro pelo seu pioneirismo, segundo porque foi rejeitado na primeira instância, com a reforma da sentença em recurso de apelação, pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, à unanimidade dos votos, culminando com a reforma pelo Corte Especial.

Merece destaque o voto proferido pelo Juiz Relator e acompanhado por todos os julgadores, em especial quando afirma:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de um conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.

Esclareço, desde já, que a responsabilidade em comento deve cingir-se à civil e, sob este aspecto, deve decorrer dos laços familiares que matizam a relação paterno-filial, levando-se em consideração os conceitos da urgência da reparação do dano, da re-harmonização patrimonial da vítima, do interesse jurídico desta, sempre prevalente, mesmo à face de circunstâncias danosas oriundas de atos dos juridicamente inimputáveis.

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a *afetividade*. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.

Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue (BRASIL, 2004, p. 04)

Prosseguindo no julgamento, o Juiz Relator ressalta a relevância que o afeto representa para a formação da pessoa no contexto familiar.

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade.

O princípio da efetividade (*sic*) especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.

No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público pauta-se exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar.

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.

Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2004, p. 04-05).

Finalmente conclui o relator pela existência do dano “em relação à sua dignidade” e a “conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexos causal entre ambos”, fixando a indenização no valor equivalente a duzentos salários mínimos (BRASIL, 2004, p. 07).

Houve então, Recurso Especial, contra o acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais para o Superior Tribunal de Justiça, recurso conhecido e provido pela Quarta Turma, afastando a obrigação de indenizar, por maioria de votos, com a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido (REsp. nº 757.411-MG).

Em elaborado voto, o Ministro Fernando Gonçalves, relator do processo, conheceu

do Recurso Especial e lhe negou provimento, afastando a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral, fundamentando, inicialmente, o seu entendimento nos termos seguintes:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, **guarda e educação** dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1.638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral (REsp. nº 757.411-MG).

Acompanhando o Ministro Relator, o Ministro Aldir Passarinho Junior ainda pontificou em seu voto a respeito do pátrio-poder:

Na hipótese de perda do pátrio poder, a tutela é dada em substituição, nos termos do art. 406, I, também do Código Civil anterior. Parece-me, pois, que não é hipótese de ato ilícito. Não é dessa forma que se enfrentaria tal situação. A legislação de família prevê institutos específicos, inclusive em relação às necessidades do filho na lei de alimentos. Aqui, ressaltado, foram prestados alimentos (REsp. nº 757.411-MG).

Estes pontos dos votos dos eminentes Ministros merecem uma análise cuidadosa. Se o poder familiar, antigo pátrio-poder, se reveste de encargo determinado por lei aos pais em relação aos filhos, se a moderna doutrina, representada aqui pela posição de Maria Berenice Dias, aduz a ausência de sentido e aplicabilidade na legislação pretérita, apesar de ser repetida no Código Civil recentemente, a supressão ou mesmo a ‘punição’ do pai omissor com seus filhos, representa sim a coroação de uma conduta ilícita e prejudicial aos interesses do menor. Ou, dito de outra forma, este argumento premia a omissão e o pai relapso, pois lhe retira um dever, uma obrigação, que este ascendente não fez questão nenhuma de exercer, tanto que sofreu a demanda pelo abandono que deu causa, portanto, não parece o melhor argumento para prestigiar a nova família e refutar o valor do afeto.

De outra forma, em seu voto, prossegue o Ministro Relator:

Ainda outro entendimento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos, valendo transcrever trecho do conto “Para o aniversário de um pai muito ausente”, a título de reflexão (*Colocando o “I” no pingo... E Outras Idéias Jurídicas e Sociais*, Jayme Vita Roso, RG Editores, 2005): (...).

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização (REsp. nº 757.411-MG). (grifo nosso)

A partir de tais argumentos, persiste para quem acredita no princípio da afetividade, o seguinte questionamento: o litígio já não foi estabelecido? A reparação do dano, considerado como a ausência de afeto, não seria suficiente para possibilitar a (re)construção da vida? Finalmente, como não cabe ao judiciário obrigar alguém a amar, não cabe nenhuma compensação a quem não foi amado?

Diante destas indagações, parece até aceitável argumentar sobre a impossibilidade do judiciário arbitrar qualquer reparação em pleitos indenizatórios por morte, pois escapa ao judiciário a possibilidade de ressuscitar a pessoa falecida, o que não procede.

Não sugere a melhor saída, refutar o direito à compensação pecuniária, à reparação, pela impossibilidade em se obrigar ao cumprimento da obrigação na espécie: amar. Negar, nos dias atuais, o valor e a relevância ao afeto, consiste negar sua necessidade para a implementação da dignidade humana, ou seja, negar o princípio fundamental do Estado brasileiro.

Merece ainda a transcrição completa o voto vencido, da lavra do Ministro Barros Monteiro, que dissentindo do voto do Relator anotou:

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto. Como se sabe, na norma do art. 159 do Código Civil de 1916, está subentendido o prejuízo de cunho moral, que agora está explícito no Código novo. Leio o art. 186:

“Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Creio que é essa a hipótese dos autos. Haveria, sim, uma excludente de responsabilidade se o réu, no caso o progenitor, demonstrasse a ocorrência de força maior, o que me parece não ter sequer sido cogitado no acórdão recorrido. De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo.

Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o **quantum** devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso.

Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual.

Por essas razões, rogando vênias mais uma vez, não conheço do recurso especial (REsp. nº 757.411-MG). (grifo nosso)

Do voto vencido se extrai importante lição: a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, pela responsabilidade do pai em não conceder o necessário amor aos filhos, durante sua vida, para a formação de sua dignidade, como pessoa humana. Não se trata, apenas em quantificar, materialmente, o valor do amor, muito pelo contrário, a reparação tem o condão de valorar este sentimento tão relevante para a própria constituição da pessoa, como ficou demonstrado inúmeras vezes.

O argumento sobre a impossibilidade de se “querer quantificar o preço do amor” não pode servir de amparo à recusa da reparação, pois a situação atual do direito, com a pessoa estando no centro das discussões, torna insuportável tal fundamento. Neste ponto, possível

fazer paralelo sobre as primeiras controvérsias a respeito do dano moral, sua possibilidade na seara do direito, cujo principal argumento contrário, cingia-se na impossibilidade de se valorar a dor moral da pessoa¹⁵. Nota-se assim, o retrocesso para utilização de base já superada pelo ordenamento jurídico.

Neste prisma, merece a transcrição, o voto do Ministro César Asfor Rocha, em sentido contrário ao aqui narrado, refutando as linhas anteriores nos termos seguintes:

(...) é certo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais pontificou que o recorrido teria sofrido em virtude do abandono paterno; são fatos que não podem ser desconstituídos. E é justamente com base nesses fatos que aprecio o que está ora posto. Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente – a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações.

Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família. Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. Os seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material. Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura – a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repúdio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria “x”; se abandono por um mês, o valor da indenização seria “y”, e assim por diante. Com esses fundamentos, e acostando-me ao que foi posto pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves, Relator deste feito, e pelos Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini, peço vênia ao eminente Sr. Ministro Barros Monteiro para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento (Resp. nº 757.411-MG). (grifo nosso)

¹⁵ Emblemática o posicionamento de Ives Gandra da Silva Martins, citado por Clayton Reis, retrato de “uma postura negativista predominante em alguns Doutrinadores ao acentuar: ‘... de início, a tese de que a dor tem preço causa-me espécie. A teoria do *pretium doloris* soa-me mais como uma teoria de vendeta siciliana ou aplicação quase 40 séculos depois, da lei de talião do que forma moderna de se lavar a honra” (*apud* REIS, 2000, p. 123)

Como se constata do voto transcrito, seu prolator repudia a ingerência de outros ramos do direito no campo das relações próprias ao direito de família, nega-se com este posicionamento, um paralelo com toda a evolução acerca dos direitos das pessoas que se uniram sob a forma de união estável, cujo fundamento primeiro se pautou na impossibilidade do enriquecimento ilícito, quando não havia regramento expresso no ordenamento jurídico.

Por outro lado, e uma vez mais, não se trata simplesmente de “querer quantificar o preço do amor”, como não se pretende quantificar o preço da vida, da dor. O direito não pode ficar alheio ao princípio da afetividade e sua relevância tanto para a família, como para a própria pessoa. A questão deve ser enfrentada sob o ponto de vista da importância que o amor representa para a gênese da pessoa, enfim, para a elaboração do princípio da dignidade humana. À mingua de outras alternativas, para a omissão do amor, a responsabilização em perdas e danos, deve por enquanto, ser suficiente para acalentar o coração humano, não sendo possível ao agente do direito, simplesmente se omitir, sob o pretexto de que o amor não tem preço, até mesmo porque, a vida, a dor, a honra, também não têm, à princípio, preço estabelecido.

Desta forma, nas quedas patrimoniais, tão comuns no direito, ao afeto deve ser aberto debate sobre o seu valor. Não um singelo valor pecuniário, simplesmente revertido no aspecto financeiro, em moeda corrente, como mero capital ou elemento de troca, mas num valor inerente à formação da pessoa humana, implícito na sua dignidade para sua formação pessoal, como o valor da vida, da liberdade, da intimidade.

Sob o manto do princípio da dignidade humana, alguns tribunais começam a reconhecer o valor do afeto, conforme se pôde observar e como se depreende da decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, prestigiando a filiação socioafetiva, com o seguinte aresto:

Negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é

emanação do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada ‘adoção à brasileira’ (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento da realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular ‘adoção à brasileira’, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível nº 108.417-9, 2ª Câm. Civ., Rel. Des. Accácio Cambi, v.u., j. 12.12.2001)

Tal julgamento deriva, de grande discussão iniciada na década de noventa, tendo como palco o Supremo Tribunal Federal, chamado a decidir “Habeas corpus” em processo de investigação de paternidade que havia sido determinada a condução ‘debaixo de vara’ do investigado pai, para submeter-se ao exame de DNA para comprovar peremptoriamente a paternidade, com seguinte ementa:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos (H.C. nº 71.373-4 – RS).

Para o Ministro Relator Francisco Resek, que manteve a decisão do Tribunal *a quo*, indeferindo o “Habeas corpus”, para a condução ‘debaixo de vara’ o avanço científico, a prova do exame é imprescindível, pois argumenta:

O peso desse novo instrumento pericial revela-se em sua insignificante margem de erro, o que leva alguns especialistas a afirmar que os testes de paternidade pelo exame direto do DNA – geralmente feito no sangue, embora possa dar-se em qualquer outro tecido do corpo que o contenha, ostenta confiabilidade superior a 99,99%. A certeza científica proporcionada pela nova técnica oferece ao julgador um elemento sólido para a construção da verdade.

(...)

O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física (H.C. nº 71.373-4 – RS).

Acompanhando o voto do Relator, o Ministro Ilmar Galvão, definiu que “não se busca, com a investigatória”,

a satisfação de interesse meramente patrimonial, mas, sobretudo, a consecução de interesse moral, que só encontrará resposta na revelação da verdade real acerca da origem biológica do pretense filho, posta em dúvida pelo próprio réu ou por outrem.

Trata-se de interesse que ultrapassa os limites estritos da patrimonialidade, possuindo nítida conotação de ordem pública, aspecto suficiente para suplantar, em favor do pretense filho, o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física, no caso, afetada em proporção ridícula (H.C. nº 71.373-4 – RS).

Manifestando entendimento contrário, deferindo o “habeas corpus” o Ministro Marco Aurélio proferiu em seu voto a seguinte lição, que restou acompanhada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

Ninguém está compelido, pela ordem jurídica, a adentrar a Justiça para questionar a respectiva paternidade, da mesma forma que há conseqüências para o fato de vir aquele que é apontado como pai a recusar-se ao exame que objetive o esclarecimento da situação. É certo que compete aos cidadãos em geral colaborar com o Judiciário, ao menos na busca da prevalência dos respectivos interesses e que o sacrifício – na espécie, uma simples espetadela – não é tão grande assim.

Todavia, princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. Refiro-me, em primeiro lugar, ao da legalidade, no que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste habeas-corpus – no sentido de o Paciente, Réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheta (*sic*) do material, indispensável ao exame. Ainda que houvesse, estaria maculada, considerados os interesses em questão – eminentemente pessoais e a inegável carga patrimonial – pela inconstitucionalidade.

Digo isto porquanto a Carta Política da República – que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a “Carta Cidadã” – consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol das garantias constitucionais (artigo 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante e em boa hora deu-se a impetração deste habeas-corpus. É irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do Paciente de não permitir que se lhe retire, das

próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu. Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade (H.C. nº 71.373-4 – RS). (grifo nosso)

Importante a análise da decisão do *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de não constar explicitamente o princípio da afetividade, o que se observa intrinsecamente à questão apresentada, especialmente diante da relevância emprestada pela Suprema Corte ao princípio da dignidade humana, como garantia fundamental que deve ser respeitada.

Já se anotou, no presente estudo, que não será possível efetivar o princípio da dignidade humana, senão concebendo o ser humano dentro dos critérios e limites estabelecidos pelo amor, pelo impulso da vida inerente às relações humanas.

Ainda neste contexto, outra questão inquietante, que nega qualquer valor ao vínculo amoroso formado entre cônjuges diz respeito à perquirição de culpa para a dissolução do matrimônio. Ora, como se o fato de constituir advogado para o processo de separação, fazer todas as provas, enfrentar o judiciário moroso, exercer o direito de ação, já não constituísse prova suficiente para concluir pela necessária dissolução do enlace.

Com o advento do Código Civil de 2002 já há entendimento de não haver necessariamente, a obrigação de produção e indicação da culpa do cônjuge na separação, como se observa do aresto do Tribunal de Justiça de Sergipe, com a seguinte ementa:

SEPARAÇÃO JUDICIAL – Ação litigiosa – Magistrado que decreta a separação sem buscar e imputar a qualquer das partes a causa e o culpado pela ruptura do casamento – Admissibilidade, se manifestado pelos cônjuges, de forma incontestada, o firme propósito de pôr fim ao vínculo conjugal.

Ementa Oficial: Manifestado pelos cônjuges, através da inaugural e contestação, o propósito firme de se separarem, deve o magistrado decretar a separação, independentemente de buscar e imputar a qualquer das partes a causa e o culpado pela ruptura do casamento.

Como fundamento desta decisão, há referência expressa à jurisprudência já dominante do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, negando a necessidade de se comprovar a culpa, o que pode ser permitido supor que cessou, dentro daquele enlace, qualquer vínculo afetivo entre as partes, pois pretendem a extinção da vida comum:

Direito Civil. Direito de Família. Separação por conduta desonrosa do marido. Prova não realizada. Irrelevância. Insuportabilidade da vida em comum manifestada por ambos os cônjuges. Possibilidade da decretação da separação. Nova orientação. Código Civil de 2002 (art. 1.573). Recurso desacolhido.

Na linha de entendimento mais recente e em atenção às diretrizes do novo Código Civil, evidenciado o desejo de ambos os cônjuges em extinguir a sociedade conjugal, a separação deve ser decretada, mesmo que a pretensão posta em juízo tenha como causa de pedir a existência da conduta desonrosa.

(REsp. 433206 – Quarta Turma – j. 07.04.2003 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

Por “insuportabilidade da vida em comum” deve ser entendida ausência de amor, pois onde há amor, há comunhão e desejo de crescimento a dois, o que não pode ser encontrado, por certo, quando esta vontade já não se corresponde entre os cônjuges. Assim, não se falar em culpa ou causa da separação, imputando um responsável pelo fracasso do casamento, pode ser considerado avanço para o reconhecimento da dignidade da pessoa, e mais, para o reconhecimento do afeto como elemento importante para esta realização.

Nas linhas de Sérgio Resende de Barros, em “A ideologia do afeto” é possível concluir que a culpa não é fator para a decretação da extinção do vínculo conjugal, haja vista a existência de outro elemento importante pois em verdade,

(...), o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o *afeto conjugal*. Mais conveniente seria chamá-lo *afeto familiar*, uma vez

que está arraigada nas línguas neolatinas a significação que, desde o latim, restringe o termo *cônjuge* ao binômio marido e mulher, impedindo ou desaconselhando estendê-lo para além disso (BARROS, 2002, p. 8).

Assim, quando não existe afeto, não há amor, uma sanção já foi imposta à sociedade conjugal; sua falência, pois a vida a dois não pode ser concebida inexistindo o laço de união afetiva entre os cônjuges. Obrigar seja provada a culpa pelo término da relação, sob o ponto de vista da relevância do afeto, seria o mesmo que implantar um sistema de “bis in idem” condenatório para aqueles que já sofreram com o fracasso na constituição da família a qual se dispuseram.

O autor vai ainda mais longe, defendendo a relevância do afeto e a alteração do texto constitucional, pois a família se conjuga com o afeto, muito embora o pensamento da família parental, embasada no patriarcalismo importar de forma diversa,

(...) o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai e mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica não tenha sido assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição *sine qua non* para existir a família. Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da Constituição brasileira vigente, começando por excluir do conceito de entidade familiar o parentalismo: a exigência de existir um dos pais (BARROS, 2002, p. 09).

Com isso, fica patente o destaque do afeto, do amor, nas uniões familiares e o valor que lhe deve ser atribuído pelo direito, para cumprir o seu papel na formação e acabamento da pessoa humana, de forma a cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÕES

Partindo dos mais simples estudos acerca da família, é possível concluir que ela muito evoluiu, distanciando inclusive das supostas relações promíscuas e até mesmo do tradicional modelo da família patriarcal, embasada única e exclusivamente no matrimônio para uma coletividade de pessoas unidas pelo princípio de solidariedade de vida.

Torna-se praticamente impossível estudar a família e por conseqüência, o direito de família, somente sob o prisma estanque da ciência jurídica, que já não é capaz de responder a questionamentos da nova estrutura, dos novos modelos. Mesmo buscando amparo dentro do ordenamento jurídico, questões acabam insolúveis, especialmente porque estas relações não estão mais adstritas exclusivamente ao campo patrimonial, estendendo-se para outros setores da vida familiar.

O conceito de família, portanto, carece de expansão para poder superar os obstáculos que, tanto a legislação, como a mentalidade arraigada no conceito de matrimônio, como fonte exclusiva da família, ainda não lhe atribuem.

Até onde avançar, porém, para não vulgarizar a própria instituição, dada sua relevância para a própria sociedade e para o Estado, ainda parece ser questão insolúvel, crendo que somente o tempo será capaz de definir a família contemporânea e as novas formações, dentro do contexto social em profunda modificação.

A melhoria que se pôde observar em relação às uniões de fato, quanto ao seu reconhecimento pelos Tribunais, feita com amparo nos princípios da responsabilidade civil, remetidas à seara do direito comum, pode ser utilizada, por analogia, para sustentar que o mesmo caminho será, se já não está sendo trilhado, pelas relações das pessoas que se envolvem numa família, apesar de comungarem a mesma orientação sexual, que pouco a pouco, passo a passo, começa a ganhar mais destaque nas lides forenses e a discussão repercute, podendo vislumbrar a sua legalização como instituição familiar.

Exemplo de tal assertiva restou demonstrado através do precursor aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, concessivo de adoção de dois menores a pessoas homossexuais que viviam sob esta formação familiar há longo tempo, destacando-se o relevo do afeto para a moderna família, sobrepondo-se inclusive, à ausência de legislação específica sobre o tema, passo fundamental para suplantar as atitudes preconceituosas.

Não se pretende defender que a legislação seja primordial para a supressão dos tabus e inclusão da pessoa humana, especialmente nas relações familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo. Entretanto, para extirpar as condutas convencionais, que não albergam um novo conceito de família, há necessidade de se vislumbrar a ampliação da sua definição, não somente no campo jurídico, mas também social, psicológico e filosófico, e para outras ciências, pois a interdisciplinaridade, aconselha, seja a melhor solução para tanto.

Transformar a mentalidade, com ampliação da família, significa em última instância, incluir a pessoa na sociedade, inclusão com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando sua vida mais plena de alegria e realização, culminando com seu encontro como pessoa de dignidade.

Assim também na família monoparental e anaparental, necessária a divulgação e estudo mais contido, como estrutura familiar, especialmente com o respeito à instituição, berço primeiro da formação da pessoa, que sem dúvida alguma, é a destinatária final da ciência jurídica.

A relevância da família para o Estado está descrita na própria Constituição Federal, considerada como célula de embasamento e que goza de especial proteção, portanto, seu estudo e debate, pelo agente do direito, é questão que deve ser levantada a todo momento, para não correr o risco de se esquecer da imperiosa função que exerce para a pessoa humana, não somente em sua formação como pessoa, mas também para a consecução eficiente do fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nota-se com isso, o importante caráter valorativo da ciência jurídica, que deve permear o agente do direito em toda sua investigação científica para, valorando e aplicando nas ações diárias, possa alcançar a sua finalidade: a justiça.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, deve inspirar o norte do direito e não pode ser esquecido, não pode ser deixado de lado, dada sua relevância em praticamente todas as questões da seara do direito de família.

Além disso, a dignidade da pessoa humana, buscada e conquistada através da realização do bem comum, cumprindo a função promocional do direito, torna imprescindível a presença do amor, pois sem ele não há vida e não havendo vida, não há dignidade e, conseqüentemente, o direito não cumpre sua função, a família não cumpre sua função e a pessoa passa a ser meio e não fim em si mesma. Corolário dessa assertiva, ela deixa de viver, implantando-se o caos e a perda da humanidade.

A valoração jurídica deve levar em conta sempre a pessoa do outro, mas para isso, deve o agente do direito encontrar a pessoa do outro em todas as suas ações, como prática diária e relevante ao serviço da justiça, sem olvidar que este outro tem dignidade que deve ser respeitada, e antes, buscada para a valoração do próprio eu, no processo de desenvolvimento e de encontro do “eu comigo” e lógico encontro do outro.

Para aplicação da justiça, como realização do direito e implicação eficaz do princípio da dignidade humana, há sem dúvida, a necessidade do ser humano se auto-conhecer, num verdadeiro processo dialético consigo mesmo, para então, após estabelecido o diálogo e liberto das correntes inconscientes que o prendem às sensações infantis, abrir-se ao outro para a realização da dignidade, compreendendo-se esta, em sua totalidade; no encontro entre o “eu pessoa” e o “outro”, guardada a ambos as mesmas oportunidades e reservado a aplicação similar do direito.

O direito tem como finalidade a Justiça, afirmativa constatada por várias vezes, deste

modo, toda aplicação concreta tem que levar em consideração esta sua dimensão, sob pena de se negar a realização da ciência do direito e não se prestar para tal destino.

Como a ciência jurídica tem por objeto relações dinâmicas do mundo social, não se pode olvidar de valorar cada fato, adequando cada norma, em cada situação, com vias a estabelecer o melhor parâmetro de justiça, especialmente porque esta se configura como a quarta dimensão do direito.

Desenvolver o afeto, o amor, somente é possível com conhecimento de si, das limitações e das possibilidades que cada um, como ser humano individual tem e pode alcançar. Não existe amor, se não houver conhecimento do ser eu. O amor é aprendido, desenvolvido, cresce acompanhando o ser que ama.

Desse complexo se retorna ao tema família, pois sem amor não há família, não há pessoa, não há desenvolvimento e não há dignidade humana. Certamente, outra questão deve ser considerada, pois como bem observou Freud, na constituição do ser há também o instinto de destruição, o impulso de morte, como força oponente ao amor. Apesar disso, aqui se pretendeu fazer um estudo da pessoa, do seu valor, da sua dignidade, especialmente inserida, desde o romper às luzes de sua vida social, no contexto familiar, focando a essencialidade do amor.

Nestas relações, carregadas de valores e objetivos, cujo principal se resume na conservação da vida e na sua realização, dentro do princípio basilar para a formação da pessoa: o da dignidade com amor da pessoa humana. Não se pode simplesmente valorar o amor, como moeda de troca, banalizando sua importância, entretanto, este argumento também não pode ser usado para se escusar de aplicar, efetivamente, seu valor. Assim como a vida humana não tem preço, o amor também não é passível de mensuração, porém, ambos são valores fundamentais para a pessoa humana.

Neste aspecto, o estudioso do direito deve ficar atento à discussão da afetividade

inerente à família contemporânea. E a ponderação criteriosa desse valor, intrínseco à condição humana, deve ser sempre considerada nas questões específicas do direito de família, daí a necessidade de se ponderar sobre estas questões, de se abrir o debate para ciências outras, como a sociologia e a psicologia para auxiliar na melhor compreensão deste fenômeno.

Muito já foi dito a respeito da família, do direito de família e do amor, muito resta a dizer, muitas questões devem ser feitas e outras tantas, ainda, devem ser respondidas.

Tem-se alguma certeza que a pessoa do outro, a sua dignidade será encontrada quando cada pessoa encontrar-se a si, primeiramente, vendo-se pessoa e reconhecendo no outro a sua pessoa, numa visão de respeito e companheirismo, num momento fraterno que não será expresso por palavras, mas sim com versos proferidos com o calor nascido no coração humano que aquece toda a Humanidade. Este o contexto que o amor deve ser enfrentado pelo direito e pelos estudiosos do direito.

No mais profundo sentimento, escondido bem no interior, no mais íntimo da pessoa, esta ligação será efetivada, porém, para isso, haverá necessidade, de se aprender a amar com verdadeiro e denso amor.

Este o objetivo do presente trabalho, levantar ao mundo jurídico, a possibilidade de se debater sobre a importância do amor, em especial na evolução familiar e nos aspectos axiológicos do direito de família, ponderando acerca deste importante elemento formador da pessoa humana. O debate está lançado, sem pretender esgotar o tema que escapa aos limites da dissertação, mas certamente, o aprendizado e o amor empreendido, em sua elaboração, foi buscado a todo momento, restando à análise, uma obra fruto do amor.

REFERÊNCIAS

LIVROS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Francisco. Direito constitucional: a eficácia do Código Civil brasileiro após a Constituição Federal de 1988. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Repensando o direito de família**. I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte. *Anais*. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 1999.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC – Livros técnicos e científicos Editora, 1981.

ARNAUD, André-Jean [*et. al.*]. **Diccionario enciclopédico de teoria e de sociología do direito**. [Tradução de: Patrice Charles, F. X. Willaume]. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *In*: FRANÇA, Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 36, p. 258-263.

BARROS, Fernanda Otoni de. **Do direito ao pai**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In* GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 143-154.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. [Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues]. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível nº 408.550-5, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Relator Juiz Unias Silva, Minas Gerais, 01 de Abril de 2004, p. 01-07.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CASSIRER, Ernst. **Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana.** Tradução Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 1ª Edição 1994, 4ª tiragem, Março de 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Tradução Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CHALITA, Gabriel. **Pedagogia do amor: a contribuição das histórias universais para a formação de valores das novas gerações.** São Paulo: Editora Gente, 2003.

COSTA JÚNIOR, J. B. de Oliveira. *In:* FRANÇA, Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977, v. 5, p. 142-143.

CUNHA, Pedro Augusto. Os problemas da legitimidade e dos valores no direito. *In:* POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (org.). **Ensaio em homenagem a Franco Montoro: humanista e político.** São Paulo: Loyola, 2001. p. 273-294. (Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil).

DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. **Revista Brasileira do Direito de Família,** Porto Alegre, RS, nº 04, p. 05-13, Jan./Mar. 2000.

DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIAS, Maria Berenice. Filiação Homoafetiva. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 393-399.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão.** Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

_____. **Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão.** São Paulo: Paulus, 1995.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Tradução Leandro Konder. 14ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro.** Campinas: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos direitos fundamentais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. p. 239-250.

FROMM, Erich. **A arte de amar**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A descoberta do inconsciente social: contribuição ao redirecionamento da psicanálise**. [tradução Lúcia Helena Siqueira Barbosa] São Paulo: Manole, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. p. 213-238.

GARCÍA, Angeles Mateos. **A teoria dos valores de Miguel Reale: fundamentos de seu tridimensionalismo jurídico**. Tradução Talia Bugel. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana**. Leme, São Paulo: LED Editora de Direito, 2003.

GIANNOTTI, José Arthur. Moralidades cruzadas. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e Psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 87-93

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. *In* **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 125-142.

_____. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. *In* **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 95-106.

GUIRADO, Marlene. **Instituição e relações afetivas: o vínculo com o abandono**. São Paulo: Summus, 1996.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. [Tradução de Ernildo Stein]. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e Psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 163-176.

KLEIN, Fabiane (org.). A polêmica sobre a abstração da culpa na separação judicial litigiosa. *In*: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (org.). **O direito de família descobrindo novos caminhos**. Canoas: La Sale, 2001.

LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da Psicanálise**. Laplanche e Pontalis; sob a direção de LAGACHE, Daniel. [tradução Pedro Tamen]. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOWENTHAL, Anamaria Valiengo. Exame da expressão 'a dignidade humana' sob o ângulo de uma semiótica jurídica. *In*: POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (org.). **Ensaio em homenagem a Franco Montoro: humanista e político**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 331-335. (Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil).

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAY, Rollo. **O homem à procura de si mesmo**. Trad. Áurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. **Sistema de ciência positiva de direito**. Campinas: Bookseller, 2005.

MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PARSONS, Talcott (*et al.*). Papel e sistema social. *In*: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio. **Homem e sociedade: leituras básicas de sociologia geral**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970. (p. 63-68).

PAUPÉRIO, A. Machado. *In*: FRANÇA, Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva de**

Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 76, p. 345-353.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o direito.** São Paulo: Edições Loyola, 2001.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** [tradução e prefácio prof. L. Cabral de Moncada], 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado – Editor, sucessor, 1997.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1976.

RAZ, Joseph. **Valor, respeito e apego.** Trad. Vadim Nikitin. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo.** São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

_____. *In:* FRANÇA, Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977, v. 76, p. 353-367.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e biodireito. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 435-448.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In:* SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. p. 251-314.

SCHELER, Max. **A posição do homem no cosmos.** Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O casamento: o direito de família, à luz da dignidade humana. *In:* NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Grandra da Silva. **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel**

Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 1100-1139.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O povo e o poder: o conselho do planejamento nacional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos. *In:* POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (org.). **Ensaio em homenagem a Franco Montoro: humanista e político.** São Paulo: Loyola, 2001. p. 337-350. (Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil).

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REVISTAS OU PERIÓDICOS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. A situação jurídica de pessoas que vivem sozinhas. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, RS, v. 3, nº 11, p. 59-70, Out/Dez, 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 14, jul/set, 2002, p. 05-10.

BRUNET, Karina Schuch. A união entre homossexuais como entidade familiar: uma questão de cidadania. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, RS, nº 281, p. 80-88, Mar. 2001.

_____. Engenharia genética: implicações éticas e jurídicas. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, RS, nº 274, P. 44-56, Ago. 2000.

COSTA, Dilvanir José da. Direito e hermenêutica multidimensionais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35, n. 137, jan/mar 1998, p. 179-184.

GIACOIA, Gilberto. Invasão de intimidade. **Argumenta: revista do curso de mestrado em ciência jurídica da FUNDINOPI**. Jacarezinho, PR, v.1, n.1, p. 05-23, 2001.

_____. Justiça e dignidade. **Argumenta: revista do curso de mestrado em ciência jurídica da FUNDINOPI**. Jacarezinho, PR, v.1, n.2, p. 11-31, 2002.

GOMES, Fábio. Direito, globalização e pós-modernidade. Uma introdução. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, RS, nº 302, p. 48-54, Dez. 2002.

GONÇALVES, Denise Wilhelm. Guarda compartilhada. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, RS, nº 299, p. 44-54, Set. 2002.

GRIGOLETO, Juliane Mayer. Uniões homossexuais: a família brasileira em transformação e a inclusão dessas uniões no conceito de família afetiva. **Revista Prática Jurídica**. Ano III, n. 24, p. 43-47, Mar. 2004.

INFANTE, Vidal Sunci3n, SOUZA, Roberto Lima de. Sobre os valores humanos: uma hierarquização empírica. **Revista Espaço Acadêmico**, Ano II, n. 21, Fevereiro/2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Direito e Cultura: entre as veredas da existência e da história. **Revista do Advogado**, São Paulo, SP, nº 61, p. 72-78, Nov. 2000.

_____. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 789, 90º ano, p. 21-47, Jul. 2001.

PADILHA, Norma Sueli. Reflexões sobre o Poder, a Ordem, o Estado e a Liberdade. **Revista Intertemas**. Presidente Prudente, v.02, p. 186-200, Maio, 2000.

PADOAN, Adayl de Carvalho. O valor, o direito, a justiça e sua aplicação na norma jurídica. **O Neófito – Informativo Jurídico**, 2002.

POZZOLI, Lafayette. A importância do humanismo de Maritain na formação do mediador familiar. **Revista Notas y documentos**. Caracas, n. 63-64, p. 154-165, 2002.

_____. Humanismo = dignidade da pessoa humana. **Revista Em tempo**. Marília, v. 4, p. 78-82, Ago. 2002.

_____. Cultura dos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 40, n.159, jul/set. 2003.

SARAIVA, Paulo Lopo. A tetradimensionalidade do direito: esboço inicial. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 38, n. 153, jan/mar. 2002, p. 67-77.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abr/jul 1998, p. 89-94.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Os direitos naturais do homem e da família. **Revista Notas y Documentos**. Caracas, n. 63-64, p. 179-192, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e direitos da Personalidade. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, RS, nº 309, p. 5-22, Jul. 2003.

_____. Clonagem: pessoa e família nas relações do direito civil. **Revista CEJ**, Brasília, n. 16, p. 49-52, jan/mar. 2002.

Páginas da Internet

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **O valor do amor**. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/guilherme23.htm>>. Acesso em 20 Ago. 2005.

ALMEIDA, Ângela Mendes de. **Família e história – questões metodológicas**. Disponível em: <www.usp.br/menge-mendes.pdf> acesso em 20 Jun. 2004.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: principais e operacionais**. Ano 2003. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=>>. Acesso em 15 Ago. 2005.

CATÃO, Adrualdo de Lima. O problema da cientificidade do Direito Comparado diante de uma noção de ciência baseada em valores. O estudo comparatista como discurso ético-político. **Jus Navigandi**, Terezina, a. 9, n. 764, 7 Ago. 2005. disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7120>>. Acesso em: 08 de Agosto de 2005.

CONEN, Cristián. **El des-orden global. Cómo se arregla?** 2004. Disponível em: <<http://www.fundacionaletheia.org.ar/guia14.doc>>. Acesso em 30 set. 2005.

FREUD, Sigmund. **Por que a Guerra?** (cartas entre Einstein e Freud). Disponível em: <<http://www.terra-quadrada.com.br/terra/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=82&mode=thread&order=0&thold=0>> Acesso em: 08 Abr. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Jus Navigandi**. Teresina, a. 8, n. 307, 10 mai. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 06 abr.2005.

LUBICH, Chiara. (Sem título). Disponível em: <<http://www.focolares.org.br/sudeste/tst/eventos/familyfest.asp>>. Acesso em: 20 jan. 2006.

MADALENO, Rolf. **Filhos do coração**. 2005. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/colunistas/impresao.jsp?idColunista=104&idColuna=623>>. Acesso em 14 Out. 2005.

MARTINS, Paulo Henrique. **Religiosidade dos terapeutas alternativos: um sincretismo gracioso**. 2000. disponível em: <<http://www.antropologia.com.br/arti/colab/a7-phenrique.pdf>>. Acesso em 21 out. 2005.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional.** Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html>.

XIMENES, Julia Maurmann. Reflexões sobre o jusnaturalismo e o direito contemporâneo. Disponível em: <http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/11_Artigo.html>.