

UMA PRINCIPIOLOGIA PARA O DIREITO DE FAMÍLIA**

Rodrigo da Cunha Pereira*

Resumo: Com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 ficaram consagrados os princípios fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro. Foi uma verdadeira revolução. Foi a partir dessa revolução constitucional que se consolidou toda a evolução do Direito de Família, e que nos autorizamos a estabelecer os princípios fundamentais para a organização jurídica da família. O estabelecimento de princípios norteadores específicos para o Direito de Família tem a intenção de contribuir na organização do pensamento jurídico, inclusive para que os julgamentos neste ramo do Direito possam fazer a difícil distinção entre ética e moral e assim estarem mais próximos do ideal de justiça.

Abstract: In October 1988, the Constitution of the Federative Republic of Brazil, were the fundamental principles enshrined in the Brazilian legal system. For the Family Law was a true revolution. It was from this constitutional revolution was consolidated throughout the evolution of family law, and authorize us to establish the fundamental principles for the legal organization of the family. The establishment of guiding principles specific to the Family Law intends to contribute to the organization of legal thought, including the trials in this branch of law can make the difficult distinction between ethics and morality and thus are closer to the ideal of justice.

* Advogado, Presidente do IBDFAM, Mestre (UFMG) e Doutor (UFPR) em Direito Civil, Professor PUC Minas, autor de vários livros e artigos em Direito de Família.

**O texto aqui desenvolvido é uma síntese do meu livro “Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família, 2ª edição. Saraiva: São Paulo, 2012”.

Palavras chave: Princiologia; psicanálise, distinção entre ética e moral

Sumário: 1) Introdução; 2)Psicanálise e Direito; 3) Distinção entre moral e ética; 4) Dez princípios fundamentais norteadores; 5) Conclusão; 6) Bibliografia

1 – INTRODUÇÃO



Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais sofreu e vem sofrendo alterações no último século, em todo o mundo ocidental. Essas mudanças estão associadas ao declínio do patriarcalismo que, por sua vez, tem suas raízes históricas na Revolução Industrial e na Revolução Francesa, que marcaram um novo ciclo histórico: a Idade Contemporânea.

Com todas essas mudanças, especialmente nos costumes e na “liberalização sexual”, começou-se a pensar que a família entrou em crise, em desordem. É natural que em meio a um processo histórico, e que ainda estamos vivenciando, tenhamos um olhar medroso e pessimista às mudanças. É compreensível que as coisas novas amedrontem, mas o processo é de evolução histórica e não de decadência. As turbulências do caminho são decorrências naturais. Hoje, constatamos que a família, além de plural, está em movimento, desenvolvendo-se para a superação de valores e impasses antigos. Todas as mudanças na estrutura da organização familiar, cujas raízes vinculam-se ao declínio do patriarcalismo, significam, também, o ápice das rupturas de um processo de dissociação iniciado há muitos séculos.

Com a conquista das mulheres de um lugar de “Sujeito de Desejo”, o princípio da indissolubilidade do casamento ruiu. A resignação histórica das mulheres é que sustentava os casamentos. O fantasma do fim da conjugalidade foi atravessado

por uma realidade social, em que imperava a necessidade de que o sustento do laço conjugal estivesse no amor, no afeto e no companheirismo. Aí reside uma das mudanças paradigmáticas e estruturantes do Direito de Família: a família deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução.

Em outubro de 1988, com a Constituição da República Federativa do Brasil, ficaram consagrados os princípios fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro. Foi uma verdadeira revolução. Foi a partir dessa revolução constitucional que se consolidou toda a evolução do Direito de Família, e que nos autorizamos a estabelecer os princípios fundamentais para a organização jurídica da família.

A partir do “espírito” e dos princípios fundamentais da Constituição da República, entre eles o da cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), é que o Direito de Família teve que romper definitivamente com as velhas concepções: da ilegitimidade dos filhos, já que todas as formas de filiação foram legitimadas pelo Estado; suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais; o casamento como única forma de se constituir e legitimar a família. As concepções de inclusão e cidadania instalaram-se definitivamente no Direito de Família. Assim, a maioria das grandes discussões deste ramo do Direito tornou-se uma questão de Direitos Humanos, pois a elas está ligada a ideia de inclusão ou exclusão na ordem social e jurídica, enfim, a palavra de ordem da contemporaneidade, ou seja, cidadania

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

Um dos marcos essenciais da revolução paradigmática

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

A consideração do sujeito de desejo fez despertar uma nova consciência sob a não obrigatoriedade dos vínculos conjugais. Podemos dizer, inclusive, que essa nova consciência teve como consequência o surgimento das leis de divórcio nos países do mundo ocidental. O discurso psicanalítico introduziu também uma outra noção de sexualidade. Compreendeu-se que ela é muito mais da ordem do desejo que da genitalidade. É aí que se começam a valorizar os vínculos conjugais sustentados no amor e no afeto. Podemos dizer, então, que esse novo discurso sobre a sexualidade, introduzido por Freud, revalorizou o amor e o afeto. Na esteira dessa evolução e compreensão é que o Direito de Família atribuiu ao afeto um valor jurídico. E é este sentimento, agora como um novo valor jurídico, que tem desinstalado velhas concepções e instalado uma nova ordem jurídica para a família.

O princípio da afetividade no Direito de Família, consequência das mudanças paradigmáticas e interferência do discurso psicanalítico, obriga-nos a pensar um ordenamento jurí-

dico para a família que revalorize e redimensione os “princípios” como uma fonte do Direito realmente eficaz e de aplicação prática. Organizar e enumerar esses princípios específicos e particulares do Direito de Família, além de fazer-nos compreender melhor a base e estrutura deste ramo do Direito, contribuirá para uma hermenêutica que certamente estará aproximando o justo do legal.

Essa fonte do Direito esteve um pouco “esquecida”, ou desgastada, no final do século passado, em razão de que ela ocupava um lugar de supletividade de outras fontes, como dizia a NIDB em seu art. 4º¹ e o Código de Processo Civil, art. 126.² Com a evolução e desenvolvimento do direito civil-constitucional, os princípios ganharam uma nova força normativa. Eles deixaram seu caráter supletório para ocupar o lume e o centro da interpretação normativa. Essa força e esse lugar norteador, trazidos pela leitura constitucional, obviamente estão presentes também nos outros ramos do Direito. Mas, é no Direito Civil e em particular no Direito de Família, que eles se apresentam com maior força e necessidade. Para evitar julgamentos moralistas em processos judiciais, escolhi dez princípios que considere fundamentais e norteadores para o Direito de Família. Esses dez princípios, são essenciais, e sem os quais não é possível que se faça um julgamento justo em Direito de Família. Esses princípios são a minha escolha e toda escolha, sabemos é arbitrária.

Antes de falar especificamente sobre cada um destes princípios é preciso falar um pouco sobre os aspectos gerais, ou seja, da principiologia e da contribuição dos principais autores, que dão um tom mais contemporâneo para esta importante fonte do Direito. Norberto Bobbio, em sua “Teoria do ordenamen-

¹ Art. 4º - “Quando a lei for omissa o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito”.

² Art. 126 CPC – “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

to jurídico”, faz uma distinção entre princípios expressos e não-expressos. O melhor exemplo de princípios gerais expressos são aqueles do art. 1º da Constituição da República do Brasil – soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político e dignidade da pessoa humana. Os princípios não-expressos estão inscritos no espírito ético dos ordenamentos jurídicos. Exemplos clássicos de princípios não-expressos são o da “moralidade pública”, da boa-fé, e no Direito de Família a interdição do incesto, que funciona também como um macroprincípio, ou mais, como um princípio essencial. Sem ele não é possível haver organização social e jurídica. Este princípio se traduz também como regra quando é posto entre os impedimentos para o casamento, mas, independentemente de ser uma regra, ele é, antes de tudo, um princípio universal de qualquer sistema jurídico.

Bobbio é definitivo quando afirma, com sua autoridade, e a partir de Kelsen em sua “Teoria pura do direito”, que princípio é norma. Assim, podemos dizer que os princípios são normas generalíssimas do sistema e contêm o espírito que paira sobre todas as leis. Em outras palavras, norma é o gênero que comporta as espécies, princípios e regras. Três outros autores contemporâneos que trouxeram importantes contribuições para o desenvolvimento e compreensão dos princípios são: Josef Esser, Ronald Dworkin, Robert Alexy. Foram eles que consolidaram a distinção entre princípios e regras, colocando-os como integrantes de uma mesma categoria normativa como já havia feito Bobbio, bem como as diversas teorias sobre a colisão de princípios, entre elas a teoria da ponderação e a teoria da adequabilidade.

2 – PSICANÁLISE E DIREITO

Para entender essa principiologia e os aspectos subjetivos que a atravessam, fui buscar na Psicanálise alguns elemen-

tos para melhor compreendê-la. O discurso psicanalítico não apenas influencia o Direito, mas, principalmente, provoca uma “desconstrução” (Jacques Derrida) do velho discurso jurídico, de fórmulas centenárias e estabilizadas pelo dogmatismo e positivismo. Como? Ao instalar a compreensão, para o mundo jurídico, do sujeito do inconsciente, da subjetividade, do desejo, traz uma outra noção de sexualidade, de afetividade e coloca o sujeito no centro da “cena jurídica” (Pierre Legendre) e dá uma outra dimensão à lei. A partir da introdução do discurso psicanalítico, passa-se a compreender e a considerar que o sujeito de direito é também um sujeito de desejo. Isto muda tudo. As mulheres se vêem, então, como sujeitos na relação conjugal e parental e não mais como assujeitadas ao pai ou ao marido. Quebra-se, assim, uma resignação histórica das mulheres que sustentavam os casamentos. A partir daí, passa-se a compreender que o verdadeiro sustento do laço conjugal não é o vínculo jurídico, mas o desejo e o afeto. Apesar das forças religiosas em contrário, em 1977 é aprovada a lei do divórcio no Brasil - vitória do princípio da liberdade sobre o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial.

A Psicanálise, ao trazer para o centro da “cena jurídica” o sujeito, ajuda a incorporar no discurso jurídico as noções de cidadania e não-exclusão e com isto instala definitivamente em todas as constituições democráticas o superprincípio da dignidade da pessoa humana. A Psicanálise ajuda a introduzir e a incorporar a dignidade da pessoa humana na cena jurídica, à medida que isto significa o direito a ser humano (Giselle Groeninga), que por sua vez pressupõe o sujeito e seu desejo, já que não é possível existir sujeito sem desejo. E, para ser digno, e podermos falar de dignidade, é necessário considerar o sujeito e os caminhos, ainda que tortuosos, do seu desejo. Assim, desconstrói-se o discurso da ilegitimidade de filhos e de famílias. Todos agora são legítimos, inclusive os filhos havidos de uniões adúlteras, afinal, o que interessa é o sujeito, independen-

temente da forma de sua relação amorosa.

Desta forma, a Psicanálise é revolucionária, já que o que interessa para ela é o sujeito, o sujeito-desejante e não o objeto de seu desejo. Com isto, ela ajuda a desinstalar e a desconstruir um discurso patrimonialista e hierarquizado das relações conjugais e tira do centro da cena jurídica o objeto da relação para colocar o sujeito. Surgem, assim, novos valores jurídicos que acabam se transformando em princípios jurídicos e o mais recente deles é o afeto. Todos os princípios aqui anunciados como norteadores do Direito de Família, de uma forma ou de outra, estão atrelados e têm em sua base de sustentação a consideração e o respeito à pessoa humana, isto é, ao sujeito em sua noção e concepção mais profunda, inclusive e principalmente a consideração do sujeito de desejo. Respeito à dignidade humana é o mesmo que respeito aos desejos do sujeito, com os seus caminhos e descaminhos, suas particularidades e singularidades.

As noções de subjetividade, de sujeito do inconsciente e de desejo remete-nos também à compreensão de que a neutralidade dos juízes é um mito. Os julgadores são imparciais, mas não são neutros. Isto significaria uma desumanização dos juízes e a desconsideração de toda a sua história pessoal e de sua singularidade.

É este novo discurso jurídico, “desconstruído” a partir da Psicanálise, que nos remete e obriga a fazer uma distinção, uma diferenciação, entre ética e moral, com a idéia e intenção de que os julgamentos em Direito de Família possam, a partir daí, serem menos “moralistas” e, portanto, mais próximos do ideal de justiça.

3 – DISTINÇÃO ENTRE MORAL E ÉTICA.

A história do Direito, e em particular do Direito de Família, é recheada e marcada por uma história de exclusões:

mulheres assujeitadas aos homens, famílias ilegítimas, filhos ilegítimos, etc. Estas exclusões foram sustentadas por um discurso moralizante e de uma moral sexual civilizatória, como diz Freud. Os juízos particularizados e inseridos em uma ideologia para sustentação do poder acabaram por construir um Direito de Família marcado por injustiças. Foi em nome dessa moral (sexual) e dos bons costumes que muita injustiça já se fez e ainda se faz. Por exemplo, a filha “desonesta”, isto é, que não tinha sua sexualidade controlada pelo pai ou pelo marido, podia ser excluída da herança; discutia-se ainda, até recentemente (2010) quem era o culpado pelo fim da conjugalidade; se pessoas do mesmo sexo podiam constituir famílias (2011), etc. Somente um juízo ético universal, despido das particularidades do juízo moral, é que pode nos aproximar do ideal de justiça. Foi o imperativo ético, em detrimento de uma moral sexual que legitimou, a partir da Constituição de 1988, todos os filhos, instalou o princípio do melhor interesse da criança acima dos valores morais, fazendo-nos compreender que a função materna e paterna estão desatreladas do comportamento moral-sexual dos parceiros conjugais.

Com essa nova sistemática, percebemos uma vitória da ética sobre a moral. Será que essa vitória da ética sobre a moral quando o Direito de Família conseguiu desatrelar de vez a noção de culpa, tão paralisante do sujeito e substituí-la pela noção de responsabilidade. Nessa nova hermenêutica jurídica a EC 66/2010 proposta pelo IBDFAM, acabou com o anacrônico instituto da separação judicial, eliminou prazos desnecessários para a dissolução conjugal e suprimiu o discurso da culpa pelo fim do enlace conjugal. Em 2011, a Suprema Corte Brasileira reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. A partir daí, vários Estados da Federação através de suas corregedorias de Justiça, expediram atos normativos autorizando o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mais uma vez a vitória da ética sobre a moral, o que acaba por sobrepor essa moral

civilizatória, paralisante do sujeito.

É na ética do cotidiano que o Outro é visto, considerado e respeitado em sua integridade e integralidade de sujeito, que se deve assentar a hermenêutica. Distinguir ética de moral é “suspender o juízo” para que se possa ver os sujeitos envolvidos como sujeitos a-morais. Para que isto seja possível e para ajudar a viabilizar julgamentos e considerações éticas, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes e excludentes, é que elenquei alguns princípios para nortearem o Direito de Família.

4 –DEZ PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES

4.1 - O princípio da *dignidade da pessoa humana*³ é um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Atualmente, não é mais possível falar de direitos, desatrelados da idéia de dignidade, que funciona também como o vértice do Estado Democrático de Direito, pois é o pressuposto da idéia de justiça humana. Embora a noção de dignidade já fosse um princípio não-expresso no ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se um princípio expresso somente com a Constituição da República de 1988.

³ (...) O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (...) O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.” (STF, RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011.)

É impensável, hoje, qualquer julgamento ou concepção em Direito de Família desatrelados ou destituídos da noção ou idéia de dignidade. Ela funciona como um macroprincípio, ou superprincípio que dá a base de sustentação dos ordenamentos jurídicos. No Direito de Família, em particular, é o princípio que sustenta e paira sobre todos os outros princípios. É ele que permitiu incluir todas as categorias de filhos e famílias na ordem jurídica.

A dignidade humana só pôde ser expressada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e depois espalhada e consolidada nos ordenamentos jurídicos em geral, porque é fruto e consequência dos movimentos políticos e sociais, mas também por influência do discurso psicanalítico que introduz e consolida as noções de sujeito, alteridade e desejo, que possibilitam desconstruir um discurso do sujeito alienado à moral sexual e à moral dominante e excludente. Para ser sujeito da própria vida e “senhor de si”, entre outros senhores de si, é necessário apropriar-se de seu desejo. A dignidade humana pressupõe, entre outros requisitos, não estar assujeitado ao desejo do outro.

4.2 - O *princípio da monogamia*⁴, embora funcione co-

⁴ (...) ‘Companheiro’ como situação jurídica- ativa de quem mantinha com o seguro falecido uma relação doméstica de franca estabilidade (“união estável”). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de “filhos concubinários”. Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (...) A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a-dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração ‘é terra que ninguém nunca pisou’. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante o qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer

mo um ponto-chave das conexões morais, não é uma regra moral, nem moralista. É um princípio jurídico organizador das relações conjugais. Se a monogamia não fosse um princípio jurídico, teríamos o aval do Estado para estabelecermos várias famílias paralelas ao casamento ou à união estável. Não se trata aqui de uma concepção moral, mas de um princípio para funcionar como um interdito proibitório para organizar e viabilizar determinados ordenamentos jurídicos. Poderíamos nomear a poligamia como princípio, mas aí teríamos que reorganizar e reordenar as regras do nosso sistema jurídico. Sem o princípio da monogamia não haveria amantes no sentido comum que esta palavra veicula, ou melhor, com o “significante” que ela traz consigo. Ainda que os amantes possam ter uma função social de preservação dos casamentos/uniões estáveis, eles se colocam contra um dos “nãos” necessários para haver sociedade. Talvez até por este motivo mesmo os amantes sempre existiram e continuarão a existir. A lei só existe porque existe um desejo contraposto a ela. Quando se tratar de infringência ao princípio da monogamia ao constituir-se famílias simultâneas⁵,

modo embaraçante (...) STF, REEx. 397.762-8 BA; Rel. Min. Marco Aurélio; Trecho do voto-vista do min. Carlos Ayres Britto; public. DJE de 12-9-08.

⁵ (...) Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina - palavra preconceituosa - mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. (...) (TJMG, Apelação Cível nº 1.0017.05.016882-6/003, Rel^a. Des. ^a Maria Elza, public. 10/12/2008)

este princípio deve ser ponderado e sopesado com o princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de repetir injustiças históricas de condenação à ilegitimidade e inviolabilidade de determinadas formas de família.

4.3 - *O princípio do melhor interesse da criança/adolescente*⁶ significa o assento e a consolidação de uma mudança paradigmática. É este princípio que autoriza e dá sustentação, por exemplo, para que a guarda dos filhos esteja com aquele que tiver melhores condições psíquicas para cuidar dos menores, independentemente de ser o pai ou a mãe biológica. É este princípio, associado à dignidade e ao princípio da afetividade, que fez nascer novos institutos jurídicos como a guarda compartilhada e a parentalidade socioafetiva.

4.4 - *O princípio da igualdade dos gêneros e o respeito às diferenças*⁷, é uma consequência do declínio do patriarca-

⁶ (...) De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do *princípio do melhor interesse da prole*, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. (STJ, REsp 1167993 / RS, Rel Min Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, pub. 15/03/2013)

⁷ (...) O STF – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à *orientação sexual*, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão

lismo e do movimento feminista. A igualdade formal já está posta na lei, mas o princípio da igualdade vai mais além de uma simples regra. É que a igualdade deve pressupor a diferença e esta não está totalmente equacionada. Por exemplo, as mulheres, em razão da maternidade, acabam sofrendo um “déficit” profissional, que o homem não sofre. Deveríamos, então, atribuir um conteúdo econômico ao essencial trabalho doméstico com a criação e educação dos filhos?

A aplicação do princípio da igualdade dos gêneros nas relações jurídicas deve invocar e levar sempre em conta a clássica frase de Boaventura de Sousa Santos, que embora se refira à igualdade das relações em geral, aplica-se perfeitamente às relações de gênero: “Temos o direito de sermos iguais quando as diferenças nos inferiorizam, e temos o direito de sermos diferentes quando as igualdades nos escravizam”.

4.5 - *O princípio da autonomia e da menor intervenção estatal*⁸ é a consideração de uma das cruciais questões da contemporaneidade: o limite do público e do privado. O público e o privado são a dicotomia que nos permite pensar no espaço da vida privada em confronto com normas/regras de interesse público. É este princípio que nos leva a refletir se o Estado pode-

que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria CR (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. (...) (STF, RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011.)

⁸ (...) Os arranjos familiares, concernentes à *intimidade e à vida privada* do casal, não devem ser esquadrinhados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/88 – o direito à *reserva da intimidade* assim como o da vida privada –, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano. - Deve o juiz, ao analisar as lides de família que apresentam paralelismo afetivo, de acordo com as peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade (...) (STJ, REsp 1107192 / PR, Rel Min. Massami Uyeda, Relª p/ Acórdão Nancy Andrichi, 3ª turma, pub. 27/05/2010)

ria determinar que existe um culpado pelo fim da conjugalidade, como se existisse um culpado e um inocente. Isto, além de ser uma intervenção⁹ em excesso na vida privada, está na contramão do discurso psicanalítico em que todo sujeito deve se responsabilizar pelos seus atos. O Estado poderia estabelecer normas para a união estável como já estabeleceu, transformando uma união livre em um casamento pelo regime da comunhão parcial de bens, como o fez o art. 1725 do CCB 2002.

4.6 - *O princípio da pluralidade*¹⁰ *das formas de família*¹¹ é a constatação e o reconhecimento de que novas estruturas parentais e conjugais estão em curso. O Direito não pode desconsiderar isto. Este princípio se insere no atual contexto e

⁹ (...) O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a *interferência* de terceiros ou do próprio *Estado nas opções* feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade. (...) (STJ, REsp 992749 / MS, Rel^a Min^a Nancy Andrichi, 3^a turma, pub. 05/02/2010)

¹⁰ (...) A Constituição da República, especificamente em seu art. 226, consagra uma concepção aberta de família, a qual deve ser apurada mediante as peculiaridades de cada caso concreto. Nesse campo, adotando-se uma interpretação sistemática, não se pode olvidar que o conceito de família expresso na Constituição encontra-se atrelado aos direitos e garantias fundamentais e, claro, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, afigura-se inconcebível admitir que a Constituição tenha adotado determinados modelos familiares, em detrimento de outros, com base em determinados aspectos que não propriamente o afeto. Ademais, mormente por ser a concepção de família uma realidade sociológica, que transcende o Direito, não há como restringir a formas pré-definidas ou modelos fechados, sendo, pois, absolutamente *plural*. (...) TJMG, Apelação cível / reexame necessário nº 1.0024.04.531585-0/001 (em conexão com a de nº 1.0024.06.237516-7/001), Rel^a Des. Maria Elza, 5^a Câmara Cível, pub. 12/01/2010.

¹¹ (...) As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, *simultâneas e paralelas* têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. - Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, (...) (STJ, REsp 1157273 / RN, Rel Min. Nancy Andrichi, 3^a turma, pub. 07/06/2010)

reflexão, se é possível a formação de famílias “isosexuais”.

Como disse a socióloga e psicanalista carioca, Marlise Matos:

“Seres humanos são uma espécie de matéria ou energia que produz ligação e desligamento, vínculos e rupturas e é das vicissitudes entre esse caldeirão de forças que construímos a nossa própria história individual. Ser heteroerótico ou homoeroticamente orientado no percurso de construção de nossa história pessoal é um resultado que, para mim não precisa vir acompanhado de um julgamento valorativo” (MATOS Marlise. *Reinvenções do vínculo amoroso*, p. 140)

4.7 - *Princípio da afetividade*¹². O afeto torna-se um valor jurídico, a partir do momento que as relações de família deixam de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. De simples valor jurídico a princípio jurídico foi um outro passo, e historicamente, é recente.

O princípio da afetividade nos faz entender e considerar que o afeto pressupõe também o seu avesso, já que o amor e o ódio são complementares ou são os dois lados de uma mesma moeda. Faltando o afeto, deve entrar a lei para colocar limites onde não foi possível pela via do afeto.

O princípio da afetividade, associado aos outros princípios, fez surgir uma outra compreensão para o Direito de Família, instalando novos paradigmas em nosso sistema jurídico.

4.8- O *princípio da solidariedade*¹³. Antes concebida apenas como dever moral, compaixão ou virtude, a solidariedade passou a ser entendida como princípio jurídico após a

¹² (...) O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o *princípio da afetividade*, que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”. (...) (STJ, REsp 945283 / RN, Rel Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, pub. 28/09/2009)

¹³ (...) Fundamentado no *princípio da solidariedade familiar*, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência. (...) STJ, REsp 995538 / AC, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, pub. 17/03/2010

Constituição da República Brasileira de 1988, expressamente disposto no art. 3º, I. Este princípio também está implícito em outros artigos do texto constitucional, ao impor à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) a proteção da entidade familiar, da criança e do adolescente e ao idoso (arts. 226, 227 e 230, respectivamente). Portanto, advém do dever civil de cuidado ao outro. É resultante da superação do individualismo jurídico, como ocorria na sociedade dos primeiros séculos da modernidade e se preocupava predominantemente com os interesses patrimoniais e individuais. No mundo contemporâneo, tenta-se alcançar o equilíbrio entre o público e o privado e a interação entre os sujeitos, sendo a solidariedade¹⁴ o fundamento dos direitos subjetivos. Com a evolução dos direitos humanos, os direitos individuais passaram a concorrer com os direitos sociais, nos quais se enquadra o Direito de Família.

¹⁴ (...) A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e *solidariedade*, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. - Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. - Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável. (STJ, REsp 1026981 / RJ, Relª Minª. Nancy Andrighi, 3ª Turma, pub. 23/02/2010)

4.9- O *princípio da responsabilidade*¹⁵. Assim como a cidadania, a responsabilidade tornou-se uma palavra de ordem da contemporaneidade. Em tudo e por tudo ela se presentifica. Os limites da responsabilidade do sujeito é objeto de preocupação e regulamentação do Direito Civil, cuja pergunta o acompanha desde a sua origem. Afinal, qual o limite da responsabilidade do sujeito? Desde quando ele passa a ser responsabilizado pelos seus atos? A razão da existência do Direito reside exatamente em colocar limite e responsabilizar os sujeitos para que seja possível o convívio e a organização social. Mais que um valor jurídico, a responsabilidade é um princípio jurídico fundamental e norteador das relações familiares e que traz uma nova concepção sobre os atos e fatos jurídicos que, inclusive, está atrelada à liberdade que, por sua vez, encontra sentido na ética da responsabilidade. O Estado assegura direitos e confere deveres aos cidadãos e apenas intervém quando estes são violados e é desrespeitada a promoção da dignidade humana e da solidariedade. A ideia de democracia está necessariamente interligada à liberdade e à responsabilidade. Uma não existe sem a outra. Quanto mais liberdade se conquista, com redução consequente do quantum despótico, mais responsabilidade se impõe a quem a exerce. Assim, posso dizer que sou mais livre na

¹⁵ (...) Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à *responsabilidade* civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgingo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. (STJ, REsp 1159242 / SP, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, 3^a Turma, pub. 10/05/2012)

medida em que sou mais responsável pelos meus atos. Portanto, responsabilidade e liberdade estão no mesmo plano axiológico.

4.10- O *princípio da paternidade responsável*¹⁶. Interessa não apenas às relações interprivadas, mas também ao Estado, na medida em que a irresponsabilidade paterna, somada às questões econômicas, tem gerado milhares de crianças de rua e na rua. Portanto, é um princípio que se reveste também de caráter político e social da maior importância. Se os pais não abandonassem seus filhos, ou, se exercessem uma paternidade responsável, certamente o índice de criminalidade seria menor, não haveria tanta gravidez na adolescência etc. A paternidade responsável¹⁷ tornou-se norma jurídica, traduzida em regras e princípios constitucionais. Os arts. 226, § 7º, e 229 da Constituição da República dão juridicidade ao dever de cuidado recíproco entre pais e filhos, e tornam expresso este princípio, que é um dos pilares do Direito de Família. A paternidade responsável é um desdobramento dos princípios da dignidade huma-

¹⁶ (...) Com fundamento na *paternidade responsável*, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores e com base nessa premissa deve ser analisada sua permanência ou destituição. Citando Laurent, o poder do pai e da mãe não é outra coisa senão proteção e direção? (*Principes de Droit Civil Français*, 4/350), segundo as balizas do direito de cuidado a envolver a criança e o adolescente. - Sob a tônica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. (STJ, REsp 1106637 / SP, Relª Minª Nancy Andriighi, 3ª Turma, pub. 01/07/2010)

¹⁷ (...) Em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que "não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o *princípio da paternidade responsável*". (RE 363889, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, DJe-15-12-2011). 2. No caso, a improcedência do pedido na ação primeva de investigação de paternidade não decorreu da exclusão do vínculo genético por prova pericial, mas sim por insuficiência de elementos para o reconhecimento ou a exclusão da paternidade, motivo pelo qual a condição de pai não foi cabalmente descartada naquele feito. (STJ, AgRg no REsp 1215172 / RS, Rel Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, pub. 11/03/2013).

na, da responsabilidade e da afetividade. Na verdade, ela está contida nestes outros princípios norteadores e a eles se mistura e entrelaça. Merece ser considerada como um princípio destacado e autônomo em razão da importância que a paternidade/maternidade tem na vida das pessoas. A paternidade é mais que fundamental para todos nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não. Tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar.

5) CONCLUSÃO

Os dez princípios aqui trazidos, são fundamentais e devem ser norteadores para o Direito de Família. Todo e qualquer julgamento ou concepção de Direito de Família deve, necessariamente, considerar ou estar orientado em pelo menos um desses princípios, que ousou chamar de princípios fundamentais.

E para encerrar, volto ao começo da organização do pensamento ético e para isto temos que invocar Aristóteles, que em sua “Ética a Nicômaco”, Livro I, traduz e resume tudo o que queremos da vida: *Das coisas, a mais nobre e a mais justa, e a melhor é a saúde; porém, a mais doce é ter o que amamos.* A partir da compreensão de que a família é um núcleo estruturante do sujeito e o que interessa na vida é nos tornarmos sujeito, uma simples lógica nos conduzirá à conclusão de que não faz diferença para um ordenamento jurídico, pautado na ética, a maneira como a família se constitui. O importante é saber se ela é capaz de ser fundante e estruturante da pessoa para torná-la um sujeito. É o que verdadeiramente interessa e aí está a essência da família e por isso a sua trans-historicidade. Fora daí

serão variações em torno de um mesmo tema. Esta multiplicidade de formas de família, aparentemente tão assustadoras e desorganizadoras das relações sociais, na verdade é o retrato da vida como ela é, e como as famílias vêm se adaptando à realidade.

Em outras palavras, tornou-se inconcebível construir qualquer doutrina, texto normativo ou jurisprudência para o Direito de Família sem que estejam contextualizados em uma concepção principiológica.



6) BIBLIOGRAFIA

- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FREUD, Sigmund. Luto e melancolia. Obras psicológicas completas. Trad. Themira O. Brito, Paulo H. Brito e Cristiano Ort. Rio de Janeiro: Imago, 1974, vol. XIV.
- GROENINGA, Giselle Câmara. “O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade”. Direito de Família e Psicanálise. In: GROENINGA, Giselle de; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.), Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 95-

106.

- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). Direito e responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 12.
- _____. “Família e Solidariedade”: trabalhos apresentados no VI Congresso Brasileiro de Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). A Indignidade como Causa de Escusabilidade do Dever de Alimentar, Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2000.
- _____. Conferência Magna: Princípio da solidariedade familiar. In: Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2007.
- MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MATOS, Marlise. Reinvenções do vínculo amoroso: cultura e identidade de gênero na modernidade tardia. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2000.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família, 2ª edição. Saraiva: São Paulo, 2012.
- _____. Divórcio: Teoria e Prática. 4ª edição: Saraiva: São Paulo: 2012.
- _____. Direito de Família uma abordagem psicanalítica. 4ª edição. Saraiva: São Paulo, 2012
- VELOSO, Zeno. Direito de Família: processo, teoria e prática, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf (Coords.). COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e (Autores). Aspectos

práticos da Separação e Divórcio Extrajudiciais, Rio de Janeiro: Forense, 2008.