

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS -UNISINOS

CIÊNCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

NÍVEL DOUTORADO

BELMIRO PEDRO WELTER

FENOMENOLOGIA NO DIREITO DE FAMÍLIA:

genético, afetivo e ontológico

SÃO LEOPOLDO

2007

BELMIRO PEDRO WELTER

**FENOMENOLOGIA NO DIREITO DE FAMÍLIA:
genético, afetivo e ontológico**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientação: Profº Dr. Albano Marcos Bastos Pepe

Co-Orientador: Profº Dr. Lenio Luiz Streck

SÃO LEOPOLDO

2007

TERMO DE APROVAÇÃO

À Sandra e aos filhos Leonardo e Nathália:

É maravilhoso conviver e compartilhar os eventos da vida e compreender os modos de cada um de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-afetivo e de ser-no-mundo-ontológico!

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, nosso Pai, pelo meu modo de ser-no-mundo tridimensional, pela possibilidade de ter uma grande família e pela oportunidade de cursar pós-graduação de doutorado em Direito.

Ao orientador, professor, doutor, Albano Marcos Bastos Pepe, pelas inestimáveis orientações, contribuições doutrinárias e pelo seu jeito de ser amável e respeitoso.

Ao co-orientador, professor, pós-doutor, Lenio Luiz Streck, colega de Ministério Público, orientador no Mestrado, incentivador de minha carreira, cuja Escola doutrinária me serviu de inspiração, motivo por que ousou dizer que o considero meu grande irmão afetivo.

Aos professores Ovídio Araújo Baptista da Silva, Leonel Severo Rocha e José Luiz Bolzan de Moraes, pela dedicação, pelas orientações, pelo notável exemplo de pesquisa e pelos seus modos cordiais de ser-no-mundo.

Aos colaboradores do PPGD da UNISINOS, que exercem suas funções com mestria, merecendo votos de louvor pelos seus modos de cuidado com os mestrandos e doutorandos.

Da colaboração de todos foi desvelado, depois de meio século de vida, um novo ser humano, uma nova visão e perspectiva de vida, uma nova compreensão da família, porque, embora não soubesse, a cada evento de minha vida sempre fui diferente, nos meus modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

RESUMO

O ser humano convive e compartilha nos mundos genético, afetivo e ontológico, mundos diferentes, mas que condicionam uns aos outros, modos simultâneos de conviver e compartilhar em família, porque: a) genético é o mundo dos objetos a nossa volta, o mundo natural dos vivos, abrangendo as necessidades biológicas, impulsos, instintos, das leis e dos ciclos naturais, do dormir, do acordar, do nascer, do morrer, do desejo, do alívio, um modo de ser-no-mundo-genético; b) (des)afetivo é mundo dos inter-relacionamentos entre os humanos, principalmente em família, é o ser-com-os-outros, da linguagem, da compreensão, do diálogo, do entendimento, do desafeto, da solidariedade, em que a afetividade é uma condição de possibilidade de o ser humano ser humano e compreender o seu próprio mundo (ontológico), em que o humano é um modo de ser-no-mundo-(des)afetivo; c) ontológico é o mundo da percepção de si mesmo, do auto-relacionamento, do diálogo não somente em sociedade ou em família, e sim uma autoconversação, um vir-à-fala, uma compreensão de consigo mesmo, um modo de ser-no-mundo-ontológico. Condição de possibilidade da compreensão tridimensional da família é a harmonização do sistema de regras com os princípios constitucionais, visto que a Era da jurisdição constitucional impõe limites ao processo interpretativo, não sendo a hermenêutica um salvo conduto às atribuições subjetivas. Enquanto a regra golpeia a abertura, o princípio promove o fechamento do processo hermenêutico, servindo como blindagem contra a livre atribuição de sentidos do texto do direito de família, à medida que em cada regra habita um princípio, que não poderá se sobrepor à sua própria principiologia, sob pena de promover um retorno ao positivismo. Quer dizer que o texto do direito de família não é a norma e nem existe sem ela, assim como não existe norma sem texto, visto que o legislador produz o texto. Como este é apenas um momento da concretização normativa, cabe ao intérprete descobrir a estrutura da norma existente no sentido do texto. Por isso, na cultura jurídica do País *sempre sobra a realidade*, que, no direito de família, é a compreensão da condição humana tridimensional, isto é, modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

RESUMEN

El ser humano convive y compartilla en los mundos genético, afectivo y ontológico, que son muy diferentes, pero que condicionan unos a los otros, modos simultáneos de compartir en familia, porque: a) Genético es el mundo de los objetos de la nuestra vuelta, el mundo natural de los vivos, abarcando las necesidades biológicas, impulsos instintos, de las leyes y de los ciclos naturales del dormir, del despertar, del nacer, del morir, del deseo, del alívio, un modo de ser-en el mundo genético; b) (des) afectivo es mundo de los interrelacionamientos entre los humanos, principalmente en familia, es el ser-con-los-otros del lenguaje, de la comprensión, del diálogo, del entendimiento, del desafecto, de la solidaridad, en que la afectividad es una condición de posibilidad del ser humano ser humano y comprender su propio mundo (ontológico), en que el humano es un modo de ser-en el mundo-(des)afectivo; c) ontológico es el mundo de la percepción de si mismo, de auto-relacionamiento, del diálogo no solamente en sociedad o en familia, y si una autoconversación, un venir-a-la-habla, una comprensión de con si mismo, un modo de ser-en el-mundo-ontológico. Condición de posibilidad de comprensión tridimensional de la familia es la armonización del sistema de reglas con los principios constitucionales, visto que la Era de la jurisdicción constitucional imponer límites en el proceso interpretativo, no siendo la hermenéutica un salvo conducto a las atribuciones subjetivas. Mientras la regla golpea la abertura, el principio promueve el cerramiento del proceso hermenéutico, sirviendo como blindagem contra la libre atribución de sentidos del texto del derecho de familia, la medida que en cada regla habita un principio, que no podrá ser sobrepor a su propia principiología, bajo pena de promover un retorno al positivismo. Eso quiere decir que el texto del derecho de familia no es la norma y ni existe sin ella, así como existe norma sin texto, visto que el legislador produce el texto, que es apenas un momento de la concretización normativa, cabiendo al intérprete descubrir la estructura de la norma, que existe en el sentido del texto, siendo, por eso, que en la cultura jurídica del País siempre sobra la realidad, que, en el derecho de la familia, es la comprensión de la condición humana tridimensional, que son los modos de ser-en el-mundo-genético, de ser-en el-mundo-(des)afectivo y de ser-en el-mundo-ontológico.

SUMMARY

The human being coexists and shares in the genetic, affective and ontological worlds, that are different worlds, but that condition ones the others, simultaneous ways to share in family, because: a) genetic is the material world around us, the natural world of the living creatures, enclosing the biological necessities, impulses, instincts, of the laws and the natural cycles, of sleep, wake up, the birth, the death, of the desire, the relief, a way to be –in- the genetic-world; b) (un) affective is the world of the inter-relationships between the human beings, mainly in family, is the to be-with-the-others, of the language, the comprehension, the dialogue, the understanding, of the disaffection, solidarity, where the affectivity is a condition of possibility of the human being and to comprehension your own world (ontological), where the human is a way to be - the (un) affective-world; c) ontological is the world of the self perception, the self-knowledge, the dialogue not only in society or family, and yes an self conversation, a come-the-speak, an comprehension of yourself, a way to be - the ontological-world. Condition of possibility of the three-dimensional comprehension of the family is the harmonization system rules with the constitutional principles, as the Age of the constitutional jurisdiction imposes limits to the interpretative process, not being the hermeneutics a save conduct to the subjective attributions. While rule blow the opening, the principle promotes closing of hermeneutic process, serving as a shield against free attribution of fields of text of family rights, to measure that in each rule it inhabits a principle, that will not be able to be overlapped to its proper principology, duly warned to promote a return to the positive. This wants to say that the text of the family rights is not the norm and does not exist without it, as well as does not exist a norm without text, whereas the legislator produces the text, that is only a normative concretion moment, set to the interpreter to discover the structure of the norm, that exists in the direction of the text, being therefore, that in the Country legal culture *every remain the reality*, that, in the family law, it is the comprehension of the three-dimensional human being condition, that are the ways of being-in –the genetic-world, of being in - the (un) affective-world and of to be-in - the ontological- world.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS INICIAIS DA FENOMENOLOGIA NO DIREITO DE FAMÍLIA	11
1.1 Delimitação do Tema.....	24
1.2 Formulação do Problema.....	25
1.3 Hipótese	25
1.4 Objetivos.....	25
1.5 Metodologia.....	26
1.5.1. Forma de Abordagem da Tese.....	26
1.5.2 Método de Procedimento.....	26
1.5.3 Técnica de Pesquisa.....	27
2 DIREITO DE FAMÍLIA GENÉTICO.....	28
2.1 A Origem da Família.....	29
2.2 A Histórica Discriminação Humana.....	32
2.3 A Evolução das Formas de Família e de Filiação no Brasil.....	40
2.4 Considerações Finais do Direito de Família Genético.....	51
3 DIREITO DE FAMÍLIA (DES)AFETIVO.....	60
3.1 Afetividade e Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III, da Constituição do Brasil)	65
3.2 Afetividade e a Proteção Integral e Absoluta da Criança, do Adolescente e do Idoso (artigo 227, cabeça, da Constituição do País de 1988).....	67
3.3 Afetividade, Razoabilidade e Proporcionalidade (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição do País).....	70
3.4 Afetividade e o Processo da Secularização (artigos 1º, cabeça, e 2º da Constituição do País).....	74
3.5 Afetividade e a Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva (artigos 227, cabeça e parágrafo 6º, da Constituição do País).....	77
3.6 Paternidade Biológica e Socioafetiva e as Principais Técnicas na Reprodução Humana Medicamente Assistida.....	84
3.7 Desnecessidade de Legislação Infraconstitucional para o Acolhimento da Tridimensionalidade Humana.....	96
3.8 Considerações Finais do Direito de Família (Des)Afetivo	100

4 DIREITO DE FAMÍLIA ONTOLÓGICO	109
4.1 A Matriz Teórica Analítica	110
4.1.1 O Racionalismo e o Positivismo Jurídico	111
4.1.2 A Matriz Analítica ou Neopositivismo	115
4.1.3 Legado do (Neo)Positivismo: a dogmática analítica	117
4.2 A Lei como Sinônimo de Direito	120
4.3 A Intolerância da Dogmática Jurídica	125
4.4 A Dogmática Jurídica no Estado Democrático de Direito	131
4.5 Genética, Afetividade e Ontologia: questões de fato e de Direito	143
4.6 A Matriz Teórica Hermenêutica	151
4.6.1 A Compreensão do Direito de Família pela Hermenêutica Filosófica	154
4.6.2 A Acusação de a Hermenêutica Filosófica ser Relativista	156
4.6.3 A Linguagem como Condição de Ser-no-Mundo	163
4.6.4 O Método Fenomenológico da Hermenêutica Filosófica	170
4.6.5 A (Pré)Compreensão, os Pré-Conceitos Autênticos e Inautênticos do Texto do Direito de Família	177
4.6.6 O Círculo Hermenêutico na Compreensão do Direito de Família	191
4.6.7 A Fusão de Horizontes no Direito de Família	198
4.6.8 A Compreensão da Tradição no Direito de Família	206
4.7 Considerações Finais do Capítulo Direito de Família Ontológico	218
5 ALGUNS EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA FENOMENOLOGIA NO DIREITO DE FAMÍLIA	223
5.1 A Desnecessidade de Processo de Adoção aos Brasileiros	224
5.2 A União Estável Homoafetiva	235
5.2.1 Doutrina e Jurisprudência sobre União Estável Homoafetiva	236
5.2.2 (In)Constitucionalidade da União Estável Homoafetiva	239
5.2.3 Movimentos Sociais em Favor da Homoafetividade	247
5.3 Afastamento do Procedimento de Habilitação e de Celebração do Casamento	251
5.4 A Culpa no Direito de Família Tridimensional	256
5.5 O Dano Moral no Direito de Família Tridimensional	261
5.6 O Direito de Investigar a Paternidade na Reprodução Humana Sexual, Assexual e Socioafetiva	267
5.7 Os Nomes do Ser Humano: uma formação contínua da vida	273
5.7.1 Impossibilidade de Acrescer ao seu o Nome do Nubente ou do Convivente	274

5.7.2 Incorporação dos Nomes pelo Ser Humano	275
5.8 Os Direitos Fundamentais de Conviver e Compartilhar na Tridimensionalidade Humana	279
5.9 A Exclusão da Tridimensionalidade Humana pela Ação Negatória de Paternidade	283
5.10 A Interdição e a Tridimensionalidade Humana	296
5.11 A Mediação na Solução dos Conflitos no Direito de Família Tridimensional	301
5.12 Alimentos aos Parentes Genéticos e Afetivos	305
5.12.1 O Trinômio Necessidade-Possibilidade-Afetividade nos Alimentos, no Direito à Herança Genética e Socioafetiva e nos Demais Direitos da Tridimensionalidade Humana.....	310
5.13 Igualdade entre Casamento e União Estável.....	313
5.14 Os Pais na Inseminação Artificial Homóloga, Heteróloga, na Gestação Substituta e na Clonagem do Ser Humano.....	317
5.15 A Necessidade da Produção do Exame Genético em DNA na Ação de Investigação de Paternidade Genética	326
5.15.1 Peculiaridades da Prova Pericial.....	335
5.15.2 Momento da Produção da Prova Pericial	337
5.16 Condução Coercitiva do Investigado na Produção do Exame Genético em DNA .	339
5.17 A Diversidade Humana Tridimensional.....	349
5.18 Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento e na União Estável.....	354
5.19 Heranç� Isonômica aos Conviventes e aos Cônjuges	358
5.20 Cumulação de todos os Direitos adquiridos na Existência Humana	361
5.21 Considerações Finais do Capítulo Efeitos Jurídicos Decorrentes da Fenomenologia no Direito de Família.....	363
6 CONCLUSÕES DA FENOMENOLOGIA NO DIREITO DE FAMÍLIA	372
REFERÊNCIAS	393

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS INICIAIS DA FENOMENOLOGIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

O mundo está em processo de globalização, em que é sustentado o compartilhamento em rede do território, do Estado, do povo, da economia, da cultura, da educação, das comunicações, dos deveres, dos direitos, dos desejos, da política, de todos os setores da sociedade, inclusive da falência do Estado¹, devido às suas crises². Por isso, não é possível conviver com dogmas religiosos, verdades eternas, aceitação de regras em detrimento de princípios constitucionais, compreensão do texto do direito de família pela subjetividade, desproporcional intromissão do Estado Laico e Democrático de Direito e a linguagem normativa da genética na vida familiar.

A família é a mais antiga comunhão plena de vida genética, afetiva e ontológica, a qual sempre foi (des)cuidada pelo prisma da normatização do mundo biológico, desconectada dos mundos afetivo³ e ontológico⁴. Como o afeto e a ontologia não constam de forma expressa nos textos (infra)constitucionais, a comunidade jurídica não os têm acolhido como valor jurídico, tendo em vista que a dogmática jurídica presta rigorosa obediência ao legislador, não obstante o Direito abarcar o sentido incorporado na lei, na jurisprudência, no enunciado, na doutrina, na súmula, na realidade, nos fatos da montanha da vida⁵, como os existenciais genético, (des)afetivo e ontológico. O sentido é o que se pode articular na abertura da compreensão, que é existência, mas “não pode ser definido como algo que ocorre em um juízo ao lado e ao longo do ato de julgar”, porque a compreensão está sempre articulada, antes de qualquer interpretação⁶.

¹ NOVAES, Adauto (Org). Crepúsculo de uma civilização. In: _____. *Civilização e Barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 8. RIBEIRO, Renato Janine. Civilização sem guerra. In: NOVAES, Adauto (Org). *Civilização e Barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p.224. É possível que estejamos à beira de um conflito terrível e talvez mundial. GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Tradução: António Hall. Portugal: Edições 70, 1989. p. 12. Em 1989, nos seus 89 anos de vida, noticia que não apenas as nações em desenvolvimento, como toda a Europa, estão imersas em crise de projeção mundial, em que *nos aproximamos lentamente da zona fronteira da vida e da sobrevivência*.

² MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org). As crises do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9- 27.

³ REGO, Teresa Cristina; OLIVEIRA, Marta Kohl de. Vygotsky e as complexas relações entre cognição e afeto. In: ARANTES, Valéria Amorim (Org.). *Afetividade na escola*. São Paulo: Summus, 2003. p. 15. No campo da afetividade, encontra-se uma multiplicidade de termos, como: emoções, paixões, afetos, sentimentos, que se resume na linguagem humana.

⁴ Por ontologia, quer-se dizer que o ser humano é um ser que compartilha e convive, além dos mundos genético e afetivo, também em seu próprio mundo, seu mundo endógeno, as suas circunstâncias pessoais.

⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?* Tradução: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: UERJ, 2005. p. 51, em análise aos poemas *Hausto-Cristal*, de Paul Celan, afirma que o monte-vida, a montanha da vida, “somos todos nós, com toda a nossa experiência acumulada”.

⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14.ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 208, 211 e 219.

O humano habita, ao mesmo tempo, os mundos genético, (des)afetivo e ontológico, porque: a) é um ser humano genético como todos os outros seres vivos (mundo genético); b) é um ser humano que convive e compartilha no mundo familiar e social (mundo des-afetivo); c) é um ser humano que se relaciona em seu próprio mundo da vida, um ser-em-si-mesmo, (mundo ontológico). É dizer, o ser humano não é apenas “ele e suas circunstâncias pessoais”, mas, sim, ele e suas circunstâncias genéticas (mundo das necessidades biológicas dos seres vivos em geral), (des)afetivas (mundo da convivência em família e em sociedade) e ontológicas (mundo pessoal, endógeno, o seu próprio mundo).

No primeiro capítulo abordarei a origem e a evolução da família e da filiação, sendo o direito romano o portal de entrada, eminentemente patriarcal, em que o homem (*paterfamilias*) tinha a posse, a propriedade e o poder de vida e de morte sobre o filho, a mulher e o escravo⁷. Por longo período, predominou o autoritarismo do homem/pai/marido, em que o casamento era a única forma de edificar a família, em prejuízo de seus integrantes, que eram, e ainda são, expatriados pelo pré-conceito da desigualdade, da diversidade e da violência, desterrado de seus direitos e desejos pelo homem, pela sociedade⁸ e pelo próprio Estado, cujo exílio deveria ter sido afastado pela isonomia familiar que lateja na Constituição do País (de 1988), cujo texto é auto-aplicável⁹.

No segundo capítulo, considerando que as regras vigem e os princípios valem¹⁰, examinarei o direito de família com lastro no neoconstitucionalismo¹¹, na jurisdição constitucional, que compreende o Direito pelo sentido republicano, laico, democrático, social, hermenêutico¹². Cuidarei da afetividade¹³ com âncora na dignidade da pessoa humana, na proteção integral e absoluta da criança, do adolescente e do idoso, na razoabilidade, na

⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 81. Tem sobre os filhos o direito de vida e morte (‘jus vitae necisque’), mas a medida extrema depende da consulta dos membros da família mais próximos. Pode vendê-los como escravos para além do Tibre, exercer a ‘manus’ sobre a nora, casar os filhos com quem achar conveniente, exercer a pátria potestas sobre os netos, obrigar os filhos ao divórcio, dá-los ‘in concipio’”.

⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?: comentário sobre o ciclo de poemas*. Hausto-Cristal de Paul Celan. Tradução e apresentação: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: UERJ, 2005. p. 108. O autor refere que “desterrado quer dizer também: odiado e perseguido. É desterrado aquele que não tem o direito à pátria, em lugar nenhum, aquele que está fora da lei porque foi banido da sociedade”.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dogmática e hermenêutica*. São Leopoldo: UNISINOS, 1997. p. 31. (Cadernos de pesquisa, 2). A eficácia dessa norma advirá de um trabalho de adjudicação de sentido.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 260.

¹¹ TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Ontem, os códigos; hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 9, 2004.

¹² CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24 e 50.

¹³ MAY, Rollo. *A descoberta do ser*. 4. ed. Tradução: Cláudio G. Somogyi. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 10. O autor menciona que, “ao esconder o ser, perdemos exatamente aquelas coisas que mais apreciamos na vida. Pois o sentimento de ser está profundamente ligado às questões mais íntimas e fundamentais - questões de amor, morte, ansiedade, afeição”.

proporcionalidade e no processo de secularização, tendo em vista que o afeto é condição de possibilidade de o ser humano exercer a sua tridimensionalidade humana.

No terceiro capítulo, lançarei comentários sobre a teoria jurídica dominante no País, que, além de não acolher integralmente o modo de ser-no-mundo-genético, não aceita os modos de ser-no-mundo-(des)afetivo¹⁴ e de ser-no-mundo-ontológico, ao (de)limitar o direito de família numa exegese da verdade absoluta, única e sagrada, determinando ao intérprete a busca do direito unicamente no texto da lei, na subjetividade do legislador, como se ele fosse a fonte suprema, infalível e sempre justa.

A compreensão da família exclusivamente pelo mundo genético normatizado é prova de que a tão (en)cantada igualdade material não passa de uma abstração, que obriga o ser humano a se despir da riqueza de sua individualidade, em vista do pressuposto metodológico, supondo que cada caso seja a expressão individual de uma série de questões semelhantes¹⁵. Isso se dá porque a filosofia da consciência está reduzida a um sistema de conceitos e enunciados jurídicos, destinados a viabilizar a comunicação formal entre os lidadores do Direito¹⁶.

Para amainar os efeitos da dogmática jurídica, invocarei a hermenêutica¹⁷ filosófica¹⁸, que *não* é uma teoria do direito, e sim uma *teoria filosófica no direito*, não sendo “imperialista ou invasora de outras teorias, do mesmo modo que não pretende substituir qualquer outra teoria (epistemológica ou não) ou ter a última palavra”¹⁹, e sim compreender o ser humano pela linguagem da genética, da afetividade e da ontologia, porque compreender significa entender-se uns aos outros, uma comunidade de diálogo²⁰ e condição de possibilidade da Arte do entendimento, da compreensão, da conversação, visto que o

¹⁴ KUPFER, Maria Cristina Machado. Afetividade e cognição: uma dicotomia em discussão. In: ARANTES, Valéria Amorim (Org.). *Afetividade na escola*. São Paulo: Summus, 2003. p. 50. “Há choques culturais na relação cotidiana; esses choques impedem que haja resultados de aprendizagem, e a conseqüência seguinte são as reações emocionais: apatia, agressividade, indisciplina”. Para CHALITA, Gabriel. *Educação: a solução está no afeto*. 8. ed. São Paulo: Gente, 2001. p. 264, a solução dos problemas (educação, agressividade, indisciplina, apatia, liberdade, cidadania e dignidade das crianças e adolescentes está unicamente no afeto.

¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 303.

¹⁶ LUCAS, Douglas César (Coord.). *Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”*. In: _____. *Olhares hermenêuticos sobre o Direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 25.

¹⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 23, ano 23, p. 317, 2001.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 40. O autor lembra o seguinte sobre a hermenêutica filosófica: “Não há qualquer relação entre filosofia hermenêutica e existencialismo; do mesmo modo, não há qualquer liame entre as teorias heideggerianas e o decisionismo de Schmitt; e, mais do que isso, é um absurdo dizer que *Ser e Tempo* foi suporte (sic) do nazismo [...]. A decisão de Heidegger ao nazismo não decorreu de sua posição filosófica.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 249.

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 248. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 292, 297 e 369.

relacionamento humano é um “estar por alguém”²¹.

A hermenêutica não é guiada por um processo de regras, como a dogmática jurídica, mas pelo viver cotidiano, pela realidade da vida, pelos modos existenciais de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, pela razão prática que se encontra no texto (do direito de família) que se pretende compreender²², afastando o véu dogmático, metafísico e paradigmático²³ dos conceitos prévios familiares.

No seio familiar é que pulsa com mais intensidade a extrema necessidade do diálogo, da conversação, do entendimento, da aceitação da diversidade genética, (des)afetiva e ontológica, de ouvir e de ser ouvido, do deixar-se dizer e da aceitação de que o outro membro familiar possa ter razão. Isso tudo é encontrado na linguagem gadameriana²⁴, em que um verdadeiro diálogo não é experimentar algo de novo, e sim encontrar no outro alguma coisa que ainda não foi encontrada na experiência humana, à medida que o diálogo é o encontro “entre dois mundos, duas visões e duas imagens do mundo”, havendo sempre uma transformação nos seres humanos que dialogam.

A compreensão tridimensional da família perpassa, necessariamente, pelo diálogo, pelo vaivém da palavra, pela conversação, pelo aceitar que o outro possa ter razão, pela hermenêutica, pela liberdade, que é a essência mais íntima da existência humana²⁵, pelo dizer a si mesmo e deixar-se dizer, porquanto é a linguagem que desempenha a função de antecipar e organizar o nosso modo de pensar, de conviver no mundo e de ser-no-mundo²⁶.

Em decorrência dessa capacidade para dialogar, surge a possibilidade de cada membro da família ser o mesmo para o Outro, na medida em que, atesta Gadamer²⁷, todos encontram o Outro e a si mesmos no Outro, uma vez que compreensão sempre vem ligada com linguagem, sendo, ela mesma, um evento, um momento, um instante, o que significa que o acontecer da realidade, da diversidade humana, que em direito de família é tridimensional, não ocorre às escondidas da linguagem.

²¹ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 121.

²² SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 385.

²³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia*: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 32. “Este é o trabalho indicado por Kuhn como ‘limpeza’, ajustamento, ou mesmo ampliação do raio de ação do ‘paradigma’”.

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 243, 246-247, 251-252, 368.

²⁵ HOTTOIS, Gilberto. *História da filosofia*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2002. p. 326.

²⁶ DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Verbete GADAMER, Hans-Georg. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 373.

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 269, 280 e 286.

Um dos grandes problemas da linguagem em família é o fato de seus membros terem, muitas vezes, ouvidos de mercador, por não estarem mergulhados na mesma linguagem genética, afetiva e ontológica, ouvindo apenas a si mesmo, buscando os seus próprios interesses com tanta compulsividade que não conseguem ouvir os demais integrantes. De acordo com Gadamer, a capacidade constante de ouvir o Outro é a verdadeira elevação do ser humano à humanidade, sendo a incapacidade para o diálogo a objeção que se lança contra aquele que não quer seguir nossas idéias, havendo necessidade de diálogo familiar infinito, para não haver uma conversação de surdos²⁸.

O ser humano se compreende quando compreende a linguagem, compreendendo algo como algo, que se manifesta no diálogo, na palavra, em que as coisas chegam a ser e são²⁹, que renova a abertura dos sentidos de cada evento, incorporando os pré-conceitos, acolhendo o Direito em sua historicidade, em seu tempo³⁰, e não em uma odisséia procedimental e metodológica. A conversação, o ouvir e ser ouvido, o entendimento, o perdão, o diálogo permanente, o dizer e deixar dizer, a aceitação da igualdade e da diversidade faz de Gadamer um dos maiores defensores da família, cuja linguagem tridimensional precisa ser inicializada, domesticada, urbanizada, humanizada, pois ela é a condição de possibilidade da plerificação da condição humana.

Nessas considerações iniciais, farei perfunctória análise da forma de compreensão da hermenêutica filosófica, para que o intérprete tenha uma noção geral sobre essa teoria na compreensão do texto do direito de família, nos seguintes termos:

- a) o método da hermenêutica filosófica é abissal, sem fundo, universal, em que acontece a pré-compreensão, o modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, cuja relação não será mais entre sujeito e objeto, mas, sim, entre pessoa e pessoa, em que a linguagem é condição de possibilidade de avistar os horizontes do passado, do presente e do futuro entre o intérprete, o texto e a tradição, na medida em que não é o ser humano que compreende, e sim “é sempre um passado que nos permite dizer: compreendi”³¹,

²⁸ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 140.

²⁹ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969. p. 44.

³⁰ HEIDEGGER, Martin. *Heráclito*. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 96-97.

³¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 159.

significando que o mundo já compreendido se interpreta³². Na verdade, a hermenêutica filosófica não se prende a um método, uma vez que a verberação é apenas para fins de facilitar a reflexão, como o círculo hermenêutico, a fusão de horizontes, a suspensão dos preconceitos, a tradição histórica, a compreensão, o diálogo e a linguagem universal³³;

- b) os prejuízos autênticos e inautênticos significam a pré-compreensão de que não existe um ser humano puro, sem preconceitos, já que, como um ser que se encontra mergulhado na linguagem do mundo, ele absorve os pré-juízos puros e impuros, formando uma pré-compreensão, um pré-conceito, um prejuízo, um juízo prévio, um conceito prévio do texto que, muitas vezes, o impede de visualizar as (r)evoluções da família, por estar imerso na milenar discriminação familiar, seqüestrando, com a normatização, a realidade das dimensões existenciais da genética, da (des)afetividade e da ontologia;
- c) a compreensão histórica da tradição quer dizer que o intérprete do texto do direito de família produz uma conversação, um vir-à-fala, um diálogo, com o passado, o presente e o futuro, fundindo esses horizontes em um único horizonte, do qual surge um novo texto, porquanto, para compreender a família, é preciso, em primeiro lugar, compreender a sua história³⁴, a sua linguagem, a sua tridimensionalidade;
- d) o círculo hermenêutico conduz a linguagem do geral ao particular, do coletivo ao singular, da universalidade à singularidade, do todo à parte e da parte para o todo, a partir de si mesmo³⁵, do permanente efeito recíproco e da ida e volta do olhar³⁶ entre o texto, o intérprete e a compreensão da tradição da família. Isso quer dizer que “só é compreensível aquilo que realmente apresenta uma unidade de sentido completa”³⁷, porque a atualização da linguagem compreende o passado a partir do

³² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. pt. 1, p. 205. ³²

³³ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e Linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-georg; _____. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 171-2. (Coleção Filosofia, 117).

³⁴ MAY, Rollo. *O homem à procura de si mesmo*. 30. ed. Tradução: Áurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 171 e 173.

³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 72.

³⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 283.

³⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 77-78.

presente³⁸, uma vez que o mundo surge sempre em primeiro lugar como um mundo de sentido, que encontra sua origem e seu fim na existência³⁹;

- e) a fusão de horizontes compreende a cosmovisão dos preconceitos, da tradição, do acontecer do tempo e do conjunto de experiências historicamente transmitidas ao intérprete pelo mundo da vida, pois “lo metodicamente controlable sólo abarca una ínfima parte de nuestra experiencia de la vida”⁴⁰;
- f) essa forma de compreensão filosófica da família faz sentido pela linguagem, que é a condição de possibilidade da tridimensionalidade humana, uma vez que “todo esforço de querer compreender começa quando nos deparamos com algo estranho, provocante e desorientador”⁴¹, cuja perplexidade faz (re)pensar, suspender os preconceitos diante do texto do direito de família, olhando-o de soslaio, porque a verdadeira comunicação é formatada pelo diálogo, pela palavra, pela linguagem, que não impõe e nem agrega a forma de pensar de um contra o outro, porque transforma a ambos. O mundo não foi criado pela alteridade, pela competição, e sim pelo consenso, pela compreensão comum e recíproca do mundo, atesta Gadamer. É por isso que não existe a primeira, a segunda e nem a última palavra, porquanto é a linguagem que abarca o conjunto do diálogo, que não poderá ser reduzido a uma opinião subjetiva, individual, à medida que “somos nós, ninguém em particular e todos em geral, que falamos a cada vez, e esse é o modo de ser da *linguagem*”⁴²;
- g) a expressão *ser-no-mundo* foi descoberta de Heidegger⁴³, uma revolução fenomenológica na filosofia, explicando que o modo mais simples de compreender o que o ser humano é no mundo é compreender-se o mundo da mesma maneira que o garfo está na gaveta, porque é a partir de ser-no-mundo que o ser humano se relaciona com todas as coisas⁴⁴. Ser-no-mundo, de acordo com Heidegger, não quer

³⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 198.

³⁹ HOTTOIS, Gilberto. *História da filosofia*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2002. p. 324.

⁴⁰ GRONDIN, Jean. *Hans-Georg Gadamer. Una biografía*. Barcelona: Empresa Editorial Herder. 2000. p. 376-377.

⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 217-218.

⁴² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 231.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. Verbete HEIDEGGER, Marin, 1889-1976. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 426.

⁴⁴ DUBOIS, Christian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 26.

dizer que o homem se acha no meio da natureza, ao lado de árvores, animais, coisas e outros humanos, não sendo nem um fato, nem uma necessidade no nível dos fatos, e sim *uma estrutura de realização*⁴⁵. Por isso, é possível ponderar que o mundo, a filosofia, o ser humano, a família, o texto, a lei, a doutrina, a jurisprudência, a súmula, a filiação, a paternidade, a maternidade, a genética, a afetividade, a ontologia, são eventos históricos hermenêuticos e estruturas de realização e de formação do ser humano.

No nascedouro do mundo ocidental laico, democrático⁴⁶ e universal⁴⁷, em que a dignidade, a igualdade, a cidadania, a liberdade são os pilares da República, arquitetada sob o manto de um Estado Democrático de Direito⁴⁸ (Estado Constitucional), não é razoável que a família continue sendo compreendida, como sempre, tão-só pelos laços normativos do sangue. Isso porque o ser humano não é constituído unicamente pela genética, mas, sim, pela linguagem da genética, da afetividade e da ontologia, mundos interligados, inter-relacionados, condicionados e compreendidos uns aos outros, mas, ao mesmo tempo, mundos diferentes e simultâneos de ser-no-mundo, em que um não exclui o outro⁴⁹. Embora a linguagem humana seja tridimensional, cuida-se, na verdade, de um único mundo, cuja compreensão é efetivada por nenhuma teoria mecânica, biológica ou psicológica⁵⁰, já que a essência do ser humano não é uma coisa⁵¹, um objeto, e sim a existência⁵², o aparecer e a imensa capacidade de reinventar o mundo pela linguagem, que está sempre pré-posta na vida⁵³.

A tradição comprova que a família sempre foi compreendida apenas em uma parte da genética, deixando de fora a totalidade da dimensão existencial da biologia, da (des)afetividade e da ontologia, a realidade da vida humana. Isso quer dizer que normatizar a

⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt.1, p. 20.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 207. “Uma sociedade internacional completamente democratizada pressupõe que todos os Estados que a compõem sejam democráticos”.

⁴⁷ AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 104.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 38.

⁴⁹ MAY, Rollo. *A descoberta do ser*. 4. ed. Tradução: Cláudio G. Somogyi. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 142.

⁵⁰ MAY, Rollo. *A Descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. 4. ed. Tradução: Cláudio G. Somogyi. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 40.

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 83. O conceito de “coisa”, na esteira da hermenêutica filosófica gadameriana, não “traduz apenas o conceito jurídico romano de “res”, porquanto a palavra alemã “Sache” (coisa) e seu significado assumem sobretudo o que expressa a palavra latina “causa”.

⁵² STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 116.

⁵³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1.

família no vínculo genético é compreendê-la em parte pelo mundo dos seres vivos em geral, tendo em vista que o ser vivo se transforma em humano quando tiver linguagem, o que ocorre a partir dos mundos afetivo e ontológico.

O cuidado com as conquistas dos integrantes da família foi reescrita formal e materialmente pela Constituição do Brasil de 1988, que revolucionou o (re)canto humano tridimensional, uma vez que a biologia, o afeto e a ontologia são linguagens que falam, ao mesmo tempo, a totalidade e a singularidade da condição humana⁵⁴. Por isso, a premente necessidade de ser afastada da família a teoria jurídica dominante (dogmática jurídica, filosofia da consciência⁵⁵, censo comum dos juristas), uma vez que ela sequer é uma teoria do Direito, e sim uma teoria jurídica teológica⁵⁶ e metafísica⁵⁷, que aprisiona e escraviza o intérprete na vontade exclusiva do legislador, que acolhe só parte do mundo biológico, sempre estabelecendo, mediante um paradigma, as regras de interpretação do texto do direito de família, que sustentam a *reprodução* do sentido “dado”, “um sentido-em-si”, um “sentido primevo” da norma⁵⁸.

Nesse sentido, a pesquisa procurará, pelo modo de sua constituição sangüínea, de seu modo de ser consigo mesmo, em família e em sociedade, se o ser humano precisa ser compreendido pela biologia e pela linguagem devastadora da afetividade e da ontologia, afastando-se o dogma da compreensão parcial da genética, que não consegue mais corresponder a uma série de desafios sociais. A hermenêutica filosófica, que é, ao mesmo tempo, hermenêutica e filosofia, preocupa-se com os grandes problemas da humanidade, buscando as condições de possibilidade da realidade social⁵⁹, da procura da verdade tridimensional do texto do direito de família, promovendo a pré-compreensão, o conceito prévio que o intérprete tem da história e da cultura do mundo⁶⁰, pois a história é o que o ser humano foi antigamente e o que ele é agora, o aspecto vinculador de seu destino⁶¹.

⁵⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17 e 19. A questão da natureza do homem é tanto uma questão teológica quanto a questão da natureza de Deus; ambas só podem ser resolvidas dentro da estrutura de uma resposta divinamente revelada”.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica) e Estado democrático de direito: uma análise crítica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 1998. p. 105.

⁵⁶ PIRES, Celestino. Deus e a teologia em Martin Heidegger. *Revista portuguesa de filosofia*, Braga, v.26, fase 3-4 jul./dez. 1970, p. 3.

⁵⁷ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dogmática e hermenêutica*. São Leopoldo: UNISINOS, 1997. p. 23 e 32. (Caderno de Pesquisa, 2)

⁵⁹ STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 18, 20, 29 e 37.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? uma resposta a partir do Ontological Turn. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 237.

⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2004. p. 49.

Assim, no terceiro capítulo abordarei a melhor forma de compreender o direito de família:

- a) se pelo método da dogmática jurídica, da filosofia da consciência, na relação sujeito-objeto, da subjetividade⁶², em que o Direito de família é *reproduzido* e interpretado em etapas, obedecendo cegamente às ordens do legislador, que seria o único capaz de ditar o Direito por meio da lei;
- b) ou se a compreensão mais humana da família é formatada pela hermenêutica filosófica, pela relação sujeito-sujeito, da *intersubjetividade*, da *produção do direito com relação social*, em que o intérprete não está apegado a um método, e sim imerso na linguagem a partir de sua condição de ser-no-mundo tridimensional, de sua experiência, do acontecer da existência humana, mergulhando em seus preconceitos claros e turvos, no círculo hermenêutico, no acontecer lingüístico da história, da cultura, da tradição, do monte-vida e da fusão desses horizontes, sempre capitaneados pela jurisdição constitucional.

Na pesquisa, será examinado se o texto do direito de família pode ser interpretado em uma parte da constituição genética, mediante um método da dogmática jurídica, um ponto de vista individual, subjetivo, objetificado, ou se deve ser compreendido pela tridimensionalidade humana, genética, afetiva e ontológica, por meio da hermenêutica filosófica, um estudo da linguagem interdisciplinar, universal, histórica, filosófica, humanista. É dizer, a tese será confeccionada com base na hermenêutica filosófica, de Hans-Georg Gadamer, para o qual, “quem quiser compreender um texto está disposto a deixar que ele diga alguma coisa”⁶³, pois “ser que pode ser compreendido é linguagem”⁶⁴, inserindo, no campo do paradigma hermenêutico, ao mesmo tempo, a compreensão da linguagem como modo de acesso às coisas e ao mundo, já que são as coisas que se revelam ao ser humano, e não ele quem as indica⁶⁵.

Para tanto, procurarei afastar o véu da filosofia da consciência, para desvelar o sentido

⁶² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução: J. Baptista Machadi. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 170-1.

⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 2, p. 76.

⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 1, p. 612.

⁶⁵ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes, Construir a constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os Mitläufers Jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 81.

da estrutura do texto⁶⁶ do direito de família, para que ele diga alguma coisa ao intérprete, mediante os três modos de ser-no-mundo⁶⁷, um acontecer da (pré)compreensão, dentro de um círculo hermenêutico, de uma tradição histórica, da experiência humana no mundo e dos preconceitos claros e nublados, que estão sempre submersos na linguagem, na qual o ser humano nasce para o mundo, que é um acontecimento, uma experiência, um evento, um momento, um vir-à-fala⁶⁸, uma verdade não-empírica, absoluta ou canônica.

Compreendendo fenomenologicamente o direito de família, a partir da hermenêutica da faticidade heideggeriana, e dos aportes da hermenêutica filosófica gadameriana, procurarei superar a noção objetificante da dogmática jurídica, saltando para um modo de ser-em-família, um encontro prático com o mundo da vida. Volverei o olhar à concretude existencial e histórica, procurando desvelar e materializar, na concretude do acontecer jurídico familiar, a essência, a realidade do modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, compreendendo o direito sob a égide da tradição histórica da família. Assim, dentro do complexo contexto de recuperação da filosofia prática, proporei a fenomenologia como alternativa humanista para a compreensão do direito de família.

No quarto e derradeiro capítulo, listarei alguns efeitos jurídicos decorrentes da linguagem tridimensional do direito de família, como forma de demonstrar que a hermenêutica não é unicamente teórica, mas, sim, um meio de resgatar a razão prática, o elogio à teoria e à práxis social.

Nas conclusões da tese, efetivarei resenha das questões que foram assentadas com maior profundidade no decorrer da pesquisa, com vistas a propor que a família seja compreendida pela totalidade da linguagem genética, afetiva e ontológica, mundos⁶⁹ que os alemães denominam de *Umwelt*, o mundo biológico, dos objetos à nossa volta, dos impulsos, dos instintos, o ambiente; *Mitwelt*, o mundo do afeto, do amor, das relações interpessoais; *Eigenwelt*, o mundo próprio de cada um, do relacionamento consigo mesmo e com o mundo, o mundo dentro do indivíduo⁷⁰.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 1, p. 167-169, 175-1, 2004.

⁶⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 20.

⁶⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 106-107, 111-112.

⁶⁹ MAY, Rollo. *A Descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. Tradução: Cláudio G. Somogyi. 4. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 139-141.

⁷⁰ MAY, Rollo. *A descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. 4. ed. Tradução: Cláudio G. Somogyi. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 23.

A hermenêutica filosófica promove o clareamento das incertezas do mundo da vida⁷¹, principalmente do ser humano e da família, uma vez que o compreender não será mais um conhecer, um comportamento, um agir humano, e sim modos de ser-no-mundo genético, (des)afetivo e ontológico, um diálogo, uma linguagem, uma compreensão. Por isso, “compreender, e, portanto, interpretar (que é explicitar o que se compreendeu) não depende de um método, saltando-se, assim, da epistemologia da interpretação à ontologia da compreensão”⁷².

Concordo com Rollo May, quando assevera que “é um erro crasso a crença ingênua de que os fatos podem ser melhor observados se toda preocupação com assuntos filosóficos for evitada”, porquanto a ontologia serve para afastar o totalitarismo da razão, apontando a fenda entre o que é *abstratamente verdadeiro* e o que é *existencialmente real*. O autor lembra que o esquecimento do mundo afetivo (*Mitwelt*) faz com que o ser humano conviva no mundo instintivo, genético (*Umwelt*), e que o afastamento do mundo ontológico (*Eigenwelt*) “contribui não somente para uma aridez intelectual e perda da vitalidade, como, também, obviamente, tem muito a ver com o fato de que as pessoas modernas sejam propensas à perda do senso de realidade em suas experiências”⁷³.

Com a hermenêutica filosófica, o intérprete nunca pode propagar que compreendeu o texto melhor do que outra pessoa, porque, pela linguagem gadameriana, quando se logra compreender, não se compreende melhor, e sim de modo diferente. Significa dizer que se compreende cada época a partir de seus conceitos prévios, da tradição, da linguagem, porquanto um texto, mesmo sendo antigo, é sempre atual, novo, que se apresenta cada vez diferente em sua concretização. Tudo isso é efetivado pela linguagem (comunicação em geral), que é um médium universal em que se realiza a compreensão e o acesso ao mundo pelo ser humano, na relação entre o universal e o particular, porquanto sem linguagem não há compreensão, existência, nem diálogo. Na visão gadameriana, ser que pode ser compreendido é linguagem, que não só é a casa do ser, mas também a casa do ser humano, na qual ele vive, se instala, se encontra a si e no outro ser humano, sendo o próprio mundo que se apresenta por si mesmo.

Na hermenêutica filosófica não há como fugir das heranças da tradição, dos

⁷¹ STEIN, Ernildo. Nas raízes da controvérsia. In: STRECK, Lenio Luiz. *Apresentação obra verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Juris Lumen, 2006. p. 20.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. Verbete HEIDEGGER, Marin, 1889-1976. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 429.

⁷³ MAY, Rollo. *A Descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. Tradução: Cláudio G. Somogyi. 4. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 142.

preconceitos e da incidência do tempo, o tempo de todos os tempos⁷⁴, que marcam as diferenças entre os modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, em que o direito não é separado da sociedade, da realidade da vida, motivando a compreensão, a existência, pela vinculação social. É por isso que somente é possível falar sobre aquilo que o intérprete consegue compreender, pelo que a tese tem a pretensão de trazer apenas uma mensagem, um anúncio da tridimensionalidade humana, e não de interpretar o texto do direito de família, para que haja uma experiência hermenêutica, a qual, segundo Gadamer, “no es algo que podemos planear y controlar en un laboratorio, sino que nos sucede, nos derrumba y obliga a pensar de otro modo”⁷⁵.

A condição de possibilidade da compreensão dessa família tridimensional é efetivada pela harmonização do ‘sistema de regras’ com os princípios constitucionais, visto que, alerta Streck, a jurisdição constitucional repudia um voluntarismo hermenêutico arbitrário e constitucionalmente ilegítimo, uma vez que há limites no processo interpretativo⁷⁶. A norma principiológica⁷⁷ afasta a ideologia subjetiva, sendo o fundamento, justificação, modo de ser-no-mundo, compreendendo a singularidade, a universalidade, a diversidade humana e *a realidade social* como sujeitos da história e da dimensão prática e social do Direito, isso porque a realidade é o resultado de sua interpretação⁷⁸. Não basta compreender as regras, mas, sobretudo, os princípios, na medida em que “o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo –, o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro”.

Com seu cuidado peculiar com a jurisdição constitucional, o autor conclui que, por essas circunstâncias, não pode haver colisão entre regras e princípios, porque a regra não prevalece em face de um princípio, sob pena de o intérprete incidir em contradição, à medida que toda regra está mergulhada em um princípio, não podendo se sobrepor, em decorrência, à sua própria principiológica, sob pena de haver “um retorno ao positivismo, além de independentizar a regra de qualquer princípio, como se fosse um objeto dado (posto), que é exatamente o primado da concepção positivista do direito, em que não há espaços para os

⁷⁴ HEIDEGGER, Martin. *Heráclito*. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 96-97.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo*. Disponível em: <www.ihj.org.br>. Acesso em: 7 maio 2007, 22:05.

⁷⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 51.

⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 59. (2ª Parte, Mesa redonda – 22/02/2002 – Fazenda Cainã).

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 347-348.

princípios⁷⁹.

1.1 Delimitação do Tema

A tese proporá que o direito de família não poderá ser compreendido pela normatização genética, visto que o ser humano habita, ao mesmo tempo, as dimensões existenciais dos mundos genético, (des)afetivo e ontológico, porque:

- a) é um ser humano genético como todos os seres vivos (um modo de ser-no-mundo-genético);
- b) é um ser humano que convive e compartilha no mundo familiar e social (um modo de ser-no-mundo-afetivo);
- c) é um ser humano que convive e compartilha em seu próprio mundo da vida, um ser-em-si-mesmo, uma condição, uma circunstância, um acontecer, um jeito, uma forma, um estilo, um modo de ser-no-mundo dentro de um mundo humano, e não em um mundo natural em que vivem os demais seres vivos, uma vez que se relaciona no mundo como um ser uno, sem divisões, sem origens (um modo de ser-no-mundo-ontológico).

A tese buscará compreender o texto do direito de família por meio de uma *teoria filosófica no Direito*, à medida que compreende as incertezas e a realidade do mundo da vida pela linguagem, que é condição de ser-no-mundo, da fusão de horizontes, do círculo hermenêutico, da suspensão dos preconceitos autênticos e inautênticos e da tradição histórica.

Por isso, tentarei saltar *da teoria do Direito*, que é um comportamento, *à teoria filosófica*, que é um modo de ser, compreendendo a família como faticidade, existencial, evento, realidade do mundo da vida, um jeito de ser-no-mundo tridimensional, que se planifica na cadência da intersubjetividade e do cumprimento da jurisdição constitucional.

Proporei que, na Era do(s) neoconstitucionalismo(s), o princípio constitucional é condição de possibilidade da compreensão das regras, promovendo o fechamento, e não a abertura, do processo interpretativo.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 266 e 102.

1.2 Formulação do Problema

O direito de família é a área que está umbilicalmente ligada aos modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, exigindo do intérprete uma aplicação do direito pela intersubjetividade, e não exclusivamente no mundo genético, como tem ocorrido na cultura jurídica brasileira. Essa normatização não se coaduna com a existência humana e com o moderno constitucionalismo, em que predomina o princípio, por meio do qual é possível desvelar a regra constitucional, acolhendo o direito de família na realidade social, nos valores transformadores da sociedade brasileira, contempladas em inúmeras manifestações dos modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

1.3 Hipótese

Buscarei comprovar que a cultura jurídica brasileira, ao compreender o texto do direito de família unicamente pelo mundo genético normatizado, está promovendo a objetificação, a coisificação, a monetarização do ser humano, tendo em vista que a família não é um comportamento, e sim um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, cujo pensamento pode ser extraído pela leitura da hermenêutica filosófica.

1.4 Objetivos

Será sustentado que o direito de família não pode ser compreendido tão-só pelo vínculo normativo sangüíneo, mas, sim, pela linguagem da genética, da (des)afetividade e da ontologia, porque:

- a) no Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional) precisa ser quebrado o sistema de regras, harmonizando-o com a principiologia constitucional;
- b) a hermenêutica filosófica compreende a família por meio da linguagem, do círculo hermenêutico, da fusão de horizontes, dos preconceitos puros e impuros e da tradição histórica.

Isso ocorre porque o ser humano está mergulhado nos mundos dos seres vivos (modo de ser-no-mundo-biológico), do relacionamento social e em família (modo de ser-no-mundo-des-afetivo) do relacionamento pessoal, de seu próprio mundo (modo de ser-no-mundo-ontológico).

1.5 Metodologia

1.5.1. Forma de Abordagem da Tese

A tese do enquadramento do direito de família genético, afetivo e ontológico será formatada com base na hermenêutica filosófica, de Hans-Georg Gadamer, acolhida por juristas brasileiros⁸⁰,

como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem como destruição e revolvimento do chão lingüístico da metafísica ocidental, mediante o qual é possível descobrir um indisfarçável projeto de *analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a práxis humana, como existência e faticidade*, onde a linguagem – o sentido, a denotação – não é analisada num sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade. Enquanto baseado no método hermenêutico-lingüístico, o texto procura *não se desligar da existência concreta*, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada.

1.5.2 Método de Procedimento

Como procedimento operacional, será utilizado o método comparativo, uma vez que a pesquisa irá estabelecer comparação entre a hermenêutica normativa, hermenêutica crítica e a hermenêutica filosófica.

⁸⁰ STEIN, Arnildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo Heideggeriano*. Porto Alegre: Movimento, 1983. p. 100-101.

1.5.3 Técnica de Pesquisa

Será utilizada a pesquisa indireta (doutrinária e jurisprudencial).

2 DIREITO DE FAMÍLIA GENÉTICO

Examinarei a origem e a evolução das formas de família e de filiação, com base no mundo genético, que é o mundo em que habitam os humanos e os demais seres vivos, o mundo das coisas, das necessidades biológicas, único mundo aceito pela dogmática jurídica, ao compreender o texto, o ser humano, a família, exclusivamente pela normatização do sangue.

Duas teorias - matriarcal e patriarcal - disputam a origem da família: a primeira, de que ela é originária de um estágio inicial de promiscuidade sexual, em que mulheres e homens pertenciam uns aos outros; a segunda, de que não havia essa promiscuidade, porque o pai sempre foi o centro organizacional da família, tendo ela origem cultural.

Com relação às formas de família e de filiação no direito brasileiro, verificarei, se da compreensão histórica da tradição, há indicativo de uma (r)evolução, pois, da total discriminação, subjugação e violência, a Constituição do País de 1988 encaminhou a família na trilha da igualdade, da liberdade, da democracia⁸¹, da laicização, da cidadania, da dignidade e da condição humana tridimensional.

O presente familiar continua influenciado pelo seu passado, ainda compreendido pelo legislador e pela comunidade jurídica com um conceito prévio normatizado pelo sangue, por não acolher o integral modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. Nesse sentido, Gadamer⁸² afirma que o imenso horizonte do passado exerce sua influência em tudo que o ser humano quer ou teme no futuro, e a história é o primado do porvir que possibilita a recordação e a preservação, motivo pelo qual recomenda a reinvenção da história a partir de cada presente e com visão ao futuro.

Acerca dos três mundos do ser humano, Rollo May⁸³ certifica que eles estão sempre inter-relacionados, condicionando-se uns aos outros, que ele vive simultaneamente nos mundos *Umwelt* (genético), *Mitwelt* (afetivo) e *Eigenwelt* (ontológico), e, embora diferentes, são um único modo de ser-no-mundo humano.

⁸¹ SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a praça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 28. O autor lembra que “muita gente parece pensar que a democracia significa a igualização no plano privado, quando no público é que a igualdade democrática se situa basicamente (alguns chegam a crer que a igualdade ‘democrática’ significa todo mundo de calças jeans e sandálias de borracha, e, de preferência, os homens com barba para ninguém parecer diferente”).

⁸² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 260-261 e 384.

⁸³ MAY, Rollo. *A Descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. Tradução: Cláudio G. Somogyi. 4. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 139-141.

O mundo genético (*Umwelt*), segundo o autor,

é o mundo dos objetos a nossa volta, o mundo natural. Todos os organismos possuem um *Umwelt*. Para os animais e seres humanos, o *Umwelt*, abrange necessidades biológicas, impulsos, instintos – o mundo em que o indivíduo existiria ainda que, hipoteticamente, não tivesse autoconsciência. É o mundo das leis e ciclos naturais, do dormir e acordar, do nascer e o morrer, do desejo e do alívio, o mundo da limitação e do determinismo biológico, o ‘mundo imposto’ no qual cada um de nós foi lançado por meio do nascimento e deve, de alguma forma, ajustar-se.

Portanto, no vestibular da pesquisa, examinarei o mundo genético, em que se encontram todos os seres vivos em geral, inclusive o humano, que, por meio da biologia, normatizou a história da vida humana, desprezando os mundos (des)afetivo e ontológico.

2.1 A Origem da Família

Em todo o mundo é possível verificar fatos denunciando desigualdades, discriminações, violências entre os seres humanos. Isso ocorre devido a inúmeros fatores como dinheiro, poder, produção, educação, força física, afetividade, desafetividade, o que refletiu nas suas relações familiares, sociais e econômicas, modelando as sociedades passadas, presentes e influenciando as futuras. Não se tem dúvida alguma de que a maior discriminação ocorre(u) contra as mulheres e os filhos, os quais, em pleno século XXI, na Era da igualdade entre todos os integrantes familiares, continuam sendo vítima de violência física, moral e psicológica.

Tem-se dito que os pesquisadores dificilmente conseguirão identificar o estado gestacional do fenômeno familiar⁸⁴, na medida em que as idéias defendidas não passam de meras especulações⁸⁵, assentando-se em deduções imprecisas, formuladas por seus adeptos de conformidade com as suas ideologias naturalistas, evolucionistas ou sociológicas⁸⁶. Duas teorias são invocadas: a primeira, a matriarcal, em que a família é originária de um estágio inicial de promiscuidade sexual, em que mulheres e homens pertenciam uns aos outros; a segunda, a patriarcal, em que é negada a forma de ser da sexualidade, sob o argumento de que

⁸⁴ TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad*. Madrid, Espanha: Centro Editorial de Góngora, 1925.

⁸⁵ ÁVILA, Fernando Bastos de. *Introdução à sociologia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1996. p. 221.

⁸⁶ REBÊLO, Gabriel Antônio. *A Família brasileira e o reconhecimento do filho adúltero*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1943. p. 5.

o pai sempre foi o centro organizacional, tendo ela origem cultural.

A origem da família foi compendiada por Frederick Engels⁸⁷, com base em Johann Jacob Bachofen, primeiro autor a realizar essa pesquisa⁸⁸, noticiando que, sob o ângulo matriarcal, as pessoas se organizaram a partir do estado selvagem, transitando pela barbárie até a civilização. Engels diz que Morgan chegou à conclusão de que existiu uma época primitiva em que imperava, no seio da tribo, o comércio sexual promíscuo, em que cada mulher pertencia a todos os homens. Depois, passou-se a se formar a união por grupos, até chegar à exclusão dos pais e filhos do congresso sexual recíproco e, em momento ulterior, da relação sexual entre irmãos⁸⁹.

Para Engels⁹⁰, nem sempre a mulher foi discriminada, visto que, no estado selvagem (caracterizado pelo matrimônio por grupos, denominado promiscuidade) e, depois, no estágio da barbárie (quando as relações sexuais começam a se restringir), a família teria sido comandada pela mulher, a mãe, a matriarca, razão pela qual a mulher gozava de privilégios no lar e sobre os homens. A promiscuidade nas relações familiares teria acarretado a supremacia da mulher sobre o homem, já que o filho tinha mãe certa e pai incerto. Por isso, a descendência apenas se contava por parte desta⁹¹, consagrando-se o chamado *lar comunista*, que significa predomínio da mulher na casa, na impossibilidade de conhecer com certeza o verdadeiro pai⁹².

A substituição da família matriarcal pela patriarcal deu-se, conforme relata Engels, com o fortalecimento da família sindiásmica, que passou a exigir a estrita monogamia para as relações conjugais, permitindo que, ao lado da verdadeira mãe figurasse o verdadeiro pai. A partir daí, o homem não parou de impor suas vontades, uma vez que, ao organizar a família monogâmica, passou a deter os instrumentos de trabalho necessários para garantir a alimentação da família, assumindo papel mais importante que o da mulher, encarregada, desde então, dos cuidados com a casa e com os filhos.

O autor complementa seu pensamento, afirmando que, consequência da estrita monogamia feminina e da divisão do trabalho - que fez com que o homem passasse a

⁸⁷ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução: Leandro Konder. 14. ed. Rio de Janeiro: BCD União de Editoras, 1997.

⁸⁸ ÁVILA, Fernando Bastos de. *Introdução à sociologia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1996. p. 222.

⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 1, p. 28.

⁹⁰ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 16. ed. Tradução: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 56.

⁹¹ SOUZA, Aida Maria Loreda Moreira de. *Aspectos polêmicos da união estável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 12.

⁹² ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 16. ed. Tradução: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 50.

concentrar em suas mãos as riquezas advindas de seu trabalho, ocorrendo a primeira divisão de classes sociais e a desigualdade entre os cônjuges - foi a abolição do direito hereditário feminino, uma vez que “os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai”⁹³. Passou a ser dever de a mulher conservar a estrita monogamia (ter apenas o marido como homem), para que fosse reconhecida a paternidade incontestável e, via de consequência, ocorresse uma sucessão legítima⁹⁴.

É repudiada a possibilidade de ter existido um *lar comunista*, governado pelas mulheres, defendendo-se a teoria patriarcalista da origem da família. O patriarcalismo, caracterizado pela monogamia e pelo (pre)domínio do homem sobre a mulher, foi ressaltado nas legislações antigas - Legislação Mosaica, Código de Hamurábi e Código de Manu -, que sustentavam a autoridade do marido perante a mulher, do pai perante os filhos e do senhor perante seus servos. Todas as legislações antigas tinham cunho religioso, cujas relações familiares (suas principais características) derivaram da religião. Fustel de Coulanges deixou bem claro que a superioridade do marido sobre a mulher, do pai sobre os filhos e do senhor sobre seus servos, “derivou da religião e por esta foi estabelecida: não foi, pois, o principal elemento constitutivo da família”, impondo o modelo patriarcal e monogâmico de família, para que o culto aos antepassados não fosse perturbado pelo adultério e pela consequente contestação da paternidade, isso porque “a primeira regra do culto está em o lar se transmitir de pai a filho”⁹⁵.

Neste sentido, Sigmund Freud, fundador da Psicanálise, já havia refutado a presumida promiscuidade originária, afirmando que a família, desde seus primórdios, foi norteadada por *totens*⁹⁶ e *tabus*⁹⁷, que, ao proibirem relações sexuais incestuosas, estabeleceram a primeira lei da Psicanálise, que é uma lei de Direito de Família, denominada Lei do Incesto, Complexo de Édipo ou Lei do Pai⁹⁸.

Dessa forma, a teoria matriarcal - fundada na origem promíscua da família - foi

⁹³ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 16. ed. Tradução: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 50, 58-59 e 66.

⁹⁴OSÓRIO, Luiz Carlos Osório. *Família hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. p. 27.

⁹⁵COULANGES, Fustel de. *A Cidade antiga*. 4. ed. Tradução: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 36 e 98.

⁹⁶Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, *totem* pode ser um animal, um vegetal, um fenômeno natural, um objeto, representando um objeto de tabus, de proteção e deveres, ou “[...] o antepassado comum do clã, ao mesmo tempo que é o espírito guardião e auxiliar. Cada clã possui seu *totem*.”

⁹⁷“De origem polinésia, designa a *crença religiosa*, ou propriamente a *superstição* que, atribuindo a certos objetos, ou lugares, o caráter de sagrados, impede que sejam por qualquer forma tocados” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 792).

⁹⁸PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 26.

combatida pela teoria patriarcal, que nega a promiscuidade⁹⁹, aduzindo que a família surgiu como um fato natural, com preponderância dos laços biológicos, em que predominou o direito do homem. Parte da doutrina¹⁰⁰ tem dito que a admissão da promiscuidade não é compatível com a conduta exclusivista do homem e de muitos irracionais, contraditória com o desenvolvimento da espécie, sendo mais razoável aceitar-se a família monogâmica, até porque, pelos dados históricos, a família ocidental viveu longo lapso temporal sob a forma patriarcal.

Para a psicanálise¹⁰¹, a família não é um grupo natural, mas cultural, não se constituindo por um homem, mulher e filhos, mas, sim, por uma edificação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar/função de pai, de mãe, de filho, sem que haja necessidade de vínculo biológico. Por isso, diz-se não se pode presumir a promiscuidade, nem mesmo nos alegados casos de casamento grupal, visto que, desde a origem da família, existem interdições e leis.

A sociologia¹⁰² comunga em ambos os pensamentos, relatando que “a família humana é, ao mesmo tempo, um grupo natural e cultural, ao passo que as ‘famílias’ dos animais não-humanos são puramente naturais”.

2.2 A Histórica Discriminação Humana

A origem da vida, contada pela religião cristã (Legislação Mosaica), vem carregada de preconceitos (conceitos prévios, no sentido gadameriano), privilegiando o homem em detrimento da mulher e dos filhos. Um exemplo é o Antigo Testamento¹⁰³, ao narrar que Deus, em primeiro lugar, criou o homem do pó da terra e, achando-o sozinho, tomou uma de suas costelas para criar a mulher, para que ela fosse companheira, mas sempre dependente do homem, significando que, desde que há mundo humano, a mulher sempre foi (re)legada à submissão do homem, neste mundo (terreno) e no outro (divino).

Além disso, de acordo com o relato bíblico, a mulher foi considerada a grande culpada

⁹⁹ Sobre a origem da família, ver Georges Duby e Michelle Perrot (História das Mulheres) e de Georges Duby e Philippe Ariès (História da Vida Privada), Editora Apontamento.

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 5, p. 19.

¹⁰¹ LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Tradução: Marco Antonio Coutinho e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 14.

¹⁰² BRANDÃO, Adelino. *Iniciação à sociologia do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 72.

¹⁰³ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. Gênesis: 2:7, 18, 21, 22. p. 10.

pela queda do homem, de sua expulsão do paraíso, pois Adão “atendeu à voz de sua mulher”, comendo o fruto (maçã) da árvore proibida. É dizer, como a mulher estava subordinada ao homem, ele não deveria tê-la ouvido, e, como renunciou à sua autoridade sobre a mulher, ambos mereceram a pena de deserção do paraíso.

O culto aos antepassados foi levado a sério nas famílias antigas em que foi permitido o chamado *levirato*¹⁰⁴, que ocorria nas hipóteses em que o homem casado morresse sem filhos, sendo dever de sua esposa (viúva) deitar-se com o cunhado, irmão do falecido, para que, por meio do filho oriundo desta relação, fosse edificado o nome do falecido.

Em todas as legislações antigas, inclusive constando dos dez mandamentos¹⁰⁵, está descrita a proibição do *não adulterarás*. O adultério (*feminino*) foi combatido, sendo punido com a pena de morte, já que só ao filho legítimo caberia perpetuar o culto doméstico, devendo o homem repelir o filho adúltero recém-nascido e, na posição de dono de sua mulher, condená-la à morte¹⁰⁶.

A Lei de Moisés (Legislação Mosaica), por exemplo, parte principal do Antigo Testamento¹⁰⁷, estabelecia a monogamia feminina, já que o homem poderia ter mais de uma mulher¹⁰⁸, ao passo que, caso a mulher fosse flagrada em adultério, a pena prevista era de morte¹⁰⁹. O divórcio, que representava verdadeiro repúdio do marido, era privilégio do homem, e a mulher repudiada que se unisse a outro ficava *contaminada*¹¹⁰, não podendo o primeiro marido se unir a ela novamente no caso de se tornar viúva.

A Legislação Mosaica trazia uma visão muito depreciativa da mulher, considerando-a, desde a queda do paraíso, uma pecadora, imunda, contaminada, merecedora de punições extremas, como a pena de morte caso não fosse virgem quando de seu casamento¹¹¹ ou quando

¹⁰⁴ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. *Gênesis*: 38:8 “Então disse Judá a Onã: Possui a mulher de teu irmão, cumpre o levirato e suscita descendência a teu irmão”. e Deuteronomio: 25:5 e 6.

¹⁰⁵ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. *Êxodo*: 20: 14.

¹⁰⁶ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 4. ed. Tradução: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 98-99.

¹⁰⁷ A parte principal do Antigo Testamento, decorrente das leis de Moisés, é o *Pentateuco*, dividindo em cinco livros: Gênesis, Êxodo, Números, Levítico e Deuteronomio.

¹⁰⁸ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. Deuteronomio: 21:15. “Se um homem tiver duas mulheres, uma a quem ama e outra a que aborrece...”.

¹⁰⁹ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. Deuteronomio: 22:22. “Se um homem for achado deitado com uma mulher que tem marido, então ambos morrerão...”.

¹¹⁰ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. Deuteronomio: 24: 1, 2 e 4.

¹¹¹ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. Deuteronomio: 22:20 e 21.

flagrada em adultério. A mulher era vista como *imunda* durante o período menstrual e após o parto, e caso desse à luz a um menino, só no oitavo dia deixava de ser suja, devendo ficar mais trinta e três dias a purificar-se de seu sangue, não devendo tocar em nada que fosse considerado sagrado. Caso a mulher tivesse uma menina, o prazo, para deixar de ser considerada impura, era dobrado, passando para duas semanas, e, para sua purificação, para sessenta e seis dias¹¹².

Quanto ao relacionamento paterno-filial, a Legislação Mosaica determinava que os filhos honrassem pai e mãe (dever constante nos dez mandamentos), sendo a desobediência apenada, pelos homens da cidade, com apedrejamento, até a morte do filho¹¹³.

Havia distinção entre os filhos, à medida que ao primogênito, oriundo do casamento, cabiam todos os direitos sucessórios¹¹⁴ em detrimento dos demais. Entretanto, na ausência de filho homem, a herança era dividida entre as filhas mulheres¹¹⁵, contanto que estas casassem com os filhos de seus tios paternos (seus primos), permanecendo a herança na tribo da família de seu pai¹¹⁶.

O que mais se ouve falar, na Lei de Moisés, é “multiplicar a descendência”, não se falando em afetividade, muito menos em ontologia na família. O maior castigo de uma mulher recém-casada era não poder conceber um filho, pois julgada infértil, tendo nascido daí o costume de a mulher ter o dever de entregar sua serva a seu marido para que, por meio de dela, pudesse dar um filho a seu marido, como se de seu ventre tivesse saído. Era uma forma de penalizar a mulher que não pudesse ter filhos. Exemplos desse costume são os de Sara e Abraão, Raquel e Jacó¹¹⁷, mas, quando Sara conseguiu engravidar e dar à luz um filho, rejeitou o filho do marido com a serva.

Também é possível encontrar na legislação de Moisés os chamados casamentos ilícitos, denominados atualmente impedimentos matrimoniais, delimitando o relacionamento sexual e o casamento com a finalidade de evitar o incesto entre pais e filhos, padrasto/madrasta e enteadas(os), irmãos, mesmo que unilaterais, avô/avó e netas(os), sogro e

¹¹² BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. *Levítico*: 12: 2 a 5.

¹¹³ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. *Deuteronômio*: 21:18 e 21.

¹¹⁴ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. *Gênesis*: 25: 5 e 6.

¹¹⁵ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. *Números*: 27:4 a 9.

¹¹⁶ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. *Números*: 6 a 8, 11 e 12.

¹¹⁷ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. *Gênesis*: 30:3, 22, 23, 24, 16:2 e 15; 21: 3, 9 e 10.

nora, genro e sogra, sobrinho(a) com tia(o) e entre cunhados¹¹⁸.

A homoafetividade está relacionada, desde a Legislação Mosaica, como união familiar abominável¹¹⁹, não podendo um homem se deitar com outro homem, como se fosse sua mulher, sob a pena de morte. É dizer, a condenação e a marginalização dos homossexuais têm origem religiosa, um modo-no-mundo-afetivo que ainda não laicizado, embora o País, há mais de um século, e o mundo ocidental, há mais de 500 anos, tenham-se afastado do direito canônico (secularização - separação entre Estado e Igreja). Isso significa que desde os tempos primitivos da humanidade já existia o relacionamento homoafetivo e o preconceito religioso, tradição familiar que se mantém até os nossos dias.

Outra legislação antiga sobre religião é o Código de Hamurábi, constituído de 282 artigos, 64 deles destinados a regular as relações familiares, originadas na religião e caracterizadas pelo patriarcalismo, na autoridade do homem como chefe de família. Aqui, a mulher adúltera poderia ser repudiada pelo marido e, caso o marido traído ou o rei não lhe concedesse perdão, era amarrada e jogada ao rio juntamente com seu amante.

Assim como na Lei de Moisés, o Código de Hamurábi também permitia que, no caso da esterilidade da mulher, o homem poderia tomar uma escrava para formar a sua descendência, repudiando a mulher por meio do divórcio, mas, diferentemente da Legislação Mosaica, também previa, para estes casos, a adoção por meio de contrato e a aquisição de uma esposa secundária¹²⁰.

Em meio a tanta discriminação contra a mulher e os filhos, a adoção gozava de certo *status*¹²¹, uma vez que o adotado deveria fruir dos mesmos privilégios que os outros filhos, sob pena de o filho adotivo retornar à sua família biológica. Em contrapartida, os filhos deviam estrita obediência ao seu pai, pois o Código de Hamurábi previa penas cruéis para o filho desobediente, que negasse ou agredisse o pai, por exemplo: “Quando um filho disser a seu pai: Vós não sois meu pai, deverá ser marcado a ferro em brasa com o sinal dos escravos, acorrentado e vendido”.

O Código de Manu, embora não tenha tido o mesmo alcance e influência das Leis de Moisés e de Hamurábi, também coisificava a mulher, considerada incapaz durante toda sua vida, porquanto até o casamento ficava sob a guarda do pai. Depois de casada, sua guarda

¹¹⁸ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. *Levítico*: Dos casamentos ilícitos: 18: 6 até 18.

¹¹⁹ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. *Levítico*: Uniões abomináveis: 18:22.

¹²⁰ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 303.

¹²¹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 22.

passava ao marido e, na velhice, ficava sob a assistência dos filhos, não alcançando jamais a capacidade e nem o direito de fazer prevalecer sua vontade¹²².

O adultério era punido severamente no Código de Manu, já que o homem deveria ter descendência (*masculina*) para manter a tradição da cerimônia fúnebre após sua morte e dar continuidade à família. Em razão disso, a mulher que não pudesse ter filhos deveria ser substituída¹²³, ao passo que se o homem fosse estéril, sua genitura poderia ser alcançada por meio de um irmão ou parente, desde que autorizasse sua esposa a se unir com um destes para conceber o filho, que tanto desejava¹²⁴.

A mulher grávida sempre desejava um filho menino, pois, caso assim não fosse, a filha ficava encarregada de entregar o filho macho que tivesse ao seu pai, para que o pai o criasse, cumprindo o neto em sua honra a cerimônia fúnebre¹²⁵, significando que os filhos eram discriminados pela sexualidade. Além disso, o filho fora do casamento não adquiria direito algum, tocando o direito sucessório apenas ao filho mais velho e oriundo do casamento, porque somente ele representava garantia de continuidade da família e do culto religioso¹²⁶.

A Grécia Antiga, caracterizada pela forma democrática de estabelecer leis, também punia o adultério feminino, enquanto a concubinação do marido era tolerada¹²⁷. O casamento era monogâmico e a mulher, tal qual o Código de Manu, era considerada incapaz, portanto, passava da autoridade do pai à do marido e deste à dos filhos e, ficando viúva, à de um tutor. Na ausência de filhos genéticos, a adoção era permitida, e, com relação ao direito sucessório, as filhas só herdavam no caso de não existir filhos homens.

Quanto ao direito paterno-filial, os filhos deviam obediência ao pai. A criança doente ou imperfeita podia não ser aceita pelo pai, que exercia seu poder de vida e de morte sobre o filho, a mulher e os escravos. Na cidade de Esparta, os meninos, aos sete anos de idade, eram entregues aos cuidados do Estado, que ficava responsável por sua guarda até completar

¹²² Artigo 415 do Código de Hamurábi: “Uma mulher está sob a guarda de seu pai durante a infância, sob a guarda de seu marido durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela não deve jamais conduzir-se à sua vontade”.

¹²³ Artigo 493 do Código de Manu: “Uma mulher estéril deve ser substituída no oitavo ano; aquela cujos filhos têm morrido, no décimo; aquela que só põe no mundo filhas, no undécimo; e aquela que fala com azedume, imediatamente”.

¹²⁴ Artigo 471 do Código de Manu: “Quando não se tem filhos, a progenitura que se deseja pode ser obtida pela união da esposa, convenientemente autorizada, com um irmão ou outro parente”.

¹²⁵ Artigo 538 do Código de Manu: “Aquele que não tem filho macho pode encarregar a sua filha da maneira seguinte, de lhe criar um filho, dizendo: que o filho macho que ela puser no mundo se torne meu e cumpra em minha honra a cerimônia fúnebre”.

¹²⁶ Artigo 517 do Código de Manu: “Mas o mais velho, quando ele é eminentemente virtuoso, pode tomar posse do patrimônio em totalidade e os outros irmãos devem viver sob sua tutela, como viviam sob a do pai”.

¹²⁷ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. São Paulo: Leud, 1975. p. 40, lembra que, para os gregos “a concubinação não acarretava qualquer desconsideração, e era, em certa medida, reconhecida pelas leis”.

dezoito anos, ensinando-lhe a rígida disciplina militar, a fim de torná-lo um soldado¹²⁸.

O direito romano, herdado pelos países do Ocidente, teve sua origem histórica na Lei das Doze Tábuas, aprimorada até ser incorporada pelo *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano. A Lei das Doze Tábuas¹²⁹ surgiu do conflito entre plebeus e patrícios¹³⁰, modelo encontrado pelos patrícios para pacificar os plebeus que, por sua vez, se sentiam ameaçados e injustiçados por desconhecerem o direito a que estavam submetidos, já que o direito romano, de cunho sagrado, baseava-se nos costumes e era de conhecimento exclusivo dos *pontífices* (sacerdotes patrícios), que o aplicavam.

Na primeira codificação do direito romano primitivo era proibido o casamento entre patrícios e plebeus. A celebração do casamento *sine manu* (sem transferência de família) não exigia maiores formalidades, e a *affectio maritalis*, isto é, “a intenção de vida em comum, com caráter estável, não alterava a situação dos cônjuges, continuando o marido e a mulher a pertencerem às suas famílias de origem”¹³¹. O casamento *cum manu* (com transferência de família), acessível somente aos patrícios, exigia solenidade religiosa, em que os noivos, na presença de testemunhas e do Pontífice, se alimentavam de um bolo, no qual havia uma oferenda a Júpiter.

A organização da família romana era determinada pelo ascendente comum mais velho, chamado *paterfamilias*, que exercia sua autoridade não somente sobre esposa, filhos e escravos, como também sobre as filhas casadas *cum manu* com seus descendentes¹³². Qualquer que fosse a situação, a mulher estava sempre sujeita à autoridade de um homem, fosse seu pai, irmão, marido, sogro, filho ou tutor.

O homem era o chefe político, jurídico e religioso da família, enquanto a mulher era considerada incapaz (*alieni iuris*), e, quando adquirida pelo marido, como se fosse um objeto à venda, caía em seu poder. A transferência do poder familiar do pai ao marido era denominada *coemptio*, que constituía uma espécie de compra fictícia da mulher. Em decorrência das desigualdades entre homem e mulher, somente ao homem era dado o direito de repudiar sua mulher, desde que apresentasse as razões do repúdio.

¹²⁸ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 23-24.

¹²⁹ CRETELLA Júnior. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro, no novo Código Civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 32-33. Inicialmente foram redigidas X tábuas, correspondendo ao número de 10 membros que constituíram a comissão encarregada de redigir uma lei escrita para o povo romano. No ano seguinte, mais duas tábuas são acrescentadas às primeiras, dando um total de XII tábuas”.

¹³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 54.

¹³¹ MENDES, Sérgio de Sá. *Direito romano resumido*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 81.

¹³² NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 25.

Um pouco mais flexível, a Lei das Doze Tábuas transformava o *usus*, que tem características de uma união estável, em casamento quando a mulher residia durante um ano na casa de um homem, como se fosse sua esposa, e desde que não tivesse se ausentado da casa durante três noites.

Em relação aos filhos, era permitido ao pai matar aquele que nascesse com defeito físico, desde que contasse com a concordância de cinco vizinhos. O pai também podia vender o filho, mas, na terceira venda, perdia o pátrio poder (poder/dever familiar). Os filhos nascidos de relação concubinária passavam à condição de legitimados com o casamento posterior dos pais¹³³.

Foi na Lei das Doze Tábuas que surgiu a paternidade presumida, nos casos em que o filho nasce após a morte do pai, pelo que era considerado legítimo se nascesse dez meses após o falecimento de seu pai, caracterizando-se o que o Código Civil denomina de causas suspensivas do casamento e da união estável.

A adoção, além de ser utilizada para dar filhos a quem não os tivesse, era uma forma de os plebeus adquirirem a cidadania romana, sendo duas as modalidades de adoção¹³⁴: primeira, a mais antiga, denominada *ad rogatio*, em que o *paterfamilias*, que tivesse sua capacidade diminuída, tornando-se incapaz, levava consigo toda sua família e seu patrimônio e ingressava na família do adotando, submetendo-se ao seu pátrio-poder; segunda, a adoção conhecida como *datio in adoptionem*, em que o *paterfamilias* adotava um filho que, abandonando sua família de origem, passava a ser membro da família do adotante.

Com relação à sucessão hereditária também havia discriminação entre filhos e filhas, só herdando os filhos homens. Entretanto, a legislação romana primitiva implicou mudanças significativas para o direito das sucessões, como o instituto do testamento e a divisão entre os filhos varões dos bens deixados pelo *de cuius*. Com isso, diferentemente da Lei de Moisés e dos Códigos de Hamurábi e Manu, o primogênito não herdava a totalidade dos bens de seu pai, pelo que, com a morte do pai, as dívidas ativas e passivas eram divididas entre os herdeiros varões, conforme o quinhão de cada um.

Na ausência de testamento e de herdeiro necessário (filho varão), a filha mulher não herdava, e a herança era transmitida ao agnado (parente consangüíneo por linha masculina) mais próximo, ou, na falta deste, aos gentis. No caso de morte do *paterfamilias*, sem deixar testamento, ficando um herdeiro seu impúbere, o poder familiar não passava para a mãe, mas

¹³³ MENDES, Sérgio de Sá. *Direito romano resumido*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 82.

¹³⁴ LOTUFO, Maria Alice Zaratín. Direito de família. In.: CAMBLER, Everaldo (Coord.). *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 216, v. 5.

para o parente mais próximo na linha masculina (agnado), devendo este ser o tutor do menor impúbere e também dos portadores de deficiência mental e pródigos.

A histórica discriminação, especialmente contra mulheres e filhos, foi atenuada com o fortalecimento do cristianismo na Idade Média¹³⁵. A religião antiga foi substituída¹³⁶ pela religião cristã da Igreja Católica e, em decorrência dessa mudança, o mundo Ocidental iniciou a caminhada em busca de relacionamentos familiares mais humanos e iguais. Contudo, a Igreja Católica, para justificar seu poder, assumiu a posição de intérprete de *Deus* na terra, passando a ditar a Lei Canônica quanto à constituição e consagração da família medieval¹³⁷. Além de deter em suas mãos o poder celeste, com a invasão germânica e a conseqüente queda do Império Romano, a Igreja ocidental herdou as tradições e legislações romanas – a Lei das XII Tábuas e o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Como a Igreja negava o direito secular, passou a defender sua autonomia em relação ao poder estatal¹³⁸, produzindo, então, o *Corpus Iuris Canonici*, passando o direito da Igreja Católica a cristianizar o direito romano¹³⁹.

A Igreja Católica passou a ditar as regras da família medieval que, constituída com a celebração de uma cerimônia religiosa, se caracterizava pelo modelo patriarcal, monogâmico e indissolúvel, exigindo fidelidade e castidade do casal e a obediência dos filhos. O controle do casamento era forma utilizada pela Igreja para refrear os instintos sexuais dos seres humanos, bem como evitar relações incestuosas, como refere Georges Duby¹⁴⁰, nos termos:

Cuidar para que ninguém ‘ousasse macular-se ou macular a outrem por meio de núpcias incestuosas’ implicava em que todas as ‘nuptiae’ (núpcias), ‘as dos não-nobres assim como as dos nobres’, fossem públicas; que elas não fossem nem ‘inexordinatae’ e nem ‘inexaminatae’ e, conseqüentemente, que um inquérito sobre o grau de parentesco dos esposos as precedesse. Publicidade, inquérito – junto aos ‘parentes’, aos ‘vizinhos’, aos ‘veteres populi’ (pessoas mais velhas) – mas, em primeiro lugar, junto ao padre, junto ao bispo, chamados assim, daí por diante, legalmente, a participar das cerimônias nupciais. Não apenas para benzer, para exorcizar, não apenas para moralizar, mas para controlar e para autorizar. Para julgar. Portanto, para dirigir.

¹³⁵ KOSHIBA, Luiz. *História: origens, estruturas e processos*. São Paulo: Atual, 2000. p. 126.

¹³⁶ KOSHIBA, Luiz. *História: origens, estruturas e processos*. São Paulo: Atual, 2000. p. 126.

¹³⁷ DUBY, Georges. *Idade média, idade dos homens: do amor e outros ensaios*. Tradução: Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 14.

¹³⁸ “O Papa Gelásio I (492-496) foi o primeiro a enunciar com clareza o princípio da separação entre o poder *temporal* (dos reis) e *espiritual* (da Igreja, representado pelo papa), declarando a superioridade deste último” (KOSHIBA, Luiz. *História: origens, estruturas e processos*. São Paulo: Atual, 2000. p. 126).

¹³⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 315.

¹⁴⁰ DUBY, Georges. *Idade média, idade dos homens: do amor e outros ensaios*. Tradução: por Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 20.

Cristianizado o matrimônio, tanto o homem quanto a mulher foram reprimidos sexualmente, não podendo o homem excitar sua mulher e nem esta sentir prazer, devendo ser fria no débito (dívida) conjugal. O repúdio masculino foi abolido e o divórcio, que era permitido pelos romanos¹⁴¹, foi condenado por Leão XII em nome da unidade e da indissolubilidade do matrimônio, concebendo apenas a separação de corpos em casos excepcionais.

Pelo relato formatado, vê-se que, após milênios, ainda permanecem muitos dos preconceitos impuros contra a mulher e os filhos.

2.3 A Evolução das Formas de Família e de Filiação no Brasil

Desde o descobrimento do Brasil, historia Gilberto Freyre¹⁴², a discriminação dos membros da família, principalmente mulher e filhos, era fato corriqueiro na Casa-Grande e na Senzala. A mulher branca, por exemplo, estava destinada ao casamento, a mulata, ao sexo e a negra, para o trabalho, o que bem demonstra o preconceito impuro do homem. Além disso, as moças eram criadas em ambiente rigorosamente patriarcal, vivendo “sob a mais dura tirania dos pais - depois substituída pela tirania dos maridos”. Momento seguinte, o autor relata que os homens não gostavam de casamentos longos, mas de se amasiar, se concubinar, o que era facilitado pelas leis portuguesas, que proibiam o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.

O historiador cita mais um caso de discriminação contra a mulher: as virgens tinham que casar, no máximo, aos doze ou treze anos, pois acreditavam:

- a) que, depois de certa idade, “as mulheres pareciam não oferecer o mesmo sabor de virgens ou donzelas que aos doze ou aos treze anos”;
- b) na época, a idéia era de que “a virgindade só tem gosto quando colhida verde”, mesmo que transformando a criança em mãe, porquanto, “na idade de brincar com boneca, já estava lidando com filho”.

¹⁴¹ Diz, Fustel de Coulanges, que, “tendo sido o casamento contratado apenas para perpetuar a família, parece justo que pudesse anular-se no caso de esterilidade da mulher. O divórcio, para este caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo possível tenha sido até obrigação”. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 47.

¹⁴² FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 49. ed. São Paulo: Global, 2004. p. 72, 390, 429 e 510.

No Brasil, os portugueses, no início do século XVI, se depararam com indígenas seminus, de costumes muito diferentes da moral cristã dos europeus, na formação da família, o que contrariava os princípios da Igreja Católica quanto aos impedimentos matrimoniais por consangüinidade, a exigência da monogamia e a indissolubilidade do casamento. Entre os indígenas era permitida a união entre tio materno e sobrinha, já que a linhagem por parte de mãe não era vista como parente, enquanto o parentesco paterno era o único verdadeiro. Os indígenas adotavam o casamento exogâmico e tinham tantas mulheres quantas pudessem manter, e o fim do casamento era visto com normalidade, pois tanto o homem quanto a mulher tinham liberdade para buscarem outros pares¹⁴³.

No período colonial, só os homens migravam para a colônia brasileira, seja por questões de política – aumentar a população para desbravar toda a extensão territorial brasileira –, seja por preferência sexual – as mulheres indígenas eram consideradas mais ardentes na cama –, seja por não haver opção para satisfazer suas necessidades sexuais – a escassez de mulher branca. Com esse modo de ser, o homem europeu deu início à vida brasileira num ambiente de *quase intoxicação sexual*¹⁴⁴.

Como conseqüência da multiplicidade de relacionamentos sexuais do homem branco com as índias, escravas e mestiças, resultou o nascimento de filhos e a impossibilidade de descobrir o verdadeiro pai. A discriminação dos filhos no Brasil tem início com a chegada do europeu, uma vez que, para os indígenas, a mulher “não tinha participação efetiva na formação do filho, sendo apenas um recipiente adequado onde o homem depositava a semente para a germinação, desenvolvimento e geração do fruto”¹⁴⁵, pelo que os filhos nascidos de mãe índia com pai desconhecido eram chamados de *filhos de ninguém, ninguentades*. Assim, os filhos nascidos das relações sexuais entre brancos e índias, africanas e mestiças não eram reconhecidos pelo pai branco, elevando-se o número de filhos (ilegítimos, os nascidos de relações sexuais fora da constância do casamento)¹⁴⁶.

Era costume dos indígenas o *cunhadismo* - casamento de uma moça índia com um homem branco -, que tornava o homem branco parente de todos os membros da tribo, pois era uma honra para os índios ter como parente um branco, considerado raça superior¹⁴⁷. Embora

¹⁴³ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 49. ed. São Paulo: Global, 2004.

¹⁴⁴ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 49. ed. São Paulo: Global, 2004. p. 161.

¹⁴⁵ BRUM, Argemiro J. *O Desenvolvimento econômico brasileiro*. 20. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 1999. p. 144.

¹⁴⁶ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 49. ed. São Paulo: Global, 2004. p. 162.

¹⁴⁷ BRUM, Argemiro J. *O Desenvolvimento econômico brasileiro*. 20. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1999. p. 143.

não visse com bons olhos a união entre cristãos (europeus) e não-cristãos (índias, escravas e mestiças), os padres abençoavam o casamento (monogâmico) entre homens e mulheres de religiões distintas, na tentativa de frear as relações sexuais desenfreadas, tornando mais fácil converter as mulheres gentias para os princípios do catolicismo, o que realmente aconteceu.

Os negros africanos trazidos pelos portugueses, para se tornarem trabalhadores escravos no Brasil, produziram a riqueza dos colonizadores e renderam muito dinheiro para seus senhores, além de contribuir para aumentar o contingente de mão-de-obra escrava. Os africanos, trazidos pelos navios negreiros, ao chegarem à terra firme, eram (ex)postos como objeto, avaliados e vendidos de acordo com as suas condições físicas para o trabalho e para a reprodução em massa, passando a propriedade dos senhores de engenho¹⁴⁸.

A família brasileira é consequência da força da mulher (gentia) que, embora tenha sido utilizada e explorada pelo homem (branco), provou sua fertilidade, multiplicando os povoados destas terras, e com disposição para o trabalho conseguiu criar os filhos¹⁴⁹ não reconhecidos pelos pais brancos. Além disso, quando casada com o homem branco, passou a adotar a religião católica, acolhendo os princípios da monogamia, patriarcalismo e indissolubilidade do casamento, que regem o matrimônio cristão, dando início à típica família brasileira.

Mas, mesmo carregando essa cruz canônica por todos os tempos, a mulher, como sempre, continua sendo discriminada, compreendida pelo preconceito da inferioridade, submissa à autoridade do homem, como se ele fosse um semideus, um ser puro, esquecendo-se que, muitas vezes, ele é bem mais impuro, pecador, preconceituoso e inautêntico do que as mulheres.

No século XVII, as relações jurídicas brasileiras¹⁵⁰ passaram a ser disciplinadas pela legislação portuguesa, mais especificamente pelas Ordenações Filipinas, em decorrência da Lei nº 11.1.1603. No tocante à família, a República portuguesa, preocupada em aumentar o contingente humano, sacrificou alguns princípios da Igreja Católica, ao adotar, na compilação lusitana, o chamado *status de casados* ao homem e mulher que vivesse uma união pública (fama, tratamento e nome de casados)¹⁵¹, estendendo a essa união o mesmo tratamento

¹⁴⁸ FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 49. ed. São Paulo: Global, 2004. p. 443 a 446.

¹⁴⁹ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 49. ed. São Paulo: Global, 2004. p. 202.

¹⁵⁰ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 335.

¹⁵¹ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 49. ed. São Paulo: Global, 2004. p. 325.

destinado ao casamento.

Os dogmas da religião cristã estabeleceram como deveriam se comportar as famílias lusitanas e brasileiras, cuidando dos impedimentos matrimoniais, que decorriam do parentesco e da consangüinidade, que tornavam nulo o casamento, até a sua indissolubilidade, pelo que o adultério era visto como crime contra a República e, para a Igreja Católica, considerado pecado. A punição para quem fosse pilhado em adultério dependia da análise da forma de casamento, se de direito, se de feito (casamento putativo) ou de estado de casados (união estável), sendo aplicada a pena de morte nos dois primeiros casos ou o degredo para a África, Brasil ou Castro-Marim, no caso de união estável (Livro 5, Título XXVI). A hipótese de bigamia, prevista expressamente no Livro 5, Título XIX, tinha como punição a pena de morte.

Mesmo após a proclamação da independência, por meio do Decreto de 20 de outubro de 1823, permaneceu vigorando entre nós a legislação lusitana “em tudo que não contrariasse a soberania nacional e o regime brasileiro”¹⁵², só deixando de ser aplicada quando entrou em vigor o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916.

Na Constituição Imperial do Brasil de 1824, a religião da Igreja Católica e Apostólica Romana foi adotada como oficial¹⁵³, cujo texto constitucional preocupou-se tão-só com a família imperial, regulamentando alimentos, dotação, bens etc. que lhe pertenciam. O casamento religioso deixa de ser costume, passando a ser obrigatório com o Decreto de 03 de novembro de 1827, pelo que o Direito Canônico foi erigido a fonte primordial nas questões matrimoniais¹⁵⁴. Naquela época, casamento válido era somente o abençoado pela Igreja Católica, e aqueles que não professassem a religião oficial do Estado ficavam à margem da sociedade.

Por meio do Decreto n. 1.144, de 11 de setembro de 1861, o Estado passou a reconhecer efeitos civis aos casamentos das pessoas que não professassem a religião católica. Com o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, o casamento religioso foi substituído pelo casamento civil, pelo que as cerimônias de batizado, de casamento e fúnebres perderam seu valor jurídico perante a instituição estatal do registro civil de nascimento, casamento e óbito. Ademais, tornava possível que a filiação natural paterna fosse atestada por alguma prova ou confissão espontânea, permitindo o reconhecimento do filho mediante escritura pública, no

¹⁵² CINTRA, Antonio C. de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 104.

¹⁵³ Artigo 5º da Constituição de 1824: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a sér a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permittidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior de Templo”.

¹⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 44-45.

momento de seu nascimento, ou em outro documento autêntico subscrito pelo pai¹⁵⁵.

A secularização do Estado, libertando-se do jugo da religião católica, estava estampada na Constituição Republicana de 1891, na seção da Declaração dos Direitos¹⁵⁶, constando no parágrafo 4º do artigo 72: *A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.*

Foi neste cenário laico que entrou em vigor, em janeiro de 1917, o Código Civil de 1916, no qual muitas normas tinham cunho religioso e discriminatório, afetando as mulheres e os filhos, o que pode ser confirmado pelos seguintes exemplos:

- 1) a mulher era considerada incapaz (artigo 6, I);
- 2) o domicílio dos incapazes era o de seus representantes e, por esta razão, o domicílio da mulher casada era o do marido (artigo 36, parágrafo único);
- 3) os filhos eram classificados em legítimos ou ilegítimos (artigo 183, parágrafo 4), espúrios, naturais (artigo 184, parágrafo único);
- 4) a vontade do pai prevalecia em detrimento da vontade da mãe, pois ele detinha o pátrio poder com relação aos filhos (artigos 186 e 380, parágrafo único);
- 5) o defloramento da mulher, ou seja, o fato de não ser mais virgem, quando ignorado pelo marido, possibilitava a anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge (artigo 219, parágrafo 4);
- 6) a criação da família legítima decorria somente do casamento (artigos 229 e 332);
- 7) foi criada a idéia de culpa de um dos cônjuges pelo fim do casamento por anulação ou desquite, devendo o culpado ser penalizado com a perda de todas as vantagens havidas pelo cônjuge inocente (artigo 232, I e II);
- 8) o marido era o chefe da família e a mulher mera colaboradora (artigo 233), cabendo a ele a representação, administração, a fixação do domicílio. A manutenção da família estava entre os deveres do marido, cabendo a ele, ademais, autorizar a profissão da mulher, bem como sua residência fora do teto conjugal (I, II, III, IV e V);
- 9) a mulher tinha parte de seus rendimentos particulares seqüestrados judicialmente se abandonasse o lar conjugal (artigo 234);
- 10) a mulher não podia, sem a autorização do marido, exercer profissão (artigo 242,

¹⁵⁵ PORTUGAL, Sylvio. *Investigação de paternidade*. São Paulo, 1926. p. 82.

¹⁵⁶ A Constituição Republicana afastou a influência da Igreja Católica, permitindo a liberdade de culto e tornando secular o casamento, o ensino e as cerimônias fúnebres (artigo 72, parágrafos segundo ao sétimo).

VII);

- 11) a instituição do regime dotal (artigo 278 e ss.), costume herdado dos portugueses, imprimia conotação contratual ao casamento, sendo utilizado pelos pais para casarem suas filhas, tornando-as mais atrativas aos olhos dos pretendentes;
- 12) a influência da Igreja Católica, ao serem previstas taxativamente as hipóteses de desquite (artigo 317): o adultério, tentativa de morte, sevícia, ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos. Contudo, em nome da indissolubilidade do casamento, o adultério deixava de ser motivo para o desquite se o cônjuge traído tivesse concorrido para que o outro o cometesse (culpa concorrente) ou se, então, perdoasse o adúltero (artigo 319, I e II);
- 13) os filhos incestuosos e os adúlteros não podiam ser reconhecidos (artigo 358);
- 14) ninguém podia ser adotado por duas pessoas, salvo se fossem marido e mulher (artigo 370);
- 15) era possível a dissolução do vínculo da adoção (artigo 374);
- 16) o filho adotado, fora os casos de impedimentos matrimoniais, não possuía relação de parentesco com os demais parentes do adotante (artigo 376);
- 17) se o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, o filho adotado não tinha direito à sucessão hereditária (artigo 377);
- 18) a preferência pelos parentes paternos e pelo sexo masculino na nomeação de tutores (artigo 409, I, II e III);

Na bíblia católica, na Lei de Moisés, no Código Hamurábi e no Código de Manu também são encontrados alguns preconceitos (conceitos prévios), quais sejam:

- 1) a herança cabia ao filho primogênito, oriundo do casamento, em detrimento dos demais irmãos;
- 2) na ausência desse filho, as mulheres herdavam, desde que se casassem com os seus primos (filhos dos tios), para que a herança permanecesse na família;
- 3) o maior castigo da mulher casada era não ter filhos, pois era obrigada a consentir que seu marido pudesse ter um filho com sua serva;
- 4) os impedimentos matrimoniais nasceram na Lei de Moisés, em que foi proibida a relação sexual entre pais e filhos, irmãos, padrasto/enteada; madrastra/enteado, sogro/genro; sogro/nora, sobrinho/tia; sobrinha/tio e entre cunhados;
- 5) a homoafetividade, na legislação mosaica, era tida como abominável, sob pena de

morte;

- 6) a mulher, até o casamento, permanecia sob a guarda do pai; quando casada, sob a guarda do marido e, na velhice, sob a proteção dos filhos, jamais alcançando a capacidade plena e nem tendo o direito de fazer prevalecer a sua vontade. É dizer, qualquer que fosse a situação, a mulher estava sujeita à autoridade de um homem, fosse seu pai, irmão, marido, sogro, filho ou tutor;
- 7) as causas suspensivas do casamento originam-se da Lei das Doze Tábuas, em que o filho nascido após a morte do pai era considerado legítimo, isso se nascesse dez meses após o falecimento de seu pai;
- 8) a mulher não tinha o direito ao prazer sexual, e o homem não podia sequer excitá-la.

É possível perceber que os legados históricos influenciaram na elaboração das diretrizes da família republicana brasileira, já que estabeleceram o patriarcalismo, a incapacidade da mulher diante da figura opressora do homem, a monogamia, a família como sinônimo de casamento, que era indissolúvel, e a desigualdade entre os filhos.

A Constituição de 1934, além de prever o voto feminino (artigo 108), estabelecia a igualdade perante a lei, proibindo privilégios e distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissão, classe social, religião ou política (artigo 113, I). Foi a primeira Constituição a destinar um capítulo à família, à educação e à cultura (Título V, Capítulos I e II). Contudo, no artigo 144, relacionou a família ao casamento, consagrando sua indissolubilidade e ressuscitando, no artigo 146, a possibilidade de realização de casamento religioso, ao qual passava a atribuir os mesmos efeitos do casamento civil.

O parágrafo único do artigo 145 da Constituição de 1934 deixava a cargo da lei civil a determinação dos casos de desquite e de anulação do casamento. Mesmo previsto no Código Civil de 1916, o desquite só era possível em casos extremos, de prática de ilícito penal cometido por um cônjuge contra o outro, e, tal qual o divórcio canônico (*divortium quoad thorum et mensam*), não passava de mera separação de corpos.

A Constituição de 1934 também possibilitava o reconhecimento dos filhos naturais com direitos hereditários em igualdade de condições com os filhos legítimos (artigo 147).

Alterado o panorama político, econômico e social do Brasil e implantado o Estado novo, a Constituição de 1937, mantendo o princípio da indissolubilidade do casamento, incentivava a formação de famílias numerosas (artigo 124). Nessa época, as famílias que já recebiam orientação religiosa de *casai e multiplicai-vos*, passou a ser muito mais numerosa, e os filhos representavam para o pai uma ajuda financeira do Estado e o aumento da mão-de-

obra (proletariado), razão pela qual eram denominados *prole*. Conseqüência disso é que a mulher foi vista como objeto, como mera parideira, tendo um filho atrás do outro, sem assistência médica, morrendo no parto, muitas vezes.

Além disso, no Capítulo da Família foram inseridos dispositivos referentes à educação da *prole* (artigo 125), o reconhecimento dos filhos naturais, assegurando-lhes direitos iguais aos dos filhos legítimos (artigo 126), a proteção do Estado na defesa dos direitos e garantias da infância e juventude (artigo 127).

A contar de 1941, por meio do Decreto-Lei nº 3.200, passou a ser proibida a qualificação do filho nas certidões de nascimento, salvo por requerimento do próprio interessado ou por decisão judicial. Ainda em 1941, o Decreto-Lei nº 5.213, de 21 de janeiro, modificou o Decreto-Lei nº 3.200/41, autorizando o pai a permanecer com a guarda do filho natural, se assim o tivesse reconhecido. Também surgiu nesse ano o importantíssimo estatuto da mulher casada (Lei n. 4.121), que alterou muitos dispositivos discriminatórios contidos no Código Civil de 1916.

Em 1942, surgia no cenário brasileiro o Decreto-Lei nº 4.737, de 24 de setembro, cujo artigo 1º autorizava o reconhecimento, voluntário, ou por meio de ação de investigação de paternidade, após o desquite, do filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio. Antecedendo a Constituição de 1946, o Decreto nº 9.701, de 03 de setembro de 1946, regulava a guarda e o direito de visitas aos filhos menores nos casos de desquite judicial.

Por causa dessas previsões legais, o texto da Constituição de 1946 não fazia nenhuma referência à filiação, pelo que, além de manter a indissolubilidade do casamento (artigo 163), voltou a disciplinar o casamento civil e o religioso com efeitos civis (parágrafos 1 e 2). Como conseqüência do amparo às famílias numerosas, instituído pela Constituição de 1934, acarretou não só o aumento desenfreado de filhos, como também da mortalidade infantil e das gestantes, pelo que a Constituição de 1946 tornou obrigatória a assistência à maternidade, à infância e à adolescência (artigo 164).

Em 1949, a Lei nº 883, de 21 de outubro, possibilitou que os filhos naturais investigassem sua paternidade mesmo na constância do casamento do indigitado pai. Contudo, aos filhos adulterinos somente era possível a investigação da paternidade depois de dissolvida a sociedade conjugal ou em caso de separação de fato dos genitores, há mais de cinco anos contínuos.

O cenário jurídico brasileiro, acerca da adoção, até então disciplinada pelo Código Civil de 1916, passou a contar com a Lei nº 4.655, de 02 de junho de 1965, que instituía a legitimação adotiva.

A Constituição de 1967, prevendo a igualdade perante a lei, sem distinção de sexo, raça, profissão, religião e convicção política, estabeleceu que o preconceito de raça era punido pela lei (artigo 150, parágrafo 1). O Título IV desse texto constitucional cuidava da família, da educação e da cultura, mas sem qualquer preocupação em separar as matérias por capítulos. À família foi destinado um só artigo, dividido em quatro parágrafos, dispondo que ela era constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis, determinando sua indissolubilidade, além de prever a criação de lei para proteger a maternidade, a infância e a adolescência (artigo 167).

Lentamente, o panorama jurídico brasileiro foi sendo alterado, com o objetivo de regular as relações jurídicas decorrentes do relacionamento em família, de uma sociedade mais humanizada, secularizada, pluralizada, democratizada, enfim, da família que tem como modo de ser a felicidade de seus membros. Neste processo evolutivo, além das leis já citadas, muitas outras precederam o texto constitucional de 1988, como o caso da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que permitiu o divórcio no Brasil, afastando o princípio canônico da indissolubilidade do casamento. Além disso, passou a permitir que o pai reconhecesse o filho na constância do casamento, por meio de testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho e, nesta parte, irrevogável.

O Código de Menores, instituído pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, revogando a Lei nº 4.655/65, trazia a adoção plena, com a aceitação dos direitos sucessórios ao adotado, e a adoção simples, em que o adotado recebia metade dos direitos do filho legítimo¹⁵⁷. A Lei nº 7.250, de 14 de novembro de 1984, acrescentava o parágrafo 2º ao artigo 1º da Lei nº 883/49, autorizando a confissão de filho adulterino na constância da sociedade conjugal, desde que o cônjuge do genitor estivesse separado de fato há mais de cinco (5) anos contínuos.

Assim, antes mesmo de ser promulgada a Constituição do Brasil, desde o dia 05 de outubro de 1988, havia uma pré-disposição social, política e jurídica a afastar os principais fantasmas do passado jurídico brasileiro, permitindo que a família fosse vista por olhares democráticos, hermenêuticos e republicanos. Portanto, com a sensibilidade de uma sociedade mais igualitária, laica e democrática, a partir do texto igualitário entre marido e mulher, do cuidado e proteção da pessoa dos filhos, as leis protetivas começaram a surgir, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, as leis da união estável, o Código Civil de 2002, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha.

¹⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 38.

Quer dizer, com o advento da Constituição Cidadã, formou-se um novo tempo consitucional, em que todas as discriminações e violências contra a mulher e os filhos foram exiciadas, formalmente, embora ainda não de forma material, pelo que há ainda um longo caminho a ser percorrido até a compreensão da família tridimensional.

Isso quer dizer que ainda é eminentemente lenta a laicização, a democratização, a humanização e a condição humana tridimensional, devido à resistência do ser humano em suspender os preconceitos violentos, espúrios e i-mundos legados pela tradição histórica. Por isso, a condição de possibilidade da compreensão do direito de família é conhecer a tradição histórica, em que o seu contexto é marcado por discriminação, hierarquia, intolerância e violência, podendo-se citar algumas (r)evoluções do direito de família, por exemplo:

- a) a família antiga¹⁵⁸ era numerosa, resultante de um ancestral ou uma divindade comum¹⁵⁹;
- b) no direito romano, a família era unidade religiosa, jurídica e econômica¹⁶⁰, em que o pai tinha o poder de vida e de morte sobre os filhos, a mulher e os escravos;
- c) no mundo ocidental, a organização familiar foi arquitetada com lastro no direito romano, patriarcal, monogâmica, hierarquizada, impessoal, em que a figura paterna era incontestável, predominando o casamento como única forma de legitimar a família, mesmo que em prejuízo da felicidade de seus membros;
- d) no Brasil, de acordo com o Código Civil de 1916, a família era compreendida como um conjunto de pessoas que descendiam de tronco ancestral comum, pelos laços sangüíneos, unidos entre si pelo matrimônio, pela filiação genética e a adoção, também pela hierarquia, monogâmica, patriarcal e impessoal;
- e) no Brasil, a contar do texto constitucional de 1988, a família passou a ser nuclear, pluralizada, desencarnada, democratizada e dessacralizada, um gênero que envolve várias formas de unidade familiar, como conjugal, convivencial, monoparental, unipessoal, socioafetiva, anaparental, reconstituída etc., estando estruturada para o desenvolvimento pessoal de seus membros, representando “um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano, lar onde se sobressaem a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor”¹⁶¹.

¹⁵⁸ Sobre a cidade antiga, ver COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁵⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 321.

¹⁶⁰ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 36.

¹⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade/maternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 22.

A hierarquia foi substituída pela democracia, que adveio do Estado laico e democrático, demonstrativo de que deveriam prevalecer os supremos interesses de todos os membros da família, a comunhão plena de vidas, de afeto, de solidariedade, de felicidades, recanto constitucional da promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático do Brasil (artigo 1º, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988).

- f) a Constituição do País também possibilita uma visão tridimensional da família, rompendo com todo o passado objetificado, intolerante, hierarquizado, preconceituoso, visto que não se caracteriza somente um comportamento, um modo de agir, um contrato, uma instituição, mas, sim, um modo de ser, um jeito de ser, uma condição de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

Para que a Constituição do Brasil, que é um acontecer, possa realmente constituir¹⁶², é preciso que ela seja compreendida como condição de possibilidade de produzir sentido/aplicação vinculante à sociedade¹⁶³. Em outras palavras, a norma é o resultado da atribuição de sentido do texto¹⁶⁴, não sendo o intérprete quem atribui sentido, pois é o texto que se comunica com ele, deixando que diga alguma coisa. São as palavras do texto que desvelam o mundo da linguagem, o mundo da vida, o mundo da realidade, e sem linguagem não há mundo, já que “ser que pode ser compreendido é linguagem”¹⁶⁵.

A tridimensionalidade do direito de família é compreendida a partir do desvelamento da tradição, que demonstra a inexistência de espaço para o mundo familiar prático, ao diálogo, à conversação, à discussão, acerca de conflitos familiares e sociais, cujo preconceito não faz parte do Direito e nem foi pauta na Constituição do País. É preciso suspender esses pré-juízos, conceitos prévios, os quais nos tornam surdos para a coisa mesma, por meio do encontro com a tradição e o atual momento constitucional, porque “não será possível desvelar um pré-juízo

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 287.

¹⁶³ LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”*. In: _____. *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 55.

¹⁶⁴ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Construir a Constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os Mitlaufers Jurídicos*. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 116.

¹⁶⁵ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira e SALDANHA, Jânia Maria Lopes, *Construir a constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os Mitlaufers Jurídicos*. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 123.

enquanto ele agir continuada e sub-repticiamente, sem que saibamos, e sim somente quando ele for, por assim dizer, suscitado”¹⁶⁶.

2.4 Considerações Finais do Direito de Família Genético

Com relação à compreensão histórica da tradição familiar, tem-se dito que o mundo ocidental, com realidades históricas distintas e peculiares a cada País, em razão do tempo e/ou do espaço, vivenciou alguns eventos, como: o absolutismo, a escravidão, a colonização, a cristianização, o individualismo, o liberalismo, os processos de constitucionalização, o capitalismo, a industrialização, as formas de governo, as guerras, as revoluções, as reformas, as crises econômicas, políticas, sociais, os processos secularizatórios, a democratização, a globalização, a informatização, que acarretaram mudanças nas suas estruturas econômicas, políticas, jurídicas, ideológicas, culturais e sociais¹⁶⁷.

A religião doméstica, as mitologias e o cristianismo foram, além de crenças, fundamentos utilizados para justificar e estabelecer os ditames morais das famílias antiga e medieval. Nesse sentido, se, num primeiro momento, a família antiga teve suas bases lançadas pela religião doméstica, pelo culto aos antepassados¹⁶⁸, é com o fortalecimento do cristianismo que a crença em seus *deuses* domésticos foi abolida pela Igreja Católica, que, se arrogando da legitimidade de intérprete de *Deus* na terra, ditou a Lei cristã quanto à constituição e consagração da família medieval. Esse triunfo do cristianismo se iniciou em 313 d.C., quando o Imperador Constantino, por meio do edito de Milão, estabeleceu a liberdade da prática da religião cristã, que, com o Imperador Teodósio, foi declarada religião oficial do Estado¹⁶⁹.

De acordo com Philippe Ariès, a vida familiar, no passado e até o século XVII, era vivida em público, porque “a densidade social não deixava lugar para a família”, que “não existia como sentimento ou como valor”. A partir do século XVIII, prossegue o autor, começou a florir *o sentimento de família*, tornando-se uma unidade fechada, na qual seus membros gostavam de permanecer, mas isso não significa que tenha sido uma vitória do individualismo¹⁷⁰, porque quem triunfou foi indubitavelmente a linguagem

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 237.

¹⁶⁷ WELTER, Sandra Regina Morais. *A secularização da culpa no direito de família*. 2005. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) -- Faculdade de Direito, Universidade do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo.

¹⁶⁸ COULANGES, Fustel de. *A Cidade antiga*. 4. ed. Tradução: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 37.

¹⁶⁹ KOSHIBA, Luiz. *História: origens, estruturas e processos*. São Paulo: Atual, 2000. p. 126.

¹⁷⁰ BRAGATO, Fernanda. Verbete Individualismo. BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 468.

familiar¹⁷¹.

Pelo que foi pesquisado, não é possível identificar a teoria dominante da origem da família, se patriarcal ou matriarcal, não se podendo anunciar se o recanto familiar foi ou não de origem natural ou cultural. O certo é que, no Brasil, a contar da Constituição de 1988, não se pode mais falar somente em família patriarcal ou matriarcal, e sim em uma família laica, democrática, hermenêutica, igualitária, um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, em que todos os seus membros gozam dos mesmos direitos e obrigações.

Não há dúvida alguma da importância do mundo genético ao ser humano, visto que ele transmite todas as características da ancestralidade, sendo um complexo programa genético que influencia o ser humano em sua atividade, movimento ou comportamento¹⁷². Esse mundo, junto aos existenciais (des)afetivo e ontológico, é que forma os modos de ser-no-mundo tridimensional.

O direito de família sempre foi visto e compreendido por parte do mundo genético, em vista de sua normatização, que recolhe apenas uma amostra da família, decorrendo desse preconceito a fixação do parentesco, do direito de herança, da filiação, do poder familiar, da guarda, das visitas, de todos os direitos do ser humano, não apenas os de direito de família.

Deve ser compreendido que o humano não é apenas um ser genético-padronizado, já que a corrente sangüínea é apenas um dos modos de ser-no-mundo, um dos três existenciais, fazendo com que, pela sua reprodução, haja a continuação da linhagem, do ciclo de vida. Nesse mundo biológico, é que ocorrem a transmissão às gerações: a compleição física, os gestos, a voz, a escrita, a origem do ser humano, a imagem corporal¹⁷³, parecendo-se, muitas vezes, com sua mãe ou seu pai, garantindo, mediante do exame genético em DNA, a certeza científica da paternidade/maternidade.

A filiação formal, ficção jurídica, mera presunção legal, constante do artigo 1.597 do Código Civil, foi apadrinhada pelo artigo 232 do mesmo digesto legal¹⁷⁴ e pelo verbete nº 301 da súmula do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁵. Entalhada no texto constitucional a igualdade formal e material da perfilhação sangüínea, afetiva e ontológica (artigos 1º, II e III, 227,

¹⁷¹ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Tradução: Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981. p. 190-1.

¹⁷² VARELLA, Dráuzio. A imposição sexual. *Jornal O SUL*, Porto Alegre, 4 mar. 2007. Caderno Colunistas.

¹⁷³ ASIMOV, Isaac. *O Código genético*. São Paulo: Cultrix, 1962. p. 16.

¹⁷⁴ Artigo 232 do Código Civil: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

¹⁷⁵ Súmula nº 301 - STJ - 18/10/2004 - DJ 22.11.2004. “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade/maternidade”.

cabeço e parágrafo 6º, da Constituição de 1988, e 1.584, parágrafo único, 1.593, 1.596, 1.597, cabeço, 1.597, V, 1.603 e 1.605, II, 1.610, 1.638, 1.683 do Código Civil), esvaiu-se o objeto da discussão da existência de três verdades da perfilhação: formal¹⁷⁶, biológica¹⁷⁷ e sociológica¹⁷⁸, visto que a família é um modo de ser-no-mundo tridimensional, não sendo mais um comportamento humano, mas um modo de ser-cônjuge-convivente-pai-mãe-filho-irmão-parente, enfim, um modo de ser-em-família, de ser-no-mundo.

A presunção da paternidade/maternidade foi banida da prática forense, do ordenamento jurídico brasileiro pela unidade da perfilhação e pela certeza científica da paternidade/maternidade, com a produção do exame genético em DNA. O texto constitucional de 1988 harmonizou biologia, socioafetividade¹⁷⁹ e ontologia, atribuindo aos integrantes da família os mesmos direitos, deveres e desejos, não se pode admitir a discussão acerca de privilégio em favor da biologia, porquanto o afeto e a ontologia foram alçados a valor jurídico, a direitos fundamentais da pessoa e causa de pedir na investigação de paternidade/maternidade.

Os preconceitos citados neste capítulo denotam que a discussão será mais acalorada sobre o direito de família tridimensional, motivo por que o intérprete não poderá ter a primeira, a segunda nem a última palavra, mas, sim, ter *a* palavra, *a* linguagem humana, trazendo tão-somente uma nova mensagem da família, cada qual com as suas idiossincrasias, individualidade, ancestralidade, identidade, formação social, singularidade, dignidade e modos de ser-no-mundo. Tudo o que for dito sobre família deve ser visto de soslaio, na medida em que o diálogo se encontra na fase gestacional, não havendo engenharia genética, afetiva ou ontológica capaz de clonar os princípios constitucionais de prioridade, de prevalência absoluta dos interesses dos integrantes da família, da cidadania, da dignidade e da tridimensionalidade humana.

Com a descrição da origem e da evolução das formas de família e de filiação, está sendo demonstrada a importância de ser conhecido o passado, a tradição histórica, para que o intérprete tenha uma visão da fusão de horizontes do passado, do presente e do futuro genético, afetivo e ontológico, com vista na antecipação de sentido, que (de)limita cada

¹⁷⁶ Artigo 1.597 do Código Civil.

¹⁷⁷ Artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição do País.

¹⁷⁸ Filiação socioafetiva: artigos 227, cabeço e parágrafo 6º, da Constituição do País de 1988, e 1.584, parágrafo único, 1.593, 1.596, 1.597, cabeço, 1.597, v. 1.603 e 1.605, II, 1.610, 1.638, 1.683 do Código Civil.

¹⁷⁹ Entendo que a interpretação sincrônica recomenda o uso do termo filiação *socioafetiva*, porque: o hífen causa uma ruptura gráfica, retirando a identidade do termo, estando ainda apegado à idéia de cisão cartesiana; socioafetivo dá a entender unidade de filiação, isto é, igualdade entre filhos biológicos e sociológicos; socioafetivo denota a existência de um pai, e não o pai (biológico); socioafetivo dá a idéia de que não pertence apenas à perfilhação biológica; socioafetivo estar-se-á aplicando uma interpretação originária do contexto social.

compreensão do texto do direito de família, não o tomando como um ato de subjetividade, mas, sim, de intersubjetividade, porquanto o “sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo”.

É dizer, a compreensão da família não é efetivada mediante a reprodução do passado ou do presente, mas, sim, por meio da *produção* de sentido no presente, da compreensão da evolução do passado, do presente e do futuro, uma vez que, anota Gadamer, “quando alguém recolhe uma palavra da tradição, quando faz falar essa palavra, também a esse alguém lhe sucede algo”. Cuida-se de compreensão do que nos vem ao encontro na história, interpelando-nos, porque a missão da tradição consiste em formular perguntas e encontrar as respostas, que são descobertas a partir do que o ser humano se torna como possibilidade de seu futuro¹⁸⁰, buscando desvelar, elucidar o passado familiar, a partir do presente.

De acordo com as (r)evoluções do direito de família, pode-se constatar que a cultura jurídica do Brasil está mergulhada nos velhos preconceitos da violência familiar e doméstica. Ignoram-se, assim, as inovações da democrática Constituição de 1988, tendo em vista que não é aceita a proteção da igualdade entre os membros da família, mesmo com regulamentação do parágrafo 8º do artigo 226 do texto constitucional, no qual consta que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Com efeito, para regulamentar esse dispositivo constitucional contra a violência doméstica e familiar, foi editada a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, que se destina a cuidar da mulher contra a violência daqueles que com ela convivem e compartilham em seu asilo familiar. A violência doméstica e familiar contra a mulher não é unicamente aquela praticada pelo cônjuge ou companheiro, mas por todo aquele que se encontra na família, como cônjuge, companheiro, filha(o), irmã(o), pais, avós, netos, amiga(o), hóspede etc., enfim, o ser humano, parente ou não, que convive com a vítima mulher na tenda familiar.

Acerca das inovações dessa Lei, os operadores do Direito¹⁸¹ têm dito que “a ação penal decorrente de lesões corporais leves continuará a depender de representação”, que (ainda) se aplica a política criminal e a proibição do retrocesso social para amainar os efeitos

¹⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 169 e 173.

¹⁸¹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Anotações preliminares à lei nº 11.340/06 e sua repercussão em face dos juizados especiais criminais. *Centro de Apoio Criminal do Ministério Público do Rio Grande do Sul*.

jurídicos dessa Lei. Essas conclusões são precipitadas, porque se afastam do sentido e do texto expresso da Lei Maria da Penha (artigos 16 e 41) e do artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição do Brasil. Essa compreensão da Lei Maria da Penha, no sentido de possibilitar a renúncia à representação do crime de lesão corporal leve e a admissão da política criminal em favor do agressor, é típica da dogmática jurídica, que se sustenta na relação entre sujeito-objeto, da razão, da verdade única, sagrada e absoluta, da subjetividade, na mera reprodução do Direito.

É certo que a manutenção da representação no crime de lesão corporal leve, como ocorre na Lei nº 9.099/95, provoca um aumento na carga de trabalho no Judiciário e no Ministério Público, porque, sem dúvida, haverá mais denúncias, instrução criminal, alegações finais, sentenças, recursos, execuções penais etc., preferindo atender à famosa política criminal em favor do agressor, sempre em detrimento da mulher. A Lei Maria da Penha foi editada porque o Brasil não suporta mais tanta violência contra a mulher, pelo que seu sentido não é proteger o autor da agressão, por meio dessa mal compreendida política criminal, que somente premia a intolerância quanto à diversidade humana.

Para tanto, basta volver o olhar para o artigo 1º dessa Lei, às medidas de proteção, às proibições de pena de multa, de transação penal, de suspensão do processo, porquanto regulamenta não apenas o artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição do País, como também a paulatina extinção da violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso quer dizer que a Lei nº 11.310/06 precisa ser compreendida pela linguagem laica, democrática e hermenêutica, porque a sua norma tem a finalidade de ser um escudo à mulher, não mais permitindo que a (o)pressão dos demais membros da família possa desaguar na renúncia de representação criminal.

Examinando a questão do crime de lesão corporal leve contra a mulher, o artigo 16 da Lei nº 11.340/06 prescreve o seguinte: “nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia, e ouvido o Ministério Público”. Entretanto, no artigo 41 do mesmo digesto legal consta que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente de pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Pelo Código Penal, o crime de lesão corporal leve era considerado de ação penal pública incondicionada, mas, a contar do Juizado Especial Criminal (Lei nº 9.099/95), passou a depender de representação da vítima para legitimar o Ministério Público na propositura da

ação penal. Quer dizer, o crime de lesão corporal leve que, pelo JEC, depende de representação, quando praticado contra mulher, por qualquer pessoa no âmbito familiar e doméstico, passou a ser de ação penal pública incondicionada, tendo em vista o afastamento da Lei nº 9.099/95 aos crimes da Lei Maria da Penha.

Somente o crime que no Código Penal depender de representação, como a ameaça, será suscetível de representação, pelo que o crime de lesão corporal leve passou, novamente, como era previsto no Código Penal, a ação penal pública incondicionada, já que excluída do âmbito do Juizado Especial Criminal, pelo que é juridicamente impossível a representação ou a sua renúncia.

Há vários anos, Streck¹⁸² alerta que o intérprete/legislador é produtor do Direito, para compreender a realidade, os fatos da montanha da vida, porquanto o Direito deve ter a potencialidade de transformar a sociedade, não havendo compreensão sem relação social, na medida em que o legislador edita o texto, mas o intérprete/julgador ‘faz’ a norma (o sentido). Para que a Constituição do Brasil, que é um acontecer, um evento, um existencial, possa realmente constituir¹⁸³, é preciso que ela seja compreendida como condição de possibilidade de produzir sentido/aplicação vinculante à sociedade¹⁸⁴.

Em outras palavras, a norma é o resultado da atribuição de sentido ao texto¹⁸⁵, que não é efetivado pelo intérprete, pelo fato do sentido ser um existencial¹⁸⁶, não sendo algo colado ao texto, pelo que o sentido se comunica com o texto, deixando que ele diga alguma coisa, uma vez que são as palavras do texto que desvelam o mundo da linguagem, da vida, da realidade e, sem linguagem, não há mundo, pois “ser que pode ser compreendido é linguagem”¹⁸⁷.

Os textos da Lei Maria da Penha e do artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição do Brasil, somente poderão ser compreendidos se houver uma pré-compreensão sobre a milenar

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 287.

¹⁸⁴ LUCAS, Douglas Cesar. *Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”*. In: _____. *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 55.

¹⁸⁵ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes, *Construir a constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os Mitlaufers Jurídicos*. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 116.

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verbetes HEIDEGGER, Martin, 1889-1976*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 430.

¹⁸⁷ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes, *Construir a constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os Mitlaufers Jurídicos*. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 123.

violência familiar e doméstica contra a mulher. O sentido da Lei Maria da Penha e da norma constitucional é de ejetar ou, pelo menos, amenizar essa vergonhosa violência. Com o desvelamento da realidade das famílias brasileiras (abertura de uma clareira na violência em família), formatada pela Lei nº 11.340/06, é que a sociedade tem a oportunidade de compreender a imensidade e a extensão da discriminação contra a mulher, pois a cada dia são efetuadas centenas de prisões em flagrante. É por isso que o legislador não permitiu à vítima o direito de renunciar à representação por lesões corporais, retornando esse crime ao conceito de ação penal pública incondicionada, porque as violações à pessoa humana são contra a espécie humana.

A proteção integral e absoluta à mulher não será dada pela subjetividade do intérprete, porquanto se estaria continuando com o falso preconceito, com a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, de que a mulher tem a plena liberdade de renunciar a ofensa à sua incolumidade física. Não é que a mulher tenha sido considerada incapaz, porque a realidade social demonstra que ela sempre foi discriminada, desprezada, humilhada, monetarizada, motivo pelo qual o legislador optou em transformar o crime de lesão corporal leve em ação penal pública incondicionada, não permitindo a renúncia à representação (artigos 41 e 16 da Lei Maria da Penha).

O que a dogmática jurídica pretende, na verdade, é aplicar, como o fez com a Lei nº 9.099/95 (JEC), a tão propalada política criminal, a qual sempre foi aplicada contra a vítima, que, em matéria familiar, quase sempre é a mulher. Essa política criminal procura, novamente, esconder a violência doméstica e familiar, para que continue esse milenar preconceito, mas a violência doméstica e familiar deixou de ser um assunto pessoal da mulher, passando a ser de interesse de toda família, da sociedade, do Estado e de toda humanidade.

Caso a mulher galgue os degraus das vias judiciais, o Ministério Público e o Poder Judiciário precisam proteger a mulher e, ao mesmo tempo, punir o autor do fato nos precisos termos da Lei, e não de acordo com o Juizado Especial Criminal, nem da insólita política criminal e, muito menos, da ofensa ao princípio da proibição do retrocesso social, uma vez que retrocesso social existe na defesa intransigente dos autores dos fatos de violência doméstica e família, em detrimento da proteção de milhões de brasileiras.

A realidade social está escorrendo pelos dedos dos operadores da dogmática jurídica, diante dos olhos da sociedade, pois mulheres estão sendo espancadas, diariamente, e, mesmo assim, tudo continua como se nenhum intérprete tivesse conhecimento da realidade da vida,

em que as vítimas renunciam à representação, que sequer poderia ser admitida, já que se cuida de ação penal pública incondicionada. Mas, diante do receio, da timidez e da inevitável pergunta se a vítima pretende “processar criminalmente o agressor”, que normalmente é seu marido/convivente ou pai de seus filhos, ela, sem conhecer seus direitos, e por vergonha, concorda em arquivar o processo.

Faço o relato de um caso concreto, em que a mulher sofreu três violências físicas em menos de um mês, tendo o Magistrado concedido medidas protetivas, ainda na primeira ocorrência, em que houve prisão em flagrante e a conseqüente liberdade provisória. Conhecendo o seu direito à impunidade - de que pode não responder a três processos criminais, diante da possibilidade de renúncia à representação de sua convivente -, o agressor, em liberdade provisória, regressou ao lar duas vezes, contra ordem judicial, para ofender a incolumidade física da mesma vítima. Depois disso, o ofensor foi preso, preventivamente, a pedido do Ministério Público, contudo, o Magistrado designou audiência de tentativa de conciliação, mesmo com a pendência dessas três ocorrências, para colher a renúncia, ou não, da representação pelos três crimes de lesões corporais leves. Quando o autor desses fatos recebeu a ordem judicial de se ausentar da família, rasgou o mandado, utilizando-o para fazer seu cigarro, numa demonstração de desprezo à vítima, à segurança pública, ao Judiciário e à sociedade.

Isso quer dizer que, se os representantes dos Poderes da República aceitarem a renúncia à ação penal pública incondicionada, o ofensor, mesmo preso preventivamente e tendo causado três violências físicas contra sua convivente, não sofrerá processo criminal, fomentando cada vez mais a violência familiar e doméstica contra a mulher, que, com certeza, será mais vezes violentada em sua integridade física, moral, psicológica etc., sem que receba proteção judicial.

Eis a triste realidade social, acobertada pelos operadores jurídicos. Estes sustentam que a incompreendida Lei Maria da Penha é inconstitucional, que não revogou o Juizado Especial Criminal, contra a qual deve ser aplicada a política criminal em favor do homem-ofensor e que ela, inacreditavelmente, causa retrocesso social, quando, na verdade, é uma das poucas leis deste País voltada ao progresso social, humanidade, solidariedade e um pouco de dignidade a milhões de mulheres vítimas de violência familiar e doméstica.

É preciso denunciar que, se a comunidade jurídica não acata as leis que procuram mitigar a violência, muito menos aceitará a compreensão do Direito pela realidade social, pelo diálogo, que fez retornar o crime de lesão corporal leve ao seu leito conceitual anterior ao surgimento da Lei nº 9.099/95, cuja ação penal tornou-se, novamente, pública incondicionada.

Quer dizer, o Ministério Público e o Judiciário, na qualidade de guardiões da República e do Estado Democrático, Laico, Social e Hermenêutico de Direito, não tem o direito de transigir e nem de ser benevolente com o autor da violência doméstica e familiar contra a mulher, porque causa ofensa aos princípios da separação de poderes, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cidadania, da dignidade humana e da proibição de violação dos direitos humanos e da proibição de retrocesso social (artigo 6º da Lei nº 11.340/06).

Com os argumentos da incondicionalidade da ação penal por violência física contra a mulher, não pretendo afirmar, como equivocadamente se tem dito¹⁸⁸, que a Lei Maria da Penha deve “perseguir o agressor”, mas, sim, que essa lei seja cumprida no sentido hermenêutico, não dogmático (somente em favor do agressor), como sempre tem ocorrido, para que seja desvelado o sentido do texto - proteger a vítima e punir o agressor - , alicerçando-se na Constituição do País (artigo 226, parágrafo 8º), e não na singela subjetividade do intérprete.

Antes da laicização (separação entre a Igreja e o Estado), o casamento válido era celebrado pela Igreja Católica, não havendo o casamento civil, sendo as demais uniões humanas julgadas impuras, pecaminosas, hereges e marginais aos olhos de Deus e da sociedade. A partir do momento em que houve o rompimento entre Igreja e Estado, o casamento perdeu seu caráter religioso, passando a ser civil.

Por isso, com o advento da Constituição Cidadã de 1988, é bem outra a história a ser contada sobre a família, porquanto se cuida da compreensão democrática, laica, digna, social, cidadã, solidária, igualitária, hermenêutica, filosófica, genética, afetiva e ontológica. É por isso que, do texto constitucional, não se indaga se as diversas formas de ser-em-família são contratos ou instituições, visto que elas não são frutos da monetarização do ser humano, e sim da liberdade, da democracia, da solidariedade, do amor, da felicidade, da condição existencial de ser-no-mundo tridimensional.

¹⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 126.

3 DIREITO DE FAMÍLIA (DES)AFETIVO

Os três mundos do ser humano, *Umwelt* (genético), *Mitwelt* (afetivo) e *Eigenwelt* (ontológico), lembra May¹⁸⁹, estão sempre inter-relacionados, condicionando-se uns aos outros, e, embora diferentes, são modos simultâneos de ser-no-mundo tridimensional.

O mundo afetivo (*Mitwelt*), segundo o autor,

é o mundo dos inter-relacionamentos entre os seres humanos. Em *Mitwelt*, porém, as categorias de ajustamento e adaptação não são exatas; o termo *relacionamento* oferece a categoria certa. Se eu insisto para que outra pessoa ajuste-se a mim, não a estarei tomando como pessoa, como *Dasein*, mas como instrumento; e, mesmo que eu me ajuste a mim próprio, estarei usando a mim mesmo como objeto. O indivíduo não pode jamais falar com exatidão de seres humanos como ‘objetos sexuais’; no momento em que a pessoa é um objeto sexual, você não estará mais falando de uma pessoa. A essência do relacionamento é que no contato ambas as pessoas apresentam uma mudança.

A sociedade patriarcal fez com que a família fosse ajustada, desde que há mundo humano, unicamente por parte do mundo genético, uma linguagem normatizada, objetificada, desumanizada, porque os seus membros estão unidos pela totalidade dos laços genéticos, afetivos e ontológicos. O (re)canto familiar é uma forma de proporcionar ao ser humano carinho e solidariedade que se dispersaram da vida em sociedade, superando a condição humana marcada pela realidade da competição e da desigualdade¹⁹⁰, tendo em vista que ele está profundamente ligado às questões mais íntimas e fundamentais, como o amor, a afeição¹⁹¹.

Não apenas no Direito, mas, em praticamente todas as áreas do relacionamento humano, há uma crescente compreensão acerca do acolhimento do afeto como linguagem integrante da tridimensionalidade humana.

Na área Educacional¹⁹², a afetividade possui ingerência constante no funcionamento da

¹⁸⁹ MAY, Rollo. *A Descoberta do ser*: estudos sobre a psicologia existencial. Tradução: Cláudio G. Somogyi. 4. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 139-141.

¹⁹⁰ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Casamento desfeito, transitoriedade e recomposição familiar. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de (Org.). *Casamento, uma escuta além do judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006. p. 302.

¹⁹¹ MAY, Rollo. *A descoberta do ser*. 4. ed. Tradução: Cláudio G. Somogyi. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 10.

¹⁹² SOUZA, Maria Thereza Costa Coelho de. O desenvolvimento afetivo segundo Piaget. In: ARANTES, Valéria Amorim (Org.). *Afetividade na escola*. São Paulo: Summus, 2003. p. 57. “Inteligência e afetividade são diferentes em natureza, mas indissociáveis na conduta concreta da criança, o que significa que não há conduta unicamente afetiva, bem como não existe conduta unicamente cognitiva”.

inteligência do ser humano, estimulando-o ou perturbando-o, acelerando-o ou retardando-o¹⁹³. Com efeito, para Vygotsky, a linguagem afetiva atua na construção das relações do ser humano a partir de uma perspectiva pessoal, social e cultural.

Para Henri Wallon, a evolução da linguagem da afetividade “depende das construções realizadas no plano da inteligência, assim como a evolução da inteligência depende das construções afetivas”.

Jean Piaget, por sua vez, historia que “a afetividade seria como a gasolina, que ativa o motor de um carro”. Em outro momento, o autor¹⁹⁴ certifica que “a afetividade é a energética da ação e, de modo mais enfático, que a afetividade e a inteligência são, assim, indissociáveis, e constituem os dois aspectos complementares de toda conduta humana”.

A afetividade também é defendida nos campos neurológico, psicológico¹⁹⁵, psicanalítico¹⁹⁶, pedagógico¹⁹⁷, demonstrando que, em pleno século XXI, não é possível continuar compreendendo o ser humano pela teoria cartesiana¹⁹⁸, porque a condição humana é um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. É por isso que se diz que o afeto é arte¹⁹⁹, canto²⁰⁰, poesia, sabedoria, linguagem²⁰¹, educação, conhecimento, inteligência²⁰², saúde²⁰³, felicidade, liberdade, enfim, o afeto é enchente de vida e portal da existência forjado na seiva que alimenta a cadência do sentido da vida, que se engendra e se identifica na tridimensionalidade humana.

Entretanto, o afeto também é desafeto, desamor, violência doméstica e familiar, uma vez que, ao mesmo tempo, cega e ilumina os humanos, fazendo parte da existência²⁰⁴, da

¹⁹³ ARANTES, Valéria Amorim. *Afetividade e cognição*: rompendo a dicotomia na educação. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur23/valeria.htm>>. Acesso em: 26 out. 2004.

¹⁹⁴ COSTA, Maria Luiza Andreozzi da. *Piaget e a intervenção psicopedagógica*. São Paulo: Olho d'Água, 1997. p. 12 e 15.

¹⁹⁵ ARANTES, Valéria Amorim. *Afetividade e cognição*: rompendo a dicotomia na educação. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur23/valeria.htm>>. Acesso em: 26 out. 2004.

¹⁹⁶ FERREIRA, Patrícia Vasconcellos Pires. *Afetividade e cognição*. Disponível em: <<http://www.psicopedagogia.com.br/artigos/artigo.asp?entrID=404>>. Acesso em: 29 out. 2004.

¹⁹⁷ MONTEIRO, Denise Schulthais dos Anjos; PEREIRA, Luciana Fernandes; SARMENTO, Marilza Rodrigues Sarmiento; MERCIER, Tânia Maura de Aquino. *Resiliência e pedagogia na presença*: intervenção sócio-pedagógica no contexto escolar. Disponível em: <<http://www.pedagogiaemfoco.pro.br/fundam01.htm>>. Acesso em: 29 out. 2004.

¹⁹⁸ FERREIRA, Patrícia Vasconcellos Pires. *Afetividade e cognição*. Disponível em: <<http://www.psicopedagogia.com.br/artigos/artigo.asp?entrID=404>>. Acesso em: 29 out. 2004.

¹⁹⁹ FROMM, Erich. *A arte de amar*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.6.

²⁰⁰ CHASIN, Ibaney. *O canto dos afetos*. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 57.

²⁰¹ MORIN, Edgar. *Amor, poesia, sabedoria*. 6. ed. Tradução: Edgard de Assis Carvalho. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 9, 53.

²⁰² ARANTES, Valéria Amorim. *Afetividade e cognição*: rompendo a dicotomia na educação. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur23/valeria.htm>>. Acesso em: 26 out. 2004. COSTA, Maria Luiza Andreozzi da. *Piaget e a intervenção psicopedagógica*. São Paulo: Olho d'Água, 1997.

²⁰³ BALLONE, GJ. *Afetividade*. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/cursos/afet.html>>. Acesso em: 26 out. 2004.

²⁰⁴ MORIN, Edgar. *Amor, poesia, sabedoria*. 6. ed. Tradução: Edgard de Assis Carvalho. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 53, 65.

linguagem e da condição humana, do modo de ser-no-mundo-afetivo-e-desafetivo. O afeto não é apenas um direito fundamental individual e social de afeiçoar-se ao outro ser humano (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição do País)²⁰⁵, como um direito à sua integridade humana tridimensional.

Concordo, assim, que reside no País um falso preconceito quanto às famílias, ao se pensar que sempre estão com jeito de ser-no-mundo-afetivo, devendo-se “acabar com a imagem idealizada da família feliz, que o Estado protege e ninguém pode interferir. É preciso chamar a atenção da sociedade de que a família não é exclusivamente um lugar de afeto!”²⁰⁶.

Para compreender essa visão familiar afetiva e desafetiva é preciso aceitar a universalidade da compreensão da hermenêutica filosófica, porque ela afasta “a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais”²⁰⁷. Com efeito, Gadamer, ao buscar compreender os poemas de Paul Celan²⁰⁸, lembrou que o ser humano vive sob o teto da linguagem, e cada um “gostaria de demolir o teto que nos garante uma proteção comum, pois ele nos impede a vista e a passagem”.

Essa montanha de palavras que encobre a linguagem humana pode ser compreendida como *o teto de preconceitos que paira sobre todos os humanos*, à medida que o preconceito exclusivo do afeto mostra o que é familiar, impedindo todo e qualquer olhar em direção ao não-familiar, que é o desafeto. Com isso, há necessidade de o intérprete estranhar o que lhe era mais familiar (o afeto) e, ao mesmo tempo, o convoca a tornar conhecido o que lhe surge como estranho (o desafeto).

A linguagem familiar, no sentido de não vislumbrar a ausência de afeto, pode ser o teto que impede o ser humano de suspender os seus preconceitos, mas, por meio da linguagem não-familiar (do desafeto), esses preconceitos poderão ser descobertos, suscitados, suspensos. O ser humano deve derrubar esse *teto preconceituoso* que o encobre (de que na família há apenas afeto), para que possa obter uma paisagem e uma passagem à compreensão do ser humano como humano, que, às vezes, *está* afetivo, mas, outras vezes, desafetivo.

Por isso, é preciso compreender que o ser humano é humano unicamente *enquanto é um ser-no-mundo-afetivo*, porque, quando ele está *desafetivo*, retroage em sua condição humana para um mero ser vivo, vivendo no mundo genético, mas não nos mundos afetivo e

²⁰⁵ BARROS, Sérgio Resende. A Constituição e o afeto. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, nov./dez. 2005.

²⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. Incesto: um pacto de silêncio. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, nov./dez. 2005.

²⁰⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35.

²⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?»: comentário sobre o ciclo de poemas Hausto-Cristal de Paul Celan*. Tradução e apresentação: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: UERJ, 2005. p. 58.

ontológico.

Deve ser desmistificada a idéia de que na família é conjugado somente o verbo amar, porque ela encobre o mundo do desafeto, da desunião, da guerra familiar, da desumanidade, do preconceito, da ofensa física e verbal, da ausência de solidariedade. Há uma *linguagem não-familiar* (do desafeto), pelo que o texto do direito de família não significa normatização genética, mas, sim, genética, afetividade e ontologia. A partir daí, o intérprete estará em condições de compreender a *linguagem familiar*, do amor, do afeto, da harmonia, do diálogo, da hermenêutica, da igualdade, da paz entre os seus membros.

A família se vela e se desvela no preconceito, e a função principal do hermeneuta é a descoberta, a suspensão, a suscitação e o desmoronamento de seus juízos prévios, de sua linguagem habitual do preconceito do afeto. Para tanto, o intérprete precisa fazer um esforço igual ao da defesa dos ideários de sua vida, procurando, incansavelmente, “lutar contra a função desgastada e ordinária da linguagem, que acoberta e nivela tudo”²⁰⁹.

Quando o ser humano está se relacionando com o mundo afetivo, acontece alguma coisa dentro dele “infinidamente mais complexa, sutil, rica e poderosa do que já tínhamos percebido”²¹⁰, porquanto é o afeto que auxilia o ser humano em seu relacionamento pessoal, familiar e social, mas é preciso aceitar a idéia de que, de um modo geral, esse mundo sempre foi muito castigado, mal-compreendido e mal-orientado²¹¹, visto que o humano não é um ser unicamente afetivo, sendo também desafetivo (ausência de afeto). Essa compreensão do afeto e do desafeto já havido sido assinalada, há 2.500 anos, pelo pré-socrático Empédocles²¹², ao afirmar que “tudo se unifica, graças ao Amor”, mas “o Ódio (desafeto), como o Amor (afeto), sempre existirá, porque o tempo nunca será privado deste par”.

Portanto, o ser humano, por vezes, *está afetivo* (um modo de ser-no-mundo-afetivo), mas, em outros momentos, *está desafetivo* (um jeito de ser-no-mundo-des-afetivo), motivo pelo qual há necessidade da produção do direito, da realidade, buscando o sentido do texto do direito de família, da aplicação concreta da coisa mesma. Isso porque o estado de humor (de afeto e de desafeto), segundo Heidegger²¹³, não é em si mesmo algo psíquico, um estado interior, mas, sim, um existencial, eventos, que se mostram por si mesmo, obtendo a cada leitura uma nova compreensão do texto do direito de família, o que impede a reprodução do direito.

²⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?:* comentário sobre o ciclo de poemas Hausto-Cristal de Paul Celan. Tradução e apresentação: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: UERJ, 2005. p. 59.

²¹⁰ MAY, Rollo. *A descoberta do ser*. 4. ed. Tradução: Cláudio G. Somogyi. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 25.

²¹¹ BAQUERO, Victoriano. *Afetividade integrada libertadora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Loyola, 1992. p. 5.

²¹² BRUN, Jean. *Os Pré-Socráticos*. Tradução: Armindo Rodrigues. Lisboa: Edições 70. p. 77-79.

²¹³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 61 e 189.

A linguagem em família não quer dizer apenas falar, palavrear, porque ela compreende a palavra, texto, gesto, olhar, silêncio, (in)compreensão, genética, (des)afeto, (des)amor, ontologia, solidariedade, companheirismo, (in)tolerância, (in)diferença, ódio, raiva, vingança, enfim, toda forma de comunicação humana²¹⁴, envolvendo os mais variados modos de ser afetivo (modo de constituir) e desafetivo (modo de desconstituir a família).

Nessa senda, Gadamer²¹⁵ aduz que o Outro, que, em direito de família, é o cônjuge, o convivente, os pais, avós, os filhos, os irmãos, os parentes, “rompe com a centralidade de meu eu, à medida que dá a entender algo”. É dizer, o cerne da compreensão em família é deixar que o Outro fale, aceitando seus argumentos, compreendendo o que ele diz e, principalmente, admitir que ele pode estar certo, porque “a possibilidade de o outro ter direito é a alma da hermenêutica”²¹⁶.

A afetividade não é somente o direito de amar, de ser feliz, mas também o dever de compreender e estar com o Outro, porquanto “existir não é apenas estar-no-mundo, é também, inevitavelmente, estar-com-alguém”²¹⁷, estar-em-família, rompendo com a individualidade e com os conceitos prévios (pré-conceitos, pré-juízos). A diversidade humana é, simultaneamente, genética, afetiva e ontológica, e somente mediante o diálogo permanente será possível arrancar das profundezas da condição humana a individualidade e os preconceitos sobre o texto do direito de família.

Para isso ocorrer, não basta o entendimento, na medida em que “quando dizemos que nos entendemos sobre alguma coisa, isso não significa, em absoluto, que um tenha uma opinião idêntica ao outro”²¹⁸. Para isso, é preciso a compreensão, que é acordo, aceitação da alteridade, da diferença, mediante o envolver-se dos membros da família por meio da pergunta e da resposta, do entrar na conversação, permitindo ser interpelado e interpelar, abrindo espaço à diversidade, que é tridimensional e diferente em cada ser humano. É preciso esquecer a tradição histórica de posse e de domínio na linguagem familiar, deixando que nele habite a liberdade, o vaivém do diálogo, a aceitação e a possibilidade de que algo seja dito, sem que isso signifique ofensa, e sim um direito/desejo do ser humano de ouvir e ser ouvido.

²¹⁴ ROHDEN, Luiz. Hermenêutica e linguagem. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-georg; _____. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 156 e 162. (Coleção Filosofia, 117).

²¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2.ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 17.

²¹⁶ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 189-190.

²¹⁷ HOTTOIS, Gilberto. *História da filosofia*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2002. p. 327.

²¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 25.

Em termos gadamerianos²¹⁹, é intolerante quem quer comprovar que sua palavra é a única verdade, porquanto a experiência ensina que “nada mais impede um verdadeiro entendimento entre um eu e um tu do que a pretensão de uma das partes de compreender o Outro em seu ser e em sua opinião”. Contudo, adverte o autor, ser compreensivo, *de antemão*, mesmo diante das réplicas do Outro, nada mais é do que tirar o corpo fora do postulado feito pelo outro, sendo um modo de não se deixar dizer nada.

A linguagem de desafeto precisa ser compreendida como o padecimento no mundo afetivo, mas não da morte dos mundos genético, afetivo e ontológico, e sim da descoberta do diálogo permanente, do entrar em conversação, do dizer e deixar-se dizer, aceitando a diferença, uma vez que é na família que são compreendidos os três mundos do pai, da mãe, do filho, do irmão, do membro familiar.

Essa linguagem não é acolhida pela dogmática jurídica, por ser inalcançável mediante um método, motivo pelo qual essa teoria jurídica está em crise, porque o velho e surrado “modelo de Direito (de feição liberal-individualista-normativista) não morreu e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda”²²⁰. Há, pois, necessidade de ser adotada uma linguagem que possa “deixar e fazer ver aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo”²²¹, cuja realidade pode ser desvelada pela hermenêutica filosófica.

A afetividade será abordada com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção absoluta e integral da criança, do adolescente e do idoso, da razoabilidade, da proporcionalidade e da secularização, tendo em vista que são os princípios, e não as regras, que promovem o desvelamento da realidade pessoal, familiar e social.

3.1 Afetividade e Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III, da Constituição do Brasil)

É reconhecida a dignidade da pessoa humana, um dos princípios mais afetivos, quando da compreensão do texto do direito de família em sua linguagem tridimensional, cujo

²¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 47 e 58.

²²⁰ STRECK, Lenio Luiz. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em *terra brasilis*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 4, n. 16, p. 140-141, jan./fev./mar. 2003.

²²¹ TOLFO, Rogério. Linguagem e mundo: a fenomenologia do sinal em ser e tempo de Martin Heidegger. In: HELFER, Inácio (Org.). *Pensadores alemães dos séculos XIX e XX*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000. p. 139. lembrando Heidegger.

princípio é *holding* para qualquer processo de interpretação²²², constituindo-se em um valor fundante da República, do Estado, da democracia e do Direito²²³.

Quer dizer, haverá dignidade humana com democracia²²⁴, com laicização e com o reconhecimento do ser humano pelos seus modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, cuja linguagem é indisponível, intangível, intransferível, imprescritível, inegociável.

A comunidade jurídica não se cansa de esclarecer que, “enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida”²²⁵, que tem relação umbilical com a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da liberdade e da incapacidade de aceitar o Outro²²⁶. Todos os princípios constitucionais, que precisam ser harmonizados, estão consolidados como âncora, fonte e sentido a conferir validade a toda regra, que sempre é o produto da interpretação do texto, que é inseparável de seu sentido, cuja aplicação está limitada pela jurisdição constitucional.

É por isso que no direito de família deve ser aplicada a máxima kantiana, de que “as violações à pessoa humana não são mais, na atualidade, atos contra um único indivíduo, mas, sim, contra a espécie humana”²²⁷, dizendo respeito às diversidades, aos modos de ser-no-mundo tridimensional.

Isso significa que se o afeto é um direito fundamental individual e social de afeiçoar-se ao outro ser humano (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição do País), a dignidade humana é o critério “pelo qual a Constituição proporciona a proteção do afeto: estabelece a proporção entre os interesses individuais e os deveres sociais, categorias e difusos, no direito de família”²²⁸. Afastar a linguagem tridimensional do recanto familiar é confiscar a dignidade e a condição humana tridimensional, na medida em que o ser humano deixaria de ser humano, já que somente nos mundos afetivo e ontológico ele atinge a condição humana, sendo, no mundo genético, um mero ser vivo.

²²² STRECK, Lenio Luiz. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Prefácio do livro de Belmiro Pedro Welter).

²²³ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 92, abr./jun. 1998.

²²⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito, o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 3, p. 61.

²²⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra, 2000. t. 4, p. 188.

²²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 335.

²²⁷ BRAGA, Renata. Por um estatuto jurídico do embrião humano. In: SILVA, Reinaldo P.; AZEVEDO, Jackson Chaves de (Coord.). *Direitos de família, uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 1999. p. 66.

²²⁸ BARROS, Sérgio Resende. A Constituição e o afeto. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, nov./dez. 2005.

O reconhecimento dos direitos e das garantias fundamentais constitui um dos principais pilares da dignidade da pessoa humana²²⁹, mas esse princípio não é uma singela e formal declaração universal ou nacional de direitos e de garantias fundamentais, não sendo um atestado do que consta do texto infraconstitucional, mas, sim, uma compreensão tridimensional, composta pela corrente sangüínea (mundo genético), pelas relações em família e em sociedade (mundo afetivo) e pelo relacionamento consigo mesmo (mundo ontológico).

Conforme Canotilho, o princípio da dignidade da pessoa humana deve constar da Constituição para limitar qualquer legislador democrático, pelas seguintes razões:

Em primeiro lugar, porque, como limite ao próprio poder, deve estar na Constituição. Em segundo lugar, porque se trata de um imperativo categórico, que deve estar na Constituição, porque implica também uma proibição total da transformação de um sujeito (que é a pessoa) em objeto. Em terceiro lugar, porque ela própria é um índice de que vivemos em comunidades inclusivas, e a dignidade é uma questão de reconhecimento recíproco de uns em relação aos outros (só temos dignidade uns em relação aos outros)²³⁰.

O princípio da dignidade humana acolhe, ao mesmo tempo, a igualdade e a diversidade humana tridimensional, uma vez que exige que o humano seja cuidado como humano, e não mais por uma parcela normatizada do mundo genético, onde é transformado em objeto, em coisa, em moeda, em mercadoria.

3.2 Afetividade e a Proteção Integral e Absoluta da Criança, do Adolescente e do Idoso (artigo 227, cabeça, da Constituição do País de 1988)

Não faz muito tempo que as crianças e os adolescentes eram subjugados pelos professores a severos castigos, como a colocação de chapéu de palhaço, permanecer de joelhos sobre grãos de milho, a palmatória, a vara, muitas vezes com espinho ou alfinete na ponta, permitindo furar a barriga da perna do aluno²³¹.

²²⁹SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária a possível. In: _____. *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22.

²³⁰CANOTILHO, J.J. Gomes. Desde a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 21. (1ª Parte, Videoconferência - 21/02/02 - UFPR).

²³¹FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 49. ed. São Paulo: Global, 2004. p. 507-8.

Essa tortura psicológica e corporal é fruto da tirania dos integrantes da família, da sociedade e do Estado, desde que o ser humano é compreendido apenas pela normatização do mundo genético, cujo modo de ser foi abolido pelo Pacto Social de 1988 (cabeço do artigo 227)²³², no qual foi engendrado o princípio da proteção integral e absoluta da infância e da juventude, para que a família seja compreendida em sua tridimensionalidade humana.

Acerca da proteção integral e absoluta da criança e do adolescente, Gadamer diz o seguinte²³³:

We cannot and should not lead young people to believe that they will inherit a future of satisfying comfort and increasing ease. Rather, we should convey to them a pleasure in collective responsibility and in a genuinely shared existence both with and for one another. This is something which is missing both in our society and indeed in many others as well. Young people in particular are well aware of this. And here we are reminded of an ancient saying: youth is in the right.

O autor está a dizer que os pais, a sociedade, o Estado não devem simular à criança e ao adolescente um futuro de esplêndido conforto e de crescente comodidade, e sim facultar-lhes a alegria na responsabilidade compartilhada, na convivência afetiva e na solidariedade dos humanos, cujo relacionamento está em falta na família e na sociedade.

No artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente consta que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária”. Em parte, esse artigo é preconceituoso, porque cuida da socioafetividade como *família substituta*, quando ela se encontra em igualdade de condições com a família biológica. Na visão tridimensional, para o ser humano não basta o laço sangüíneo, mas, também e necessariamente o relacionamento afetivo e ontológico, que não estão subdivididos em titular e substituto, à medida que se cuida de um ser humano único.

A proteção integral e absoluta se inicia desde a concepção, principalmente no nascimento com vida, exigindo-se o afastamento dos pré-juízos, conceitos prévios da

²³² STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 287. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. teoría del garantismo penal*. 4. ed. Tradução: Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p.8 60.

²³³ GADAMER, Hans-Georg. *The enigma of health*. Tradução: Jason Gaiger and Nicholas Walker. Stanford University Press: California, 1996. p. 82. ‘Não podemos nem devemos simular para a juventude um futuro de esplêndido conforto e de crescente comodidade, mas facultar-lhe a alegria na responsabilidade partilhada, na convivência afetiva e na solidariedade dos homens. É o que falta na nossa sociedade e na coabitação de muitos. A juventude, de modo particular, sente isso. Há um mote antiquíssimo: ‘a juventude tem razão’. (Tradução do autor).

diversidade entre os filhos, em que a paternidade/maternidade responsável (artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição do País) compreende o cumprimento das seguintes condições, por exemplo: o modo de ser-em-família, o jeito de ser-pai, de ser-mãe, de ser-filho, o ideal, a vontade, carinho, afeto, amor, desvelo, segurança, equilíbrio emocional dos pais, alimentação, abrigo, vestuário, habitação, escola, saúde corporal, bucal, psicológica, mental e emocional, o direito de ouvir e de ser ouvido e respeito à igualdade e aos modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

A linguagem constitucional, laica, hermenêutica, democrática foi elevada a direito e garantia fundamental, fazendo parte dos três mundos do ser humano, pelo que as disposições legais do ECA e do Código Civil, ao negarem a afetividade e a ontologia como valores jurídicos, são manifestamente inconstitucionais, preconceituosos, ao afrontar a sua base principiológica da igualdade entre a filiação, da convivência, da liberdade, da dignidade e da condição humana tridimensional.

O princípio constitucional da proteção integral e absoluta da criança e do adolescente aplica-se com a mesma intensidade e nos mesmos termos à pessoa idosa (igual ou maior de sessenta anos de idade), com âncora na Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, ao determinar que

o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Os jeitos de ser-em-família, preservando-se os vínculos familiares dos mundos genético, afetivo e ontológico, com a conseqüente desinstitucionalização da população infanto-juvenil e idosa, “fazem parte de um contexto maior de diretrizes a serem adotadas nas políticas públicas de proteção. Já é unânime a orientação no sentido de se incentivar a convivência familiar e comunitária”²³⁴. Mas, o ser humano não convive e nem compartilha em família com base em orientação ou mesmo com regras constitucionais, precisando-se materializar, substancializar, os direitos e as garantias fundamentais. Isso quer dizer que a institucionalização da criança, do adolescente e do idoso é prova da realidade da

²³⁴ ZABAGLIA, Rosângela Alcântara; PEREIRA, Tânia da Silva. O Estatuto do idoso e os desafios da modernidade. In: LEMOS, Maria Teresa Toríbio Brittes; _____ (Org.). *A arte de envelhecer*. Rio de Janeiro: Idéias & Letras, 2004. p. 179.

desconcertante ausência da linguagem humana na família, na sociedade e no Estado.

Na família constitucional, democrática, hermenêutica, filosófica e secularizada se impõe o cumprimento das necessidades pessoais, não sendo a pessoa que vive para a família, e sim esta é que deve servir como condição de possibilidade do desenvolvimento pessoal, na busca da felicidade²³⁵.

Conseqüentemente, não se pode falar apenas em família conjugal, convivencial, monoparental, unipessoal, socioafetiva, anaparental, reconstituída, porquanto, pela linguagem tridimensional, ela também é um modo de ser, um jeito de ser, uma condição de ser, uma circunstância de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

3.3 Afetividade, Razoabilidade e Proporcionalidade (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição do País)

Para os seguidores do racionalismo jurídico, o único caminho para encontrar a verdade é pela razão, pela subjetividade, mediante um método, que tem a pretensão, inclusive, de determinar as regras morais, como forma de negar que a moral esteja inserida no Direito. Para eles, é preciso refutar a razoabilidade, visto que o fato de os seres humanos pensarem de forma diferente “não é decorrência de haver opiniões mais (e menos) razoáveis, mas por conta de o homem guiar seu pensamento por diversas vias”, havendo um caminho dogmático da verdade²³⁶.

Em decorrência, é afastada a possibilidade da compreensão do texto do direito de família pela verossimilhança, pela razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que, pela dogmática jurídica, só existe uma única verdade infalível, que é a lei, que será desvelada pelo legislador e aplicada por um método de interpretação.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade têm as suas origens e seus desenvolvimentos atrelados à Carta Magna, de João Sem-Terra²³⁷, datada de 15-06-1215, do Direito anglo-saxão, que evoluiu para o que é chamado no direito norte-americano de *due*

²³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade/maternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 25.

²³⁶ MAIA, Alexandre da. O Embasamento epistemológico como legitimação do conhecimento e da formação da Lei na Modernidade: uma leitura a partir de Descartes. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre*, v. 1, n. 4, p. 17, 19-20, 2006.

²³⁷ RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. Tradução: Luís Couceiro Feio, Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 238.

*process of law*²³⁸ (garantia do devido processo legal, que é imposição constitucional irrenunciável²³⁹).

Esses princípios impõem ao operador do Direito sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos, que não podem ser suprimidos, carecendo de “uma medida de valor, a partir da qual se procede a uma ponderação”²⁴⁰, proporção, adequação, validade, exigibilidade, necessidade, menor interferência possível, mínimo de intervenção, meio suave, meio moderado, subsidiariedade, conformidade e proibição de excesso²⁴¹.

Os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade têm algumas circunstâncias em comum, à medida que, enquanto a igualdade está umbilicalmente ligada “à distribuição de direitos e deveres, de vantagens e de encargos, de benefícios e de custos inerentes à pertença à mesma comunidade ou à vivência da mesma situação”, a proporcionalidade “é um dos critérios que lhe presidem ou uma das situações imprescindíveis; é uma medida de valor a partir da qual se procede a uma ponderação”²⁴².

É efetivada a bipartição do conceito entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob os seguintes argumentos²⁴³:

- a) *razoabilidade* é prudência, ponderação, sapiência, tolerância, equilíbrio, moderação, harmonia, não arbitrário ou caprichoso, senso comum, boa-fé, honestidade, lealdade, sinceridade, correção, moralidade, adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, bom senso;
- b) *proporcionalidade* quer dizer avaliação entre os custos e os benefícios das medidas e restrições impostas, proporção, medida ou solução justa, adequada e necessária, máximo de benefício com o mínimo de sacrifício.

Ressalta, Streck²⁴⁴, que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade agasalham o garantismo negativo e positivo: o negativo, para proteger a sociedade contra os excessos do Estado (intervenção excessiva); o positivo, para assegurar os direitos fundamentais da sociedade

²³⁸ BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 42.

²³⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 65.

²⁴⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Limitada. 1993. t. 4, p. 216.

²⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 369.

²⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Limitada. 1993. v. 4, p. 216.

²⁴³ BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 204.

²⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 254. 2004.

contra a insuficiência de proteção do Estado (intervenção omissa ou deficiente).

Dessa forma, poderá ser ilustrada a inconstitucionalidade da disposição (infra)constitucional por violação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade pela *proibição de proteção do excesso* ou pela *proibição de proteção deficiente*. Por isso, segundo o autor, esses princípios têm duplo viés, para que todos os atos do Estado de Direito tenham vinculação à materialidade da Constituição do País, tendo como consequência “sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador”.

Esses dois princípios²⁴⁵, que têm caráter “universal no âmbito de vigência das constituições dos Estados Democráticos de Direito”²⁴⁶, aplicam-se aos Poderes da República, pelo que o Poder Judiciário tem o poder/dever de evitar a jurisprudencialização da Constituição²⁴⁷, aplicando os princípios da separação de poderes e da proibição de proteção do excesso ou de proteção deficiente, mediante a jurisdição constitucional.

Essa forma de compreensão é constitucionalmente razoável e proporcional, tendo em vista que a República e o Estado Constitucional (artigo 5º, XXXV) outorgam ao Judiciário o poder jurídico e político, inspirando-se no modelo constitucional norte-americano²⁴⁸, deslocando a esfera de tensão social dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário²⁴⁹, o qual tem o compromisso de salvaguardar os direitos e as garantidas constantes da Constituição do País²⁵⁰.

Não há qualquer ameaça desses dois princípios contra a separação de poderes, à medida que é atribuição do Poder Judiciário controlar a constitucionalidade da produção normativa²⁵¹ e o cumprimento integral dos direitos, das garantias fundamentais e sociais e das promessas da modernidade inseridas na Carta Magna, caso sonegados pelos demais Poderes.

Aplicados esses dois princípios ao direito de família, não é razoável e nem proporcional compreender o ser humano na normatização genética, esquecendo que o humano não é um ser parcial, coisificado, e sim uma unidade e uma totalidade, uma forma, um jeito,

²⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra, 1993. t. 4, p. 216.

²⁴⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 147.

²⁴⁷ MORAIS, José Luís Bolzan de; AGRA, Waber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 217, 2004.

²⁴⁸ VELOSO, Carlos Mário da Silva. *O poder judiciário como poder político no Brasil do século XXI*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 49, n. 283, p. 11 e 16. 2001.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 95.

²⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 85.

²⁵¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

uma circunstância, uma condição de ser no mundo humano, um acontecer tridimensional. É por isso que Gadamer compreende a razoabilidade como um modo de ser-no-mundo, “algo que agarramos e a que nos agarramos, a fim de criarmos e conservarmos sempre de novo uma ordem humana e ética erigida em normas comuns”²⁵².

Isso quer dizer que, em Tempos de Estado de Direito, Democrático, Laico, Social, e em plena vigência da linguagem republicana, não é possível compreender o texto do direito de família sem transitar pelos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Para melhor compreender o pensamento ultrapassado da dogmática jurídica, que rejeita os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, trago à baila uma lenda da mitologia grega, sobre Procusto, que atraía para sua casa as pessoas, mediante a oferta de banquete ou para abrigá-las. Para que os convidados pudessem descansar no *leito de Procusto*, havia a condição de coincidir exatamente com o tamanho do leito,

mas isso implicaria duas situações desagradáveis aos abrigados: a primeira, a pessoa sendo maior que o leito, Procusto decepava seus membros inferiores, a fim de que a pessoa pudesse caber estritamente nos limites da cama. Outra possibilidade era de o abrigado ser menor que o leito, e, para poder repousar, Procusto esticava seus membros com tenazes até chegarem aos limites do leito. Invariavelmente, não havia a possibilidade de uma pessoa ser exatamente do tamanho do leito, pois a cama seria sempre modificada por Procusto, dependendo da altura daquele que estava em sua casa, a fim de que sempre a pessoa fosse torturada por ele²⁵³.

Essa fábula de Procusto bem ilustra o ideário da dogmática jurídica, tendo em vista que cria um mecanismo limitador – o método, o *estirador*, o *cortador* –, a partir de *uma verdade única*, pelo que tudo o que fugir da estruturação da racionalidade, da subjetividade, é simplesmente afastado do cenário jurídico. O leito de Procusto identifica, simbolicamente, o método, a subjetividade, a busca de uma verdade única, que se encontraria no texto da lei, que, por isso, algumas vezes é decepada, e, outras vezes, dilatada, estirada, tudo dependendo dos interesses do legislador/intérprete/julgador.

Por isso, a importância de serem aplicados no direito de família os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, condições de possibilidade para qualquer interpretação, em vista do afastamento da verdade única e absoluta da dogmática jurídica²⁵⁴, pelo que há

²⁵² GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 44.

²⁵³ MAIA, Alexandre da. O Embasamento Epistemológico como Legitimação do Conhecimento e da Formação da Lei na Modernidade: uma leitura a partir de Descartes. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 26 e 27, 2006.

²⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 434.

sempre necessidade de adoção desses princípios na interpretação de um texto e, evidentemente, nas decisões judiciais²⁵⁵.

Mas, é preciso atentar para um fato: o afeto e o desafeto estão presentes na vida do ser humano em todos os momentos do processo interpretativo, e por isso a razoabilidade e a proporcionalidade somente estarão observadas quando o intérprete estiver numa situação hermenêutica afetiva. Isso ocorre porque o modo de ser-no-mundo-desafetivo se aloja no mundo genético, o mundo dos seres vivos em geral, em que não há linguagem e nem afeto. Numa só palavra, somente no mundo afetivo há linguagem, mundo humano e a possibilidade de compreensão da condição humana tridimensional.

3.4 Afetividade e o Processo da Secularização (artigos 1º, cabeça, e 2º da Constituição do País)

São três sistemas de relacionamento entre a religião e o Estado:

- a) confusão, que é a mistura entre religião e Estado;
- b) união, que significa o vínculo entre religião e Estado;
- c) separação, que é a distinção absoluta entre religião e Estado, que é mantido pelo Brasil (artigo 19, I, da Constituição).

O processo de secularização compreende vários sentidos, por exemplo:

- a) a separação entre o Estado e a Religião, em que se afasta o Direito Divino do Direito Estatal;
- b) a plena liberdade do comércio, das artes, da cultura, da religião, das comunicações, da economia, da política, do direito, da universalização de todos os setores da sociedade e do Estado-Nação;
- c) da plenarização da democracia universal, com a noção de *espaço público*²⁵⁶.

Noticia-se²⁵⁷ que, com o desmembramento do Império Romano em Ocidente e Oriente,

²⁵⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Limitada, 2000. v. 4, p. 205.

²⁵⁶ PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 91-92. (Sinopses jurídica, 17).

²⁵⁷ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 89-91, 99 e 101.

a contar do século V d. C., e com o decorrente desaparecimento de uma ordem secular estável, houve o deslocamento de autoridade e poder de Roma ao Chefe da Igreja Católica Romana, que desenvolveu o direito canônico, estruturado num conjunto normativo dualista - laico e religioso. Como consequência, na Idade Média, o Direito era ditado pela religião, cuja combinação dos poderes da *Igreja* e do *Império* denominou-se Sacro Império²⁵⁸.

Contudo, a partir do século XIV, as divergências entre Estado e Igreja tornaram-se cada vez mais acirradas e, paulatinamente, começaram a se firmar teorias contrárias aos interesses dos Papas (que alimentavam ao domínio mundial), pelo que Igreja e Império, “poderes universais, vão enfrentar uma limitação cada vez maior, e a tendência dominante da época vai ser a de uma gradativa secularização da mentalidade, com reflexos em todos os setores da atividade humana”²⁵⁹.

A teologia continua influenciando a edição de leis, principalmente na área da família, mas o Estado Democrático de Direito não deve aceitar a canonização das relações políticas e jurídicas. Em outras palavras, à Religião deve ser concedido o direito de editar as normas canônicas, mas aos humanos, as normas do Estado, de acordo com a realidade vivenciada pela sociedade, e não por um Direito supostamente ditado por Deus.

No Brasil, a laicificação foi implantada com a Proclamação da República, na qual ficou proibida a intervenção da autoridade federal e dos Estados Federais em matéria religiosa (Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890). Em outras partes do mundo, a laicização encontrava-se em andamento desde o século XIV, intensificando os conflitos entre Estado e Igreja, com a gradativa modificação da mentalidade em todos os setores da atividade humana (política, religião, regime de governo, família etc.), com a decrescente autoridade religiosa e, via de consequência, a crescente autoridade da ciência, da razão, do ser humano secular²⁶⁰.

A secularização é a ruptura entre a cultura eclesiástica e filosófica, especialmente entre a moral do clero, não sendo mais o Direito Estatal um mandato das alturas, e sim um poder profano. O Direito Canônico interferiu em praticamente todas as áreas da sociedade, como a política, que, antes do século XIV, era entendida como um poder que provinha de Deus, cujo destino dos humanos era prescrito por Ele. Os valores espirituais eram considerados superiores aos valores humanos, cuja prova é que “a Igreja não hesitava em intervir no mundo profano: sacralizava as relações políticas, tornando-se, assim, fator imprescindível de

²⁵⁸ SALDANHA, Nelson. *Secularização e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 66-68.

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Maquiavel, “o príncipe” e a formação do Estado moderno. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, edição 72, v.2, ago. 2003. 1 CD-ROM.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Maquiavel, “o príncipe” e a formação do Estado moderno. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, edição 72, v.2, ago. 2003. 1 CD-ROM.

legitimidade, como no caso da sacração dos reis, ou da cavalaria, em que transformava uma categoria social numa espécie de ordem religiosa²⁶¹.

Mais tarde, no século XVIII, o Estado tornou-se mais secularizado, surgindo o Estado Absolutista, com a paulatina retirada da influência divina no Estado, culminando com o advento dos Estados de Direito Liberal, Social e Democrático. No século XXI, o mundo ocidental está ou, pelo menos, deveria estar completamente secularizado, incorporando a complexidade da transnacionalização²⁶² dos direitos, dos deveres e das garantias fundamentais, como a liberdade²⁶³, a democracia, o pluralismo, a dignidade e a tridimensionalidade da pessoa humana, em que estão “compendiados o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”²⁶⁴.

A moral cristã era o pensamento “entre o bem e o mal, do justo e do injusto, que transcende e preexiste à autoridade do Estado”. Maquiavel, embora não tenha invocado o princípio da separação entre Estado e Religião, percebeu que o poder político era tudo, menos divino. A liberdade também foi secularizada, com a libertação dos dogmas religiosos, refazendo-se a imagem do poder, antes emanado de Deus, mas, depois, fixado num ente artificial chamado Estado, em decorrência do liberalismo, que cunhou a liberdade como sua pedra angular. Na sociedade secularizada, a pessoa passa à condição de humana, ensejando a criação do Estado de Direito, sem qualquer ingerência divina, uma verdadeira revolução da intersubjetividade contra a dogmática da Religião, com a conseqüente negação das ambições da Igreja sobre o poder temporal²⁶⁵.

Assim como é irreversível a consolidação da tridimensionalidade do texto, da família, do ser humano, também é indomável a tridimensionalidade do Estado, secularizado, democrático e universal, que se firmou no século XXI, tendo em vista o lento e incessante processo de secularização, iniciado no século XIV. Um certo golpe foi lançado contra a Igreja Católica - de as normas do Estado de Direito continuarem sendo secularizadas - quando da promulgação da Constituição Européia, em que não se invocou a proteção de Deus no Preâmbulo da Constituição. O Papa João Paulo II criticou essa decisão, mas recebeu a

²⁶¹ KOSHIBA, Luiz. *História: origens, estruturas e processos*. São Paulo: Atual, 2000. p. 191.

²⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 291 e 296. v. 2. MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 322.

²⁶³ STRECK, Danilo R. *Rousseau & a educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004. p. 32.

²⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.38 e 174 (rodapé).

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Maquiavel, “o príncipe” e a formação do Estado moderno. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, edição 72, v. 2, ago. 2003. 1 CD-ROM.

seguinte resposta dos representantes de quase um bilhão de habitantes: *uma Constituição deve ser laica*²⁶⁶.

3.5 Afetividade e a Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva (artigos 227, cabeça e parágrafo 6º, da Constituição do País)

Com o desfraldar do afeto e da ontologia a direitos fundamentais, decorrente da compreensão do princípio da dignidade humana, que dá sentido à condição humana tridimensional, resta enfraquecida a resistência à igualdade entre as filiações (biológica e socioafetiva), havendo necessidade de ser formatada uma parceria, um entrelaçamento, uma compreensão, um relacionamento recíproco no direito de família.

São pelo menos quatro os modos de ser-no-mundo da filiação socioafetiva, por exemplo:

- a. adoção judicial;
- b. filho de criação;
- c. reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade/maternidade;
- d. adoção à brasileira. Todos são jeitos de compreensão do direito de família, fazendo com que o membro familiar possa assimilar o direito de conviver e compartilhar em sua tridimensionalidade humana. Analisarei, sumariamente, as quatro formas de perfilhação no direito brasileiro:

- Adoção Judicial

Quando do surgimento da família primitiva, já se falava em adoção, que tinha a finalidade de eternizar o culto doméstico, direito concedido a quem não tivesse filho, para que não cessassem as cerimônias fúnebres. O novo vínculo do culto substituía o parentesco, mas o gesto de adotar não estava ligado à afetividade²⁶⁷, muito menos à ontologia. Historia-se²⁶⁸ que, em Atenas, na Antiga Grécia, portanto, há milhares de anos, a adoção era ato solene, *exigindo a intervenção do magistrado*, mediante um processo, isso devido ao preconceito impuro da discriminação, que vige até hoje entre os filhos, embora na Constituição do Brasil esteja prevista a igualdade entre todos os membros da família.

²⁶⁶ REDE GLOBO. *Jornal Nacional*. Informação fornecida por Fátima Bernardes, 19 jun. 2004.

²⁶⁷ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 50-1.

²⁶⁸ CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 49.

A adoção era prevista nas Leis de Manu, entre um homem e um rapaz da mesma classe, e no Código de Hamurábi, 1.500 anos antes de Cristo, constava que era irrevogável²⁶⁹, tendo sido acolhida no direito romano, mas, na Idade Média, o instituto caiu em desuso, chegando a desaparecer. O Direito Canônico não o recepcionou, constando, contudo, do *Code Civile* da França e das Ordenações do Reino de Portugal, estando inserida no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, no Código Civil de 1916²⁷⁰, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8. 069/90) e no Código Civil de 2002.

- Filho de Criação

A afetividade se corporifica naqueles casos em que, mesmo não havendo vínculo biológico, alguém educa um ser humano por mera opção, por um modo de ser-em-família, amor, afeto e solidariedade humana²⁷¹, abrigando-o em seu lar, cumprindo com o princípio da convivência em família (artigo 227, cabeça, da Constituição do País). É dizer, quando uma pessoa cuida (re)publicamente de alguém, sem qualquer formalidade, num modo de ser-paterno/materno/filial, suprimindo-lhe todas as necessidades, é formatado o autêntico reconhecimento da paternidade/maternidade²⁷², não apenas mediante um comportamento, um agir, um exercício das funções de pai e de mãe, mas, principalmente, pelo seus modos de ser-no-mundo-afetivo-ontológico, porquanto, sem o afeto, o ser humano tem prejudicado seu jeito de ser-em-família e suas circunstâncias pessoais ontológicas.

- Reconhecimento Voluntário ou Judicial da Paternidade/Maternidade

Quem comparece no Cartório de Registro Civil, de forma livre e espontânea, solicitando o registro de alguém como filho, não necessita de qualquer comprovação genética²⁷³, porque isso representa um modo de ser-em-família. Em outras palavras, “aquele que toma o lugar dos pais pratica, por assim dizer, uma ‘adoção de fato’²⁷⁴”, uma aceitação voluntária ou judicial da paternidade/maternidade, em que é estabelecido o modo de ser-filho-

²⁶⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. Será verdadeiramente plena a adoção unilateral? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 5, 2004. ICD-ROM.

²⁷⁰ TAVARES, José de Farias. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 45-46.

²⁷¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Anotação e adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. p. 266, a “posse de estado de filho induz virtualmente e, portanto, supre a prova do nascimento, a da paternidade/maternidade e da maternidade”.

²⁷² BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 346-7.

²⁷³ VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades & superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 2, jul./ago./set. 1999.

²⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade/maternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 124.

afetivo, com a atribuição de todos os direitos e deveres.

Como exemplo desse jeito de ser-filho, pode ser lembrado o caso da mãe solteira, que contrai casamento ou união estável, cujo cônjuge ou convivente reconhece, pelo seu jeito de ser-em-família, a paternidade responsável do filho de sua consorte. Esse cônjuge ou companheiro pratica um ato humanitário, já que outorga a um ser humano o direito ao mundo afetivo, motivo pelo qual não só exerce a função de pai, como, principalmente, a circunstância, o jeito de ser-pai, transformando-se em tutor do mundo afetivo de seu filho, cujo direito é irrevogável, irrenunciável, irretratável, indisponível, imprescritível, inegociável, intangível.

- Adoção à Brasileira

A adoção à brasileira ocorre quando a criança, ao nascer, é registrada diretamente em nome dos pais afetivos, como se fossem pais biológicos. É o caso da gestante que entrega seu filho a alguém, *voluntariamente*, que faz o registro de nascimento em seu nome, como se fosse pai/mãe genético.

Ostentar um modo de ser-filho é ser reconhecido e cuidado como filho, um jeito de ser-pai-mãe-filho-família. Sustenta-se²⁷⁵ que a adoção à brasileira representa conduta delituosa, sendo, portanto, revogável, havendo, contudo, equívoco nesse pensar, ao confundir adoção à brasileira - entrega *voluntária* de filho a terceiro e a condição de ser-em-família - com o cometimento de conduta criminosa, como o seqüestro, o cárcere privado, a sonegação ou a subtração de incapaz (artigos 148, 248, III, e 249 do Código Penal). Essa linguagem ainda é fruto do pensamento unívoco da genética, esquecendo-se que o ser humano convive e compartilha na tridimensionalidade humana, um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

O modo de ser-pai-mãe-filho torna irrevogável a paternidade/maternidade, pelas seguintes razões, por exemplo:

- a) o mundo afetivo do filho não poderá ser dissolvido pelos pais, negando-se-lhe a paternidade/maternidade, sob o argumento de que não são pais biológicos, na medida em que a paternidade/maternidade socioafetiva exauriu-se no momento do modo de ser-pai, de ser-em-família, independentemente da origem da perfilhação e bem antes do registro do filho;

²⁷⁵ FILIPPI, Rejane. Recasamentos. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de (Org.). *Casamento, uma escuta além do judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006. p. 453.

- b) em sendo irrevogável a condição humana tridimensional, é impensável a revogação da paternidade/maternidade afetiva, salvo se for mediante conduta delituosa;
- c) o ser humano tem o direito à condição humana tridimensional, sob pena de renunciar a sua vida, a sua existência;
- d) o ser humano não é um objeto, para, em um momento, ser desejado, aceito, como filho, mas, em outro, ser enjeitado como coisa;
- e) não há necessidade do transcurso de lapso temporal para comprovar a paternidade/maternidade, pois ela não é só um comportamento, um agir procedimental, mas também um modo de ser-no-mundo-afetivo. É dizer, a paternidade/maternidade não é efetivada unicamente com o exercício das funções de pai, de mãe, de filho, mas quando os componentes da família passam a adotar um modo de ser-pai, um modo de ser-mãe, um jeito de ser-filho, enfim, uma circunstância de ser-em-família. Por isso, não há como explicar os motivos que levaram os legisladores franceses, luxemburgueses e espanhóis, a fixar, respectivamente, os prazos de duração mínima do jeito de ser-filho afetivo em dez, três e quatro anos, isso porque “o estabelecimento de um prazo, em matéria sem antecedentes legais é com certeza um passo arbitrário”²⁷⁶, considerando que,

diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência, ou não, de posse de estado, o que não retira desse conceito suas virtudes, embora exponha sua flexibilidade. E isso há de compreender-se: trata-se de um lado da existência, de um elemento de fato, e é tarefa difícil, senão impossível, enjaular em conceitos rígidos a realidade da vida em constante mutação²⁷⁷.

A atribuição de sentido a ser realizada, quando da outorga da paternidade/maternidade (biológica ou sociológica), deve passar, necessariamente, por uma visão existencial do direito de família, pelo seu modo de ser-em-família, motivo por que é inviável, nos planos legislativo/judicial, o estabelecimento de prazo à efetivação do modo de ser-filho. É preciso examinar a singularidade e a historicidade do caso, uma vez que, como refere Streck, citando Heidegger²⁷⁸, “tomar aquilo que ‘é’ por uma presença constante e consistente, considerado em sua generalidade, é resvalar em direção à metafísica”.

²⁷⁶ OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítério jurídico da paternidade/maternidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 446-447.

²⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade/maternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 162.

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. In: *Manifestação no processo-crime nº 70001588300*. 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 01.11.2000. Relator: Amilton Bueno e Carvalho.

O autor aduz também que, para a Nova Hermenêutica, de vertente heideggeriana-gadameriana, “interpretar é produzir/agregar/adjudicar sentido ao texto, que passará a ser norma a partir da interpretação. Não pode haver hermenêutica sem relação social”. Por fim, o autor certifica que o texto deve ser interpretado pelo jurista não com pensamento voltado à lei e nem captando o seu sentido, mas, sim, “mergulhado no rio de sua história, deslizando até o presente de sua aplicação, ou seja, não é possível interpretar sem ter em conta um caso concreto (nas suas especificidades)”²⁷⁹.

Na ação de investigação de paternidade afetiva, tem-se dito que a prova do modo de ser-em-família poderá ser produzida por todos os meios em direito admitidos, como testemunhas, documentos, perícia e depoimento pessoal. Os vizinhos e as pessoas que convivem com o investigante poderão depor em juízo, mas deve ser “aquele conjunto de pessoas que, por serem da família, amigos ou vizinhos, constituem um círculo mais íntimo das relações pessoais do investigante, do pretense filho e da mãe deste”, não bastando ser a grande maioria desse público manifestar-se no sentido de indicar a paternidade, pois se a prova não for unânime significa que a reputação e o tratamento estão desviados²⁸⁰.

Discordo desse pensamento, porque, em se cuidando de matéria de prova testemunhal, não se devem trilhar os caminhos da dogmática jurídica, que geometrizava o direito, pensando em obter minúcias²⁸¹, depoimentos exatos, matemáticos. Por isso, o julgador deve examinar todos os argumentos da prova, sob os auspícios do modo de ser-no-mundo dos pais e filhos, para compreender o texto do direito de família pela linguagem, do geral ao particular, do coletivo ao singular, dentro de uma universalidade e de uma singularidade e pela tradição da família.

Para o juiz não existe preclusão quanto à prova, já que o princípio da *inércia*, originário do Estado Absolutista, foi proscrito pelo texto constitucional de 1988, sendo, inclusive, um dos maiores preconceitos no direito de família. Dessa forma, mesmo apresentado a destempo o rol de testemunhas, documentos etc., o julgador tem o poder/dever de determinar a produção dessa prova, porquanto se o intérprete/julgador deve formar a sua pré-compreensão com base na prova, na fusão de horizontes, do círculo hermenêutico, da suspensão dos pré-conceitos turvos e límpidos e da tradição da família,

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. O “crime de porte de arma” à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, n. 1, p. 54-5, 2001.

²⁸⁰ SANTOS, Eduardo dos. *Direito da família*. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1999. p.459-462.

²⁸¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 28.272. da 1ª CCv. Relator: Hélio Costa. 29.04.68. In: *DELINSKI, Julie Cristine. O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 145.

fundamentando/justificando/compreendendo a decisão, “é natural que se lhe dêem condições de trazer para o processo os elementos de prova de que ele necessita, mesmo que as partes não os tenham proposto”²⁸².

É dito que o Código Civil de 1916 não agasalhou o modo de filho afetivo, devido ao fato de sua apuração ser exclusivamente testemunhal, pelo que o julgador deve

aferir efetivamente se se trata de autêntica posse de estado (modo de ser-em-família), ou se a conduta do investigado para com o investigante permaneceu em nível de solidariedade humana, piedade cristã ou sentimento de amizade, que inspiraram dispensar ao investigante carinhos, cuidados e proteção por motivos outros, que não a paternidade²⁸³.

Recomendável, assim, que o processo de investigação de paternidade genética e afetiva não seja julgado exclusivamente com base em prova testemunhal, mas também concatenado com alguma prova documental, para servir de adinículo na comprovação do jeito de filho genético e sociológico. A prova oral, isolada e sem se completar com outras de maior força probatória, torna-se precária, em vista da possibilidade de reunir várias testemunhas que podem simular a unicidade de afirmação inverídica, tornando difícil o contraponto da prova²⁸⁴.

Nos casos de adoção judicial, adoção “à brasileira” e reconhecimento judicial ou extrajudicial da paternidade, a prova documental da perfilhação é pré-constituída, mediante a certidão de nascimento. Assim, em tese, apenas o filho de criação não terá certidão de nascimento, podendo comprovar o modo de ser-filho, o modo de ser-em-família com os seguintes subsídios documentais, por exemplo:

- a) certidão de batismo;
- b) plano de saúde;
- c) inscrição no Imposto de Renda;
- d) inscrição, como dependente, do filho afetivo em órgão previdenciário (INSS, IPÊ, UNIMED, SAS, DAS, Montepios);
- e) aplicações em caderneta de poupança;

²⁸² SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1, p. 351.

²⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1, p. 203.

²⁸⁴ NUNES, Victor Augusto Pereira. *Tratado: filiação legítima e ilegítima (Comentário à Lei de Proteção dos Filhos)*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra, 1963. p. 253.

- f) aplicações financeiras em geral;
- g) testamento em favor do filho afetivo;
- h) fotografias que revelam típica convivência familiar;
- i) escritura ou contrato de aquisição de imóvel ao filho ou em condomínio com os pais e filho;
- j) bilhetes, cartas ou cartões a indicar a filiação afetiva;
- k) seguro de vida beneficiando o filho;
- l) histórico escolar, em que conste o nome dos pais afetivos como responsáveis;
- m) documentos das despesas de instrução e/ou médico-hospitalares;
- n) remessa de correio eletrônico (e-mail), denotando o reconhecimento fático do jeito de ser filho afetivo;
- o) pagamento de pensão alimentícia;
- p) inclusão em inventário como herdeiro ou legatário;
- q) autorização para compra de mercadorias em casa comercial, em que é certificado o estado afetivo;
- r) o nome dos pais inscrito na roupa ou demais pertences do filho;
- s) depoimento pessoal em qualquer processo, reconhecendo a filiação afetiva;
- t) o nome do filho afetivo constando da certidão de óbito dos pais;
- u) o nome dos pais como responsáveis em consulta médica e/ou baixa hospitalar.

Na ação de investigação de paternidade socioafetiva deve ser produzida prova tão rigorosa quanto na biológica, inclusive de ofício, como testemunhal, pericial (assistente social, psicólogo etc), depoimento pessoal e documental, para que seja declarada a paternidade sociológica, e não apenas a mera ficção jurídica do modo de ser-pai-mãe-filho. A presunção²⁸⁵ da paternidade biológica ou afetiva assegura uma dúvida insolúvel do filho quanto à verdadeira paternidade, se genética ou socioafetiva, isto é, o filho reclama *o pai biológico ou afetivo*, e não *um pai presumidamente biológico ou afetivo*.

²⁸⁵ Artigo 232 do Código Civil: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 301*, 18/10/2004, Diário de Justiça, 22.11.2004. “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

3.6 Paternidade Biológica e Socioafetiva e as Principais Técnicas na Reprodução Humana Medicamente Assistida

Com o advento da terceira Revolução Industrial²⁸⁶, a engenharia genética passou a marcar presença na vida do ser humano, desde a concepção, no pré-natal, no tratamento embrionário, no feto, no nascimento e no decorrer da vida, reclamando a imposição de diretrizes éticas e jurídicas aos que lidam com a reprodução humana científica. Estão compreendidos, nessa ciranda jurídica e ética globalizada, os cultores do Direito e todas as categorias profissionais ligadas à área da saúde, física ou mental, em vista da premente necessidade de constitucionalização do ideal ético universalizado, porquanto, “para uma realidade global, importa também uma ética global”²⁸⁷, devendo haver consenso mínimo no direito à integridade física, psíquica e à vida de cada ser humano genético, afetivo e ontológico.

O termo bioética surgiu na década de 70, mas, antes disso, em 1947, existia, por exemplo, um documento chamado Código de Nuremberg, tido como um dos marcos iniciais da bioética, elaborado em virtude “das barbaridades praticadas por médicos nazistas em experiências com os seres humanos, tendo surgido a necessidade de estabelecer uma série de princípios que regulassem tais experimentações”²⁸⁸.

A bioética se originou e foi desenvolvida a partir de vários fatores, como:

- a) os adiantamentos da biologia molecular e da biotecnologia aplicada no campo da medicina;
- b) os registros de ocorrência dos abusos efetuados pela experiência biomédica nas pessoas;
- c) o pluralismo moral reinante nas nações de cultura ocidental;
- d) a maior aglomeração dos filósofos da moral aos problemas relacionados com os seres humanos;
- e) as manifestações das instituições religiosas;
- f) das idéias lançadas pelos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo;
- g) a ingerência de organismos e entidades internacionais²⁸⁹.

²⁸⁶ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em rede*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 430.

²⁸⁷ BOFF, Leonardo. *Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000. p. 26-79-80.

²⁸⁸ ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 4.

²⁸⁹ CLOTET, Joaquim. *Bioética como ética aplicada e genética*. Disponível em: <<http://200.239.45.3/cfm/espelho/revista/bio/2v5/bioeticaaplicada.ht>>. Acesso em: 9 jun. 1999.

Algumas diretrizes éticas internacionais para pesquisas biomédicas em seres humanos podem ser citadas, formatadas pelo Conselho das Organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS), em parceria com a Organização Mundial da Saúde (OMS), no ano de 1993, quais sejam²⁹⁰:

- 1) o consentimento dos participantes das pesquisas;
- 2) a entrega de informações aos participantes;
- 3) as obrigações dos investigadores relativas ao consentimento pós-informação;
- 4) compensação econômica não modesta;
- 5) o consentimento pós-informação em estudos epidemiológicos;
- 6) a distribuição igualitária dos ônus e dos benefícios;
- 7) o resguardo do sigilo da pesquisa;
- 8) a fixação de responsabilidade dos comitês de revisão ética.

Na Declaração de Manzanillo, de 1996²⁹¹, constam os princípios éticos que devem ser observados na engenharia genética²⁹²:

- a) a prevenção, o tratamento e a reabilitação das enfermidades genéticas;
- b) as provas genéticas e as ações decorrentes têm o objetivo do bem-estar e a saúde da pessoa, sem imposição de políticas populacionais, demográficas ou sanitárias.

A bioética pode ser equiparada ao sextante - instrumento de navegação -, que permite ao navegador orientar o comandante da nave sobre o rumo que deve ser tomado para atingir um objetivo previamente estabelecido. O sextante, diferentemente da bússola e do mapa, não tem um referencial único, porque o navegador e o bioeticista não traçam um destino, uma vez que a missão de auxiliar os pacientes, familiares envolvidos, voluntários, membros da equipe de saúde, entre outros, a tomarem a solução que atenda aos seus melhores interesses. O sextante bioético é o corpo de conhecimentos, valores, sentimentos e atitudes que constituem a bioética, para orientarem o processo de tomada de decisão, nunca para substituí-lo²⁹³.

²⁹⁰ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A bioética e os progressos científicos da medicina moderna: quais os limites de segurança. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, RS, 1999. p. 203.

²⁹¹ Declaração de Manzanillo de 1996, revisada em Buenos Aires em 1998. Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/manza98.htm>>. Texto incluído em 14.11.98.

²⁹² ARAÚJO, Evaldo Altino de. *Contribuição à investigação da paternidade ilegítima*. Dissertação (Curso para a cátedra de Medicina Legal) -- Faculdade de Direito. Universidade de Recife, 1959, "a palavra genética foi proposta pelo zoólogo inglês William Bateson".

²⁹³ GOLDIM, José Roberto. *O Sextante e a bioética*. Disponível em: <<http://www.ufrs.br/HCPA/gppg/sextante/htm>>. Texto atualizado em 28.02.98.

Por isso, a realidade global conclama uma ética universal²⁹⁴, motivo por que é preciso transnacionalizar a ética universal na reprodução humana medicamente assistida, que reclama o cumprimento de alguns princípios para garantir o bem-estar das pessoas, que são os destinatários ou os participantes das pesquisas genéticas, por exemplo: o princípio da beneficência, da autonomia, da justiça e da dignidade da pessoa humana²⁹⁵.

Ao princípio da autonomia²⁹⁶ estão vinculados os demais princípios, tendo a sua expressão no assim chamado consentimento informado²⁹⁷. O princípio da beneficência é conjugado com o princípio da não-maleficência, que aborda a questão do “risco/benefício na utilização de determinado procedimento médico, em cada caso particular”²⁹⁸. O princípio da justiça significa o amor para com os outros²⁹⁹, porquanto “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (artigo 196 da Constituição do País).

Na mesma proporção do avanço biotecnológico³⁰⁰ aumentam as dificuldades dos cientistas do Direito em identificar a paternidade genética e afetiva e a manter incólume a inviolabilidade do painel ético universal³⁰¹, porque a ciência tem face bifronte: libertadora e destruidora: a primeira, que permite mais opções para a solução de problemas; a segunda, que estimula no ser humano o egoísmo e o instinto de superioridade destrutiva, pretendendo a superação pelo uso negativo da tecnologia, pelo que “faz-se necessário que a bioética e o Direito, em trabalho conjunto, estabeleçam os limites de utilização do conhecimento genético, transfigurado em biopoder”³⁰².

A humanidade custará a assimilar os avanços da genética, uma vez que se habituou à maternidade pela gravidez e pelo parto, mas, hoje, a mulher dá à luz um bebê mesmo não sendo a mãe biológica, abalando a regra milenar “mater semper certa est”³⁰³, motivo pelo qual

²⁹⁴ BOFF, Leonardo. *Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000. p. 26-79-80.

²⁹⁵ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A bioética e os progressos tecnocientíficos da medicina moderna: quais os limites de segurança. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, 1999. p.193-213.

²⁹⁶ MACKINSON, Glady J. Princípio y final: bioética y democracia. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julio et al. *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.p. 97.

²⁹⁷ JUNGES, José Roque. *Bioética, perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 43.

²⁹⁸ ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.7.

²⁹⁹ PESSINI, Léo. Direitos humanos, infância e bioética. In: SILVA, Reinaldo Pereira e; AZEVEDO, Jackson Chaves de (Coord.). *Direitos de Família, uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 1999. p. 192.

³⁰⁰ REVISTA VEJA EDUCAÇÃO, 2001. Disponível em: <www.veja.com.br>. Acesso em: 6 ago. 2001.

³⁰¹ A expressão painel ético significa ética não apenas local, e sim a reprodução humana medicamente assistida com base na ética constitucional, globalizada, universalizada, transnacionalizada, tridimensional.

³⁰² BRUNET, Karina Schuch. Engenharia genética: implicações éticas e jurídicas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 274, p. 44-55, ago. 2000.

³⁰³ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1997. p. 155.

se impõe o estabelecimento de limites procedimentais de bioética³⁰⁴ e de biodireito³⁰⁵.

Embora proibida em alguns países, a utilização da biotecnologia³⁰⁶ é uma realidade, pelo que os operadores do Direito devem manifestar-se sobre a bioética e o biodireito, já que “muitos casais (em vista do pré-conceito, do conceito prévio) vivem a sua esterilidade como um defeito físico e, também, como causa de alienação ou exclusão social”³⁰⁷, com grave ofensa aos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a infecundidade é um sofrimento psicológico, porque todo o ser humano acalenta o sonho do filho genético, porquanto, “antropologicamente, a filiação está na ordem da transmissão. Transmite-se algo a alguém; em geral, ao filho comunicam-se poses, direitos, tradição, ‘status’. A vontade de transmitir é o motor do desejo do filho”³⁰⁸. É claro que, com o filho afetivo, transmite-se o motor da afetividade, que também move o ser humano e o mundo da mesma forma que a genética, já que não há ser humano livre e apto a compreender o Outro se não estiver, ao mesmo tempo, convivendo e compartilhando a sua tridimensionalidade, dentro de uma tradição histórica.

O repúdio à inseminação artificial *heteróloga* diz respeito à estrutura judaico-cristã, que entendia que o casamento tinha apenas a finalidade de gerar filhos³⁰⁹. À medida que a união entre duas pessoas passa a ser vista como um direito de cada indivíduo, um direito à felicidade à realização da tridimensionalidade humana, a inseminação artificial começa a ser aceita como uma forma, um jeito, uma condição, um modo humano de ter filhos genéticos e/ou afetivos.

O desejo de juventude e de saúde é tão antigo e, ao mesmo tempo, tão atual quanto a enfermidade humana³¹⁰, passando a bioética a ocupar um lugar de destaque nos estudos da conduta, da saúde e da vida, porque interroga questões sobre a deontologia médica e o direito à proteção do corpo, destacando “os direitos humanos da mulher, o direito à procriação, as questões referentes à naturalidade e à artificialidade, com destaque para o direito à

³⁰⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: bioética e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 147.

³⁰⁵ ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. xvii.

³⁰⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: bioética e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 160.

³⁰⁷ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana. *Revista do Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado*, Santa Cruz do Sul, n. 14, p. 13, 2000.

³⁰⁸ JUNGES, José Roque. *Bioética, perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p.150-5.

³⁰⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 107-8.

³¹⁰ ANTONIUK, Elisete. Clonagem Humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 1, p. 35, 2001.

maternidade”³¹¹.

No Brasil, o artigo 225, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição do País, impõe ao poder público a tarefa de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”. Nesse dispositivo constitucional está inserido o projeto universal do genoma humano, pelo que, considerando a dignidade da pessoa humana e toda a principiologia do Estado Constitucional, deve ser reconhecida a existência de um direito à identidade tridimensional.

Isso quer dizer que a descoberta dos modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, na reprodução humana medicamente assistida, se tornará um pesadelo para a comunidade jurídica³¹², porque é perfeitamente viável biologicamente o nascimento de filho de duas mulheres, portanto, reproduzir um ser humano sem espermatozóide³¹³, assim como a possibilidade de serem descobertos os modos de ser-no-mundo do ser humano, para que seja respeitado talvez o seu maior direito, a igualdade e a diversidade genética, afetiva e ontológica.

Os direitos e as garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana³¹⁴ podem admitir questionamentos, em face do poder do conhecimento da biotecnologia, entendido como biopoder, que deve ser pensado em seu sentido ético e moral, para que possa ser exercido legitimamente no Estado Constitucional, na medida em que a engenharia genética pode ser manipulada com a intervenção do ser humano³¹⁵.

A bioética é uma circunstância de ser-no-mundo da ciência que, “se por um lado, atestam progresso, por outro, ofendem os mais comezinhos princípios da vida humana”³¹⁶. Essas advertências, contudo, não são suficientes para evitar que a engenharia genética seja encaminhada contra os interesses da humanidade³¹⁷, havendo, com isso, premente necessidade de legislar e, principalmente, de compreender essa questão com base na hermenêutica de cariz

³¹¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A prova genética e os direitos humanos: aspectos civis e constitucionais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 146.

³¹² FACHIN, Luiz Edson. Da casa privada à ágora: reflexão sobre a metáfora do estatuto jurídico conceitual da violência familiar no tempo proprietário. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 49, n. 284, p. 25, jun. 2001.

³¹³ RASKIN, Salmo. Mensagem remetida por <genetika@genetica.com.br> em 06 ago. 2001.

³¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

³¹⁵ BRUNET, Karina Schuch. Engenharia genética: implicações éticas e jurídicas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 274, p. 44-55, ago. 2000.

³¹⁶ RONEY, Paulo Holismo. Direito e ética. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC, Santa Catarina*, v. 1, n. 28, p. 157, maio 1998. *Juris Sínteses*, Porto Alegre: Síntese, 2001. 1 CD-ROM.

³¹⁷ VERCELLON, Paolo. As novas famílias. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito de família e do menor: inovações e tendências: doutrina e jurisprudência*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 34, eugenia positiva “é não apenas para evitar o nascimento de indivíduos doentes, mas, também, fazer indivíduos perfeitos, sadios”.

filosófico, inclusive estabelecendo sanções penais, civis e administrativas, uma vez que o código de ética profissional pode conter manifestações maniqueístas³¹⁸.

No Brasil, há vedação na comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, sangue e seus derivados, segundo dispõe o artigo 199, parágrafo 4º, da Carta Constitucional. A regulamentação dos procedimentos éticos deve também investigar as denúncias de bioprostituição, porque está ocorrendo a submissão de pessoas à situação “de cobaias em clínicas de testes, onde são avaliados remédios experimentais e tratamentos inovadores”³¹⁹. Isso bem demonstra que as questões atuais do direito de família não são apenas jurídicas, éticas ou morais, mas também “profundamente política e econômica, diante dessa nova ordem global que busca impor uma única racionalidade”³²⁰.

A monoparentalidade é um direito fundamental, que faz parte da dignidade e da condição humana tridimensional, e “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á lhe negando a própria dignidade”³²¹. A legislação brasileira, artigo 226, parágrafos 4º e 7º, da Constituição do Brasil, autoriza a formação de unidade familiar com apenas um dos pais e um filho. Com isso, não poderá ser proibida a reprodução humana natural ou medicamente assistida (filho genético ou afetivo), porquanto, em um Estado Constitucional, a Constituição deve ser rigorosamente cumprida, sob pena de deixar de constituir.

É dizer, os princípios constitucionais não devem ser eliminados, mutuamente, ainda quando em colisão, procurando compreender, como diz Streck, o princípio da concordância prática (ou da harmonização), com a finalidade de preservar a unidade constitucional³²². Além disso, o autor enfatiza que é justamente “dessa colisão de princípios que deve exsurgir a solução da querela jurídica. Dito de outro modo e para ser mais simples: quais os princípios que devem pesar mais?”. Respondendo à indagação, o escoliasta esclarece que se deve procurar a otimização entre os direitos/valores em jogo, na fixação de uma concordância prática, “que deve redundar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou valores fundamentais em choque. Dito de outro modo: busca-se um razoável equilíbrio entre

³¹⁸ GARRAFA, Volnei. *Bioética e ciência: até onde avançar, sem agredir*. Texto apresentado no Curso de Especialização *latu sensu* em Direito Penal, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), no período entre 10/06/97 e 28/11/98.

³¹⁹ LOUREIRO, Leila da Costa. *A bioprostituição e o direito*. Disponível em: <www.jus.com.br>. elaborado em janeiro de 2001. Acesso em: 1 maio 2001.

³²⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 230.

³²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.

³²² STRECK, Lenio Luiz. In: *Parecer no HC 70.911.823.531*, 5ª Câmara Cível. TJ/RS, em 15/06/2005. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 6 jun. 2006.

os princípios colidentes³²³.

Não se pode admitir que os interesses da criança e do adolescente, que sempre devem ser preponderantes, sejam contrariados com a adoção das técnicas de reprodução humana biotecnológicas, já que “não será nem mais e nem menos problemática do que é uma criança que vem ao mundo pelo modo natural, pois ela também fará parte de uma sociedade composta de seres humanos tão problemáticos e complexos, mas igualmente tão esperançosos no futuro”³²⁴.

Constando do texto constitucional, a monoparentalidade pode edificar-se não apenas pela vontade unilateral, como também de fatos alheios à vontade dos pais, como nos casos de falecimento, separação de fato ou judicial e divórcio³²⁵ e, essencialmente, pelos modos de ser-em-família, pelos modos de ser-pai, de ser-mãe, de ser-filho, observando-se, portanto, a realidade da existência, porquanto o ser humano é um ser-no-mundo-genético, um ser-no-mundo-(des)afetivo e um ser-no-mundo-ontológico.

A primeira experiência de reprodução humana medicamente assistida, em meados do século XVIII, ocorreu com peixes e, em seguida, com mamíferos, mas, em 1799, houve o primeiro caso conhecido de reprodução assistida em seres humanos, realizada pelo médico e biólogo inglês John Hunter³²⁶.

Nos Estados Unidos, em 1947, já havia sido realizado “in vitro” a fecundação de um ovo humano, e, em 1952, notou-se que “células de tecidos embrionários dissociados podiam reagregar-se em suspensão e esperar por uma verdadeira histogénese ‘ex vivo’”. Em 1960, foi anunciada “a ‘reconstituição de órgãos completos a partir de uma suspensão de células isoladas de embriões de galinha’, provando que uma autêntica ‘auto-organização’ era possível ‘in vitro’, abrindo o campo a bancos de órgãos novos e sobretudo personalizados”³²⁷.

Com relação à *inseminação artificial* (IA), pode-se dizer que é uma técnica de procriação humana medicamente assistida³²⁸, em que o material genético masculino é depositado diretamente na cavidade uterina da mulher, não por meio de um ato sexual, mas,

³²³ STRECK, Lenio Luiz. In: *Parecer no Hábeas-Córpus nº 70.011.823.531*, da 5ª CCR. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 15.06.2005. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 6 jun 2006.

³²⁴ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A Monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 31, n. 83, p. 152., set./dez. 1998.

³²⁵ COSTA, Demian Diniz da. Reconhecimento jurídico e situação fática das famílias monoparentais no Brasil. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (Org). *O direito de família descobrindo novos caminhos*. Canoas: Ed. La Salle, 2001. p. 156.

³²⁶ ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 25.

³²⁷ GRANGER, Michel; CARLES, Jacques. *A biocriação artificial do homem*. Tradução: MOTA, J. Lisboa: Semente, 1977. p. 137.

³²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 229.

sim, assexual (artificial), cuja técnica é dirigida ao casal fértil com dificuldade para fecundar naturalmente, em vista dos desequilíbrios físicos, como a “impotenti coeundi”, má-formação congênita do aparelho genital externo, masculino ou feminino, “diminuição do volume de espermatozóides [oligoespermia] ou de sua mobilidade [astenospermia], dentre outras, que podem ser por força de perturbações psíquicas (infertilidade de origem psicogênica)”³²⁹.

É *homóloga* a inseminação artificial quando realizada com sêmen proveniente do marido ou convivente, e *heteróloga* quando feita com sêmen originário de terceira pessoa, em mulher casada, convivente, solteira, viúva, separada de fato, judicialmente ou divorciada³³⁰. A fecundação *in vitro*³³¹ (FIV) tem variante, nos termos:

- a) quando a mulher, embora tenha útero saudável, não produz óvulos, aproveitando-se, então, o sêmen do marido ou do convivente e o óvulo de outra mulher;
- b) em caso da mulher “ter ovulação, mas não poder engravidar (porque não tem útero, por exemplo), se obtém a fecundação utilizando-se material genético do próprio casal, sendo o embrião introduzido em outra mulher, que se compromete a entregar a criança ao casal após o parto”;
- c) se o “esperma é do marido, o óvulo de outra mulher, sendo o embrião nela introduzido, havendo acordo para que a criança seja entregue, depois, ao casal”³³².

A fertilização “in vitro” é conhecida popularmente como bebê de proveta, sendo a fertilização em laboratório, composta por três passos fundamentais: o primeiro, é a coleta dos gametas, que são os óvulos que a mulher produz; o segundo, é a coleta dos espermatozóides do marido; o terceiro, retira-se a quantidade necessária de espermatozóides e faz-se com que esses dois gametas se unam, natural ou artificialmente. Vinte e quatro horas depois, normalmente, o espermatozóide entra no óvulo, e de 12 a 24 horas após ele expulsa metade de sua parte de cromossomos, constituindo, assim, um novo ser. Esse conjunto se chama ovo ou pré-embrião, “que vai se dividindo em duas, quatro, oito, dezesseis e trinta e duas células, chamando-se pré-embrião ou embrião. Quando atinge de cinco a seis dias, colocamos esses embriões dentro do útero. Teremos aí a realização de uma fertilização ‘in vitro’, de um bebê

³²⁹ FARIAS, Paulo José Leite. *Invalidez do negócio jurídico de comercialização de células germinativas humanas*. Disponível em: <www.jus.com.br>, elaborado em dezembro de 1999. Acesso em: 2 maio 2001.

³³⁰ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Reflexões sobre o reconhecimento da filiação extramatrimonial. Investigações da paternidade e fecundação artificial. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano I, p. 81-2, mar. 2000.

³³¹ DINIS, Joaquim José de Souza. *Filiação resultante da fecundação artificial humana, direitos de família e do menor*: inovações e tendências: doutrina e jurisprudência. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 46-47.

³³² VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 153.

de proveta”.

Em 1978, na Inglaterra, Steptoe e Edwards foram os primeiros a realizar a fertilização extracorpórea, tendo nascido o primeiro ser humano concebido em laboratório, que se chama Louise Braun, constatando-se, na época, discussão muito maior do que a clonagem realizada com a ovelha Dolly, já que foi algo extremamente inédito³³³.

A transferência intratubária de *gametas* (GIFT)³³⁴, idealizada pelo médico argentino Ricardo Ash, consiste na captação dos óvulos da mulher, através de laparoscopia, e o esperma do homem, colocando ambos os gametas em uma cânula especial, devidamente preparada, introduzindo-os em cada uma das trompas de Falópio, local onde se produz naturalmente a fertilização. Tudo transcorrendo normalmente, “os espermatozóides penetram em um ou mais óvulos, formando-se o embrião. Este descerá dentro das trompas até o útero, de forma tal que a concepção se produzirá integralmente no corpo da mulher”³³⁵.

Na reprodução humana por gametas é possível a aplicação de técnicas de fecundação “in vitro”, sem chegar a produzir-se a fecundação extracorpórea, com a transferência dos gametas para as Trompas de Falópio da mulher, local onde ocorre a fecundação³³⁶, mas “não se podendo dizer, nesse caso, que já se está perante qualquer estágio de vida humana”³³⁷.

Por intermédio da transferência intratubária de *zigotos* (ZIFT)³³⁸, os dois tipos de gametas são postos em contato, “in vitro”, em condições apropriadas para a sua fusão, e os zigotos “resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas”. A grande diferença da ZIFT (zigotos) em relação à GIFT (gametas) é que, na primeira, a fecundação se realiza fora do corpo da mulher, enquanto, na segunda, o encontro do óvulo com o espermatozóide, formando o embrião, ocorre nas trompas³³⁹. Essa técnica consiste na retirada de vários óvulos da mulher, fecundá-los artificialmente fora do corpo (“in vitro”), voltar a introduzir um ou mais e apenas nas trompas, e o óvulo fecundado, denomina-se zigoto, e daí o nome do método

³³³ FRANTZ, Nilo. Palestra constante do livro da Escola Superior de Advocacia. OAB/RS. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE BIODIREITO, 1., 2000. *Anais...* Porto Alegre, 2000. p. 130-143.

³³⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 228.

³³⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. *As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 1 maio 2001.

³³⁶ PRADO, Luiz Regis. Manipulação genética e direito penal: um estudo aproximativo. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 181.

³³⁷ DINIZ, Joaquim José de Souza. *Filiação resultante da fecundação artificial humana, direitos de família e do menor: inovações e tendências: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 46.

³³⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 228.

³³⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. *As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 1 maio 2001.

(Zibot Intra Fallopian Transfer)³⁴⁰.

Embora a engenharia genética ainda não tenha resposta conclusiva, os estudos mostram que, entre vinte e quatro e trinta e seis horas após à fecundação, a primeira célula individualizada - zigoto ou blastócito - começa a dividir-se, originando o embrião, que, após seis semanas, torna-se um feto. O embrião, com duas semanas de existência, possui toda a informação hereditária, “um código genético distinto e único - genoma -, que se transmite às demais células”. Desde o zigoto, o que se tem é vida, “vida diferente do espermatozóide e do óvulo; vida diferente da do pai e da mãe, mas vida humana. Em suma, desde a concepção há vida humana nascente, a ser tutelada”³⁴¹.

Qualquer que seja o estágio do *embrião* (FIVETE), ele pode ser introduzido no processo total de formação de um novo ser humano, e, em vários países, já vigoram normas que disciplinam os procedimentos e fixam limites para a manipulação³⁴². O embrião é um ser humano com absoluta dependência do(s) outro(s), compreendendo a técnica de fecundação laboratorial “in vitro”, aduz Melo, avaliando a idéia de que a total dependência não impede a subjetividade de direito e, segundo alguns, não impede nem mesmo a personalidade. Portanto, “sujeito de direito, o embrião é uma unidade com princípio genético próprio, a partir da concepção, ou da fecundação em laboratório”.

O autor também salienta a distinção entre a inseminação artificial e a fecundação “in vitro”: “do primeiro artifício resulta concepção em sentido próprio, ao passo que, da fecundação em laboratório, melhor se diz que se faz, após algum tempo desse artifício, um transplante do embrião, do vidro para o útero”. Por fim, advoga a idéia de que, sobre quaisquer dessas técnicas, “há um consenso quanto ao respeito pela vida e pela identidade própria do embrião, como ser humano, cuja movimentação é restrita ao provimento da sua própria ovulação, condicionado, ademais, à origem semenovular e à clausura”³⁴³.

As conclusões do Informe Warnock, em julho de 1984, do Ministério da Saúde da Inglaterra, e do Relatório da Espanha, apontam que, após quatorze (14) dias de existência, o embrião já formou o ‘sulco ou cinta neurológica’, “estando, então, totalmente conformada sua estrutura humana, não devendo mais, desde aí, ser objeto de experimentos ou de

³⁴⁰ DINIZ, Joaquim José de Souza. *Filiação resultante da fecundação artificial humana, direitos de família e do menor: inovações e tendências: doutrina e jurisprudência*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 46.

³⁴¹ FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.47.

³⁴² SILVA, Franklin Leopoldo e. *O Biofilho*. Disponível em: <<http://200.239.45.3/cfm/espelho/revista/bio2v5/biofilho.htm>>. Acesso em: 9 jun. 1999.

³⁴³ MELO, Albertino Daniel de. *Filiação biológica - Tentando diálogo direito - Ciências*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 7.

abortamento”³⁴⁴.

Com relação à *gestação substituta*, há consenso na comunidade jurídica no sentido de que ela só é jurídica e eticamente aceitável quando a mulher não pode gestar o filho³⁴⁵, não sendo uma técnica biológica, mas, sim, a utilização de mulheres férteis, “que se dispõem a carregar o embrião durante o período de gestação, pela impossibilidade física da mulher que recorreu aos Centros de Reprodução de suportar o período gestacional”³⁴⁶.

Na gestação substituta, o diagnóstico de pré-implantação é feito quando o embrião está de oito a dezesseis células, sendo, então, destacada uma célula para análise, podendo a mulher gestar mesmo sem ovários, bastando, para tanto, que ela tenha útero, já que os gametas podem ser doados. Se ela não tiver útero, aí não tem jeito, pelo que, “para ter filhos com sua carga genética, precisamos pegar seus gametas, fertilizá-los ‘in vitro’ com o espermatozóide do marido, e colocá-los em uma mãe de aluguel”³⁴⁷.

A *clonagem humana* é a última técnica de reprodução humana artificial, que pode ser de duas formas: a primeira, a natural, decorrente da separação das células de um embrião, em seu estágio vestibular de multiplicação de células, reproduzindo novos indivíduos exatamente iguais quanto ao patrimônio biológico (gêmeos univitelinos); a segunda, a artificial, que consiste na substituição do núcleo de um óvulo por outro proveniente de uma célula de um indivíduo já existente. Esse último sistema foi utilizado por Ian Wilmut para clonar a ovelha Dolly³⁴⁸.

O Genoma Humano, projeto iniciado pelos Estados Unidos, em outubro de 1990, é de cooperação internacional, patrimônio da humanidade, com a finalidade de identificar a função e mapear a totalidade da seqüência do genoma humano, tanto dos genes normais quanto dos patológicos, atesta Brunet. A autora acrescenta que “a seqüência genética não pertence a cada membro da sociedade, que pode usá-la e modificá-la à vontade, mas a todos os seres humanos, uma vez que o genoma é inerente à existência da própria espécie humana”.

Nessa linha, acrescenta a autora, as alterações no genoma humano podem ser consideradas crimes contra a humanidade, quando efetivadas em células germinativas, porquanto “as intervenções genéticas em tais células tornam-se permanentes na sociedade, à medida que são transmitidas para os descendentes daquele que sofreu a alteração”. Por

³⁴⁴ FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*: uma introdução. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 47.

³⁴⁵ ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 47.

³⁴⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. *As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 1 maio 2001.

³⁴⁷ FRANTZ, Nilo. Palestra publicada no livro da Escola Superior de Advocacia. OAB/RS. CONGRESSO BRASILEIRO DE BIODIREITO, 1. 2000. *Anais...* Porto Alegre, 2000. p. 130-143.

³⁴⁸ ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 57.

derradeiro, assinala que, com isso, “tem-se uma afronta à integridade do Homem, bem como uma interferência privada num domínio público, qual seja, o patrimônio genético da Humanidade”³⁴⁹.

Cada ser humano tem a sua própria identidade genética, o genoma humano, o mundo genético, além do (des)afetivo e ontológico, significando que existem bilhões de diversidades tridimensionais na terra, tornando a matéria de fundamental importância, classificados como patrimônio comum da humanidade. Isso quer dizer que “os problemas éticos apresentados pelo grande desenvolvimento da genética molecular e a geneterapia estão apenas começando”, mas o estudo, o tratamento e a solução ética dessa engenharia genética “é uma exigência que desafia a humanidade e que deve ser garantida desde os seus primórdios. Os princípios da autonomia e da beneficência deveriam pautar toda decisão e operação nessas áreas”³⁵⁰.

É quase unânime e universal o entendimento dos lidadores jurídicos quanto à aversão à clonagem humana, “mas a Inglaterra já permite a clonagem terapêutica para a fabricação de órgãos destinados a transplantes”³⁵¹, porquanto “harmoniza-se de forma efetiva o progresso científico com a dignidade da pessoa humana, que constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos”³⁵² (art. 1º, inciso III, da Constituição do País) e com a garantia de um meio ambiente equilibrado que preserva a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País”³⁵³.

O eugenismo é a própria expressão da fé secular no progresso contínuo e na possibilidade de criar o ser humano perfeito, e quem não corresponder a este ideal de perfeição é afastado e discriminado em sociedade, porque a pessoa defeituosa não tem lugar, atesta Osvaldo Pessoa. É “uma tendência permanente que se pensava rompida com a experiência nazista, mas continua presente sob outras formas mais sofisticadas. A pseudociência nazista desapareceu, mas a ideologia da superioridade do homem permanece”³⁵⁴. Por isso, concordo com quem sufraga a idéia da licitude na retirada de “uma

³⁴⁹ BRUNET, Karina Schuch. Engenharia genética: implicações éticas e jurídicas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 274, p. 44 a 55, ago. 2000.

³⁵⁰ CLOTET, Joaquim. *Bioética como ética aplicada e genética*. Disponível em: <<http://200.239.45.3/cfm/espelho/revista/bio2v5/bioeticaaplicada.ht>>. Acesso em: 9 jun. 1999.

³⁵¹ GOMES, Celeste Pereira. Modernidade obscura: os limites da criação: biotecnologia. *Revista dos Tribunais*. Informa, São Paulo, ano 3, n. 14, jul./ago, p. 5, 2001.

³⁵² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 216.

³⁵³ FARIAS, Paulo José Leite. *A manipulação do patrimônio genético do contexto do ordenamento jurídico vigente*. Disponível em: <www.jus.com.br>, confirmado pelo autor por e-mail, em 02.05.01.

³⁵⁴ JUNGES, José Roque. *Bioética, perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 237.

célula do embrião para diagnóstico da presença de gene patogênico³⁵⁵, possibilitando a cura de inúmeras doenças³⁵⁶.

O ser humano é um ser com três identidades e, ao mesmo tempo, com três diversidades próprias: os modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. Significa dizer que existem bilhões de humanos iguais, mas com modos de ser-no-mundo diferentes, formando verdadeiro patrimônio comum da humanidade, pois: pelo mundo genético, é visto o genoma humano da reprodução; pelo mundo (des)afetivo é observado o genoma humano da convivência e do compartilhamento em família e em sociedade; pelo mundo ontológico é encontrado o genoma da forma, do jeito, do modo, das peculiaridades, das circunstâncias do mundo pessoal de cada humano.

Isso quer dizer que o ser humano, embora composto pela genética, pela (des)afetividade e pela ontologia, é, ao mesmo tempo, um ser único e especial em sua totalidade, um ser tridimensional, sendo, portanto, uma parte dentro do todo e um todo dentro da parte. Por isso, a importância do acolhimento na hermenêutica filosófica, do círculo hermenêutico (do todo à parte e da parte ao todo) e da diversidade humana (genética, desafetiva e ontológica), para a compreensão do texto, do ser humano, da família.

3.7 Desnecessidade de Legislação Infraconstitucional para o Acolhimento da Tridimensionalidade Humana

No capítulo do texto constitucional sobre a família está inserida a condição humana tridimensional, tendo havido profunda modificação do conceito de unidade familiar, porquanto a filiação era composta por filhos unicamente do matrimônio, mas, desde o ano de 1988, residem, no ordenamento jurídico, diversas formas de família, como a conjugal, convivencial, monoparental, unipessoal, homoparental, socioafetiva, anaparental, reconstituída e demais modos de ser-em-família.

A paternidade pode ser genética ou sociológica, tenha ou não legislação a esse respeito, à medida que “não se concebe um sistema jurídico que, embora não o diga, não conceda um lugar à verdade sociológica”³⁵⁷. Não se cuida, com isso, de uma desbiologização da filiação, mas, sim, de um fortalecimento das duas perfilações, por duas razões; a primeira,

³⁵⁵PESSOA, Oswaldo Frota. *Fronteiras do biopoder*. Disponível em: <<http://200.239.45.3/cfm/espelho/revista/bio2v5/fronteirasbiopoder.htm>>. Acesso em: 9 jun. 1999.

³⁵⁶ ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 26.

³⁵⁷ OLIVEIRA, Guilherme. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra, Portugal: Almedina, 1998. p. 421.

porque, com a produção do exame genético em DNA, a paternidade é comprovada com certeza científica; a segunda, com o acolhimento da igualdade entre todos os membros da família, o afeto, a solidariedade, o amor, o desvelo, a felicidade, a convivência, os modos de ser-em-família foram acolhidos como direitos fundantes da pessoa humana.

O Código Civil de 1916 não albergava o modo de ser-filho-afetivo, muito menos o modo de ser-em-família tridimensional, que, no entanto, estão reconhecidos na Carta Magna de 1988. Tem-se³⁵⁸ dito que aceitar a condição de ser-filho-afetivo sem legislação é outorgar poder legiferante ao juiz, tornando-se inviável reconhecer a paternidade. A realidade mutante dos valores cultuados nas relações familiares faz com que sejam acolhidos os mundos afetivo e ontológico, nos seguintes termos:

- a) o vazio legislativo não é impasse jurídico à perfilhação afetiva, à medida que, como refere Mauro Cappelletti, os juízes são chamados a esclarecer, integrar, plasmar, transformar e produzir o direito, o que não significa que sejam legisladores³⁵⁹, mas aplicadores da jurisdição constitucional, que compreende a tridimensionalidade humana;
- b) o intérprete/julgador precisa adequar as regras jurídicas com vinculação social, defendendo os anseios da sociedade, já que “o direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de mudança social”³⁶⁰;
- c) o não acolhimento dos mundos afetivo e ontológico deixa uma lacuna no discurso da igualdade entre todos os membros da família;
- d) reconhecer as famílias genética, sociológica e ontológica é priorizar a dignidade e a condição humana como princípio fundamental da República;
- e) o artigo 227, “caput”, e parágrafo 6º, da Constituição, assegura os direitos fundamentais à convivência em família e da igualdade da perfilhação (genética e afetiva);
- f) o artigo 229 da Constituição impõe o dever/obrigação de os pais sustentarem seus filhos e estes, em contrapartida, a garantirem o sustento e a vida de seus pais na melhor idade, na carência e na enfermidade;
- g) o artigo 1.511 do Código Civil afasta a idéia de que o casamento ou a união estável

³⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 52-3 e 119.

³⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p.73 e74.

³⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 59.

é um contrato ou uma instituição, visto que passou a ser uma comunhão plena de vida, genética, afetiva e ontológica;

- h) o artigo 1.584, parágrafo único, do Código Civil, concede a guarda do filho, quando não aos pais, a terceiros, umbilicalmente ligados pelo afeto;
- i) o artigo 1.593 do Código Civil declara que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem, que é a filiação afetiva;
- j) o artigo 1.596 do Código Civil institui a igualdade das filiações (biológica e afetiva);
- k) o artigo 1.597, inciso V, do Código Civil, presume a paternidade na inseminação artificial heteróloga, em que o material genético paterno e/ou materno é de terceiro, assumindo o marido ou convivente a paternidade sem ser o pai genético, mas, sim, afetivo;
- l) o artigo 1.603 do Código Civil reza que a filiação prova-se pela certidão do termo de *nascimento* registrada no Registro Civil, que compreende o filho genético e afetivo;
- m) o artigo 1.605 do Código Civil admite que é constituída a filiação quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos, que é o modo de ser-no-mundo tridimensional;
- n) o artigo 1.610 do Código Civil proíbe a revogação do testamento de admissão voluntária da paternidade biológica ou socioafetiva;
- o) o artigo 1.638 do Código Civil determina a suspensão do poder familiar quando a conduta dos pais não atender ao princípio da proteção integral e absoluta dos filhos;
- p) o texto da lei não pode ser equiparado à norma jurídica, porquanto no texto não está (toda) a norma!³⁶¹, pelo que a lei deve ser complementada pela linguagem do método fenomenológico, que examina o Direito com base na compreensão histórica da tradição, na fusão de horizontes e nos preconceitos. Isso quer dizer que no texto de família não está toda a norma jurídica, que somente poderá ser compreendida pelo modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico;
- q) o artigo 226, parágrafo 4º, da Constituição do Brasil, engendrou a família monoparental, unilinear, nuclear, pós-nuclear, socioafetiva, eudemonista, genética, afetiva e ontológica, vivida no cumprimento das necessidades pessoais, sociais,

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. Em manifestação em apelação criminal nº 70.006.451.827, 5ª Criminal do Tribunal de Justiça do RS, em 20 de junho de 2003. Relator: Luiz Gonzaga da Silva Moura.

com a comunhão da linguagem existencial, em que não é o indivíduo que existe para a família, e sim a entidade familiar é condição de possibilidade do desenvolvimento tridimensional de seus membros;

- r) o pacto constitucional, nos artigos 1º, incisos II a IV, 3º, incisos I e IV, 4º, inciso II, 5º, cabeça, e 170, para citar alguns exemplos, valorizaram os direitos humanos, engendrando uma sociedade, livre, justa, solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras discriminações, assegurando, enfim, uma existência genética, afetiva e ontológica;
- s) os artigos 226 a 230 revogaram os dispositivos do Código Civil de 1916 e demais leis esparsas que patrocinavam o patriarcalismo, a hierarquia e a desigualdade, em detrimento do bem-estar de pais e filhos, cujos comportamentos foram substituídos pelo jeito de ser-em-família, pelo modo de ser-democrático, de ser-dessacralizado, de ser-hermenêutico, refletindo o movimento básico da existência humana;
- t) no conceito social primitivo de paternidade não se incluía, necessariamente, o elemento biológico, o que veio a ocorrer mais tarde, por dois motivos psicológicos: “a) o ciúme, passando-se a exigir a exclusividade; b) o narcisismo, para rever-se no produto, levando o homem a exigir, como condição para tornar-se pai social, a convicção da paternidade biológica”³⁶².

Mas, com a fenomenologia no direito de família, o ser-pai, o ser-mãe, o ser-filho, o ser-em-família, passou a ser um existencial, porque o afeto e o desafeto não são um estado interior, mas, sim, um modo existencial, significando que os modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-afetivo e de ser-no-mundo-ontológico são fenômenos, existenciais, momentos, eventos, instantes, fatos, acontecimentos, que se mostram por si mesmos;

- u) não há diferença de criação, educação, destinação de carinho e amor entre os filhos sociológicos e biológicos, não se podendo conferir efeitos jurídicos desiguais a quem vive a realidade da vida em igualdade de condições, sob pena de revisitar a odiosa discriminação, o que seria, sem dúvida, inconstitucional, à medida que toda a filiação precisa ser adotiva³⁶³.

³⁶² ALMEIDA JÚNIOR, A. *Paternidade: aspectos biopsicológico, jurídico e social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1940. p. 124.

³⁶³ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana. *Revista do Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado*, Santa Cruz do Sul, n. 14, p. 15, jul./dez. 2000.

3.8 Considerações Finais do Direito de Família (Des)Afetivo

Nesse segundo capítulo ficou compreendido que o texto do direito de família não deve ser compreendido exclusivamente pela normatização genética, mas também pelo mundo (des)afetivo, não havendo como negar a influência da principiologia constitucional.

No Estado Constitucional, preponderam os princípios sobre as regras, e dentro de cada regra reside um princípio, que é, na linguagem streckiana³⁶⁴, “a razão prática da discussão jurídica; a realidade que é trazida para dentro da discussão; enfim, é o caso – concreto –, que só existe em sua singularidade, irrepetível, pois!”

A genética, a afetividade e a ontologia são imprescindíveis à saúde física, mental, à inteligência, à educação, à estabilidade econômica, social, material e cultural do ser humano, à dignidade e à condição humana, não bastando tão-só a procriação, a origem genética, como também a ancestralidade afetiva, a recreação, a paz, a felicidade, a solidariedade familiar e o respeito ao modo de ser de cada membro familiar.

O afeto e o desafeto são um construído, um (des)coberto, uma imagem, um especulativo de um sentido na singularidade, na universalidade e na faticidade das relações sociais, do mundo em família e do mundo próprio de cada um, porque o ser humano “não é coisa ou substância, mas uma actividade vivida de permanente autocriação e incessante renovação”³⁶⁵.

Nesse caminho, Heidegger, em sua ontologia fundamental, concorda com a compreensão afetiva do ser humano, o que se infere das seguintes citações dele e de seus seguidores:

- a) o ser humano, na qualidade de ser-no-mundo, é compreensão e afetividade³⁶⁶;
- b) a afetividade atinge o ser humano em sua manifestação de linguagem³⁶⁷;
- c) a compreensão afetiva “é necessária porque, quando falamos, comunicamos marcos afectivos particulares, seleccionamos e omitimos, falamos do que poderia ser”³⁶⁸;
- d) a expressão afeto é devastadora, fazendo “parte de meu relacionamento ek-stático,

³⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 216.

³⁶⁵ BLANC, Mafalda de Faria. *Introdução à ontologia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. p. 110.

³⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 200.

³⁶⁷ COBRA, Rubem Q. *Martin Heidegger*. Disponível em: <<http://www.cobra.pages.nom.br/fc-heidegger.html>>. Acesso em: 20 dez. 2001.

³⁶⁸ ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. O Ideal da Europa. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 56, fase 3-4. p. 327, jul./dez. 2000.

de meu ser-no-mundo”³⁶⁹;

- e) todos “os existenciais, não apenas a compreensão, por exemplo, também a afetividade, tiram o seu sentido do futuro originário”³⁷⁰;
- f) a experiência afetiva, “em que se lhe mostra o ser, ou melhor, em que nos sentimos no meio dele, é uma experiência indistinta de existência, e o seu nada é, paralelamente, um nada da existência finita”³⁷¹;
- g) de acordo com Vattimo³⁷², seguindo as pegadas de Heidegger, a afetividade é “o modo originário de se encontrar e de se sentir no mundo é uma espécie de primeira ‘pressão’ global do mundo que, de alguma maneira, funda a própria compreensão”. Quer dizer que *o intérprete somente compreenderá o texto do direito de família tridimensional se ele se encontrar numa situação afetiva*, na medida em que

o próprio encontro com as coisas no plano da sensibilidade só é possível com base no facto de que o *Deisen* está sempre originariamente numa situação afetiva; por conseguinte, toda relação específica com as coisas individuais (mesmo a compreensão e sua articulação interpretativa) é possível em virtude da abertura ao mundo garantida pela tonalidade afectiva. ‘A tonalidade afectiva abriu desde já sempre o *Deisen* ao mundo na sua totalidade, tornando assim possível um dirigir-se para’.

Momento seguinte, Vattimo afirma que o ser humano pode confiar “a descoberta originária do mundo à simples tonalidade afectiva”, querendo dizer que o “ser-no-mundo nunca é um sujeito puro porque nunca é um espectador desinteressado das coisas e dos significados”.

O mundo da afetividade também compreende o perdão e a reconciliação, visto que, em linguagem gadameriana³⁷³, o simples fato de alguém pedir perdão significa que ele está perdoado, independentemente da manifestação do ofendido, pelo que

àquele que conseguiu pedir perdão é permitido acolhê-lo de tal modo que já lhe foi perdoado. Eis o único perdão que existe, uma palavra que já não tem de ser dita, porquanto já abriu o caminho que conduz de um ao outro, porque já superou, através do gesto da palavra, a desavença, a injustiça, isto é, tudo o que nos dissociava.

³⁶⁹ HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Tradução: Gabriela Arnhold; Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 187.

³⁷⁰ HAAR, Michel. *Heidegger e a essência do homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. p. 65.

³⁷¹ FRAGA, Gustavo de. *Sobre Heidegger*. Coimbra: Livraria Almedina, 1965. p. 35.

³⁷² VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10. ed. Portugal, Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 38-40.

³⁷³ GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 20.

Com o perdão, abrem-se as comportas da reconciliação, a qual, segundo Gadamer³⁷⁴, é “algo da verdadeira historicidade interna do homem; portanto, da possibilidade do seu crescimento interior”. Aduz, ainda, a seguinte passagem de afetividade e de solidariedade humana, principalmente no ventre da conjugalidade, da convivencialidade, da parentalidade e do modo de ser-no-mundo tridimensional:

É esse, de facto, o segredo da reconciliação: onde quer que exista a desunião, a desavença e a cisão, onde entre nós estivermos divididos, onde a nossa convivência se desfez, quer se trate de um Eu ou Tu, ou de uma pessoa e a sociedade, ou eventualmente do pecador e a Igreja – em toda a parte experimentamos que, com a reconciliação, um mais entra no mundo. Só através da reconciliação se pode superar a alteridade, a ineliminável alteridade, que separa o homem do homem e se eleva, sim, à admirável realidade de uma vida e de um pensamento comuns e solidários.

Significa que ninguém melhor do que Gadamer soube decifrar e compreender a família, motivo pelo qual seu pensamento tem aplicação na tridimensionalidade humana, pelo seguinte: a genética está incorporada nas células humanas; a afetividade se dá por meio do incansável esforço de união, consenso, diálogo e reconciliação entre os humanos na família e na sociedade; a ontologia, por meio da defesa intransigente ao respeito do mundo particular, pessoal do ser humano.

A (des)afetividade acompanha o ser humano desde a concepção até o leito de sua morte, tendo profunda influência no modo de ser-no-mundo, sendo inclusive a chave que abre o mundo dos seres vivos em geral (mundo genético) para o mundo humano, à medida que, “sem essa abertura mútua, tampouco pode existir verdadeiro vínculo humano”³⁷⁵, que é condição de possibilidade para pré-compreender o ser humano em sua tridimensionalidade.

Não há a menor dúvida de que é no recôndito da família que cresce, evento a evento, a importância do diálogo, do perdão e da reconciliação permanente, à medida que eles curam os desentendimentos e entram “numa conversação que ninguém dirige, mas que a todos nos conduz”³⁷⁶, sendo, pois, o vaivém da palavra, o escutar recíproco de um e outro, em que se forma e se elabora o ser-com, que possui os modos de não ouvir, resistir, defender-se³⁷⁷.

O ser humano convive e compartilha a sua totalidade humana quando ouve e é ouvido,

³⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 20-21.

³⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 471-472.

³⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. *O mistério da saúde: o cuidado da saúde e a arte da Medicina*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1993. p. 129.

³⁷⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schulack. 14. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. pt. 1, p. 222-3.

tornando-se um ser-com-os-outros, socializando-se e tornando-se diferente dos demais seres vivos em geral, isso porque “o mundo é sempre o mundo compartilhado com os outros. O ser-em é ser-com os outros. Somente onde se dá a possibilidade existencial de discurso e escuta é que alguém pode ouvir”³⁷⁸.

Os membros da família precisam procurar se educar na conversação, no direito existencial de ouvir e de ser ouvido e no diálogo interminável, de tal modo que possam reconciliar, aceitando a diversidade tridimensional que habita em todo ser humano, porque se afeto é harmonia, saúde e inteligência, o desafeto é desequilíbrio, doença, ausência de educação. O (re)estabelecimento do afeto, da saúde tridimensional, poderá ser efetivado com o ouvir e o ser ouvido, promovendo o círculo *hermenêutico*, e não um círculo hermético, uma vez que cada ser humano é de maneira diversa, pelo que não existe “historia de amor que no se cree sus propias relaciones internas y externas, por cuya tensión no se deje al mismo tiempo transportar”³⁷⁹.

Se Gadamer e Heidegger compreendem, respectivamente, que “ser que pode ser compreendido é linguagem” e que “a linguagem é a casa do ser”, é porque o sentido da família será compreendido/desvelado pela linguagem genética, afetiva e ontológica, quando então toda conversação em família, social e pessoal passa a gerar uma linguagem em comum. Essa nova linguagem comum surge com a conversação, com o diálogo, com o dizer e deixar-se dizer, o que não significa a adaptação de uns aos outros, um “mero confronto e imposição do ponto de vista pessoal, mas uma transformação que converte naquilo que é comum, na qual já não se é mais o que se era”³⁸⁰.

Surge, com isso, uma nova forma de compreender o texto do direito de família, não apenas dentro de um mundo natural, do mundo genético, do instinto, do mundo dos demais seres vivos, mas de outros dois mundos comuns pertencentes ao ser humano - afetivo e ontológico -, em que os demais seres vivos não fazem parte.

O mundo afetivo é o mundo do relacionamento em sociedade, mas, essencialmente, da compreensão, do diálogo, do entendimento, da solidariedade, do afeto e do desafeto, do amor, do perdão, da reconciliação.

O mundo ontológico é o mundo humano pessoal, é o modo de ser e de estar-aí-no-

³⁷⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schulack. 14. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. pt. 1, p. 170.

³⁷⁹ KOSELLECK, Reinhart. *Histórica y hermenéutica*. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Paidós Ibérica, Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1997. p. 77.

³⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 493.

mundo, do diálogo consigo mesmo, uma autoconversação, um auto-relacionamento, uma linguagem e compreensão de si mesmo, porquanto compreender algo significa sempre aplicá-lo a nós próprios.

Essa confabulação familiar não se situa no mundo genético, no mundo circundante, como sempre tem sido apregoado e aplicado pelo legislador/intérprete, na medida em que o mundo biológico não distingue os humanos dos demais seres vivos. O acordo na conversação é diferente, assevera Gadamer³⁸¹, uma vez que é uma linguagem *humana* que “deve ser pensada como um processo vital específico e único, pelo fato de que no entendimento da linguagem se manifesta ‘mundo’”.

Além disso, o autor anota que o mundo é um solo comum, “não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si”. É por isso, conclui, que a linguagem é por sua essência a linguagem da conversação, só adquirindo sua realidade quando se dá o entendimento mútuo.

Entendimento mútuo não é possível no mundo genético, onde habitam os seres vivos em geral, sendo por isso que o humano é diferente, porque ele tem outros dois mundos *humanos* (afetivo e ontológico), tendo, portanto, linguagem. Significa que a dogmática jurídica e o legislador, ao normatizar o ser humano apenas parcialmente no mundo genético, já que é praticamente impossível legislar sobre a evolução humana, equipararam o humano aos seres vivos, tendo em vista que o ingresso dele na totalidade da tridimensionalidade humana é a condição de possibilidade de ser compreendido e tornar-se um ser humano.

Essa compreensão pode ser efetivada pela hermenêutica filosófica, mediante a singularidade e a historicidade da coisa mesma, da parte ao todo e do todo à parte³⁸², a partir de si mesmo³⁸³, do permanente efeito recíproco e da ida e volta do olhar³⁸⁴ entre o texto, o intérprete, a tradição familiar e da suspensão dos preconceitos puros e impuros. Para tanto, é fundamental a compreensão da distância do tempo, que distingue “os pré-juízos (preconceitos) *verdadeiros* segundo os quais *compreendemos*, dos pré-juízos *falsos* que produzem os *mal-entendidos*”³⁸⁵.

³⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 575-6.

³⁸² MORENO, Montserrat; SASTRE, Genoveva. O significado afetivo e cognitivo das ações. In: ARANTES, Valéria Amorim (Org.). *Afetividade na escola*. São Paulo: Summus, 2003. p. 130.

³⁸³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 72

³⁸⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 283.

³⁸⁵ TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica filosófica e história*. Passo Fundo: Ed. UPF, 2004. p. 62, nas pegadas de Gadamer.

Dessa forma, para compreender o texto do direito de família devem ser suspensos, afastados, expostos os preconceitos ao crivo da diversidade, do modo de ser-nos-mundos-genético-des-afetivo-ontológico, para que haja o desvelamento da verdade, da dignidade, da igualdade, da liberdade e da condição humana. Isso, na linguagem gadameriana, quer dizer que a consciência hermenêutica precisa ser uma consciência histórica³⁸⁶, visto que “a consciência hermenêutica tem sua consumação não na certeza metodológica sobre si mesma, mas na comunidade de experiência que distingue o homem experimentado daquele que está preso aos dogmas”³⁸⁷.

A compreensão da família não pode ser pensada na limitada subjetividade, mas, sim, como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, em que se misturam constantemente passado, presente e futuro. Por isso, não basta examinar o texto do direito de família pelos mundos genético e afetivo (capítulos I e II), sendo necessário também compreender o mundo ontológico (*Eigenwelt*), o qual, caso não reconhecido, “as relações interpessoais tenderão a se tornar superficiais e estéreis”, e isso ocorre porque o afeto, sem esse mundo particular, próprio e único de cada humano, “carece de poder e de capacidade para frutificar-se”³⁸⁸.

Numa só palavra, a ausência do mundo pessoal (ontológico) causa a dissolução do mundo afetivo do ser humano, porque ele estará se relacionando unicamente no mundo genético, em que se encontram os seres vivos em geral, que não possuem linguagem.

A resistência em aceitar a idéia de um ser humano genético, afetivo e ontológico contribuiu para a lenta evolução do direito de família, pelo que não é mais possível tolerar as ponderações colacionadas por Carlos Maximiliano, ao certificar que vários sentimentos levam o magistrado a ancorar-se no argumento de autoridade: “o medo de errar se acaso se fia em suas próprias luzes; o receio de constituir opinião isolada; a aversão às novidades, comum nos velhos e nos que publicaram o seu modo de pensar; o desejo de obter assentimento de outros, vitórias, aplausos”³⁸⁹.

Logo a seguir, o autor reconhece que existe um caso em que o argumento de autoridade se torna muito positivo, quando os escritores aparecem “como um feixe compacto, um bloco, melhor ainda quando é unânime, que, sem excluir absolutamente o critério

³⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 79-80.

³⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 472 e 385.

³⁸⁸ MAY, Rollo. *A Descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. Tradução: Cláudio G. Somogyi. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 143-145.

³⁸⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 275.

profissional do intérprete, lhe impõe grande prudência para romper, de frente, contra o que a mesma lhe sugere”.

Essa fala da autoridade é desdenhada por parte da comunidade jurídica e social, que está a defender o acontecer da Constituição do País, mediante a jurisdição constitucional, e não mais o pensamento subjetivo impregnado pelo sentido comum teórico, de que:

- a) a lei é a única fonte do Direito;
- b) o estudo do Direito restringir-se aos Códigos;
- c) o intérprete do Direito deveria submeter-se à vontade do legislador;
- d) Direito válido é tão-somente o Direito estatal;
- e) na aplicação da lei, o intérprete precisa formatar raciocínio lógico dedutível, não interpretando o Direito com vínculo genético, afetivo, ontológico e social.

Nesse sentido, Streck registra que a cultura jurídica está acorrentada na *reprodução* liberal-individualista do Direito (entre Caio e Tício), quando, na realidade, o Estado Democrático de Direito reclama a *produção* do Direito com vinculação social, já que a relação é transmoderna, em que os conflitos predominantes são de cunho transindividual. O direito de família, continua o autor, é (des)cuidado nessa mesma angularização entre Estado e parte, surgindo, com isso, um contraponto, já que o Estado Constitucional passa, necessariamente, “por este deslocamento do centro das decisões dos Poderes legislativo e executivo para o âmbito do judiciário”.

Isso quer dizer que de nada adianta interpretar-se o Direito com base em norma infraconstitucional ou devido a um feixe compacto de escritores, na medida em que deve passar, obrigatoriamente, pelo processo de filtragem do texto constitucional.

Também afasta a fala de autoridade Luiz Alberto Warat, ao pontificar que os discursos de verdade não são resultados de um emissor isolado, mas, sim, “vinculados a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica dominante”³⁹⁰, os quais, na visão streckiana, estão legitimados a fazer, inclusive, “extorsões de sentido”, “trucagens discursivas” e “abusos significativos”, e quem resistir, se rebelar ou ostentar a ousadia de “desafiar esse processo de confinamento dos discursos, enfim, quem tentar entabular um contra-discurso, responde(rá) pelo (hediondo) crime de ‘porte ilegal da fala’”³⁹¹.

³⁹⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 68.

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica) e Estado democrático de direito: uma análise crítica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 1998/99. p. 110.

É por isso que Streck propõe a eliminação do caráter de ferramenta da Constituição, porquanto “a Constituição não é ferramenta – é constituinte. Temos de des-objetivar a Constituição, tarefa que será possível com a superação do paradigma metafísico que (pré)domina o imaginário dos juristas”³⁹². A seguir, argumenta que há necessidade de ser aberta uma clareira no Direito, para des-ocultar caminhos, porquanto “é na abertura da clareira, no aberto para tudo que se apresenta e ausenta, é que se possibilitará que a Constituição se mostre como ela mesma, que se revele e se mostre em si mesma, enquanto fenômeno”.

A Constituição do País, acrescenta o autor, deve se desnudar, “deixando vir à presença o ente (constitucional/constitucionalizado) no seu ser (isto é, em seu estado de des-coberto), conduzindo o discurso jurídico ao próprio Direito, des-ocultando-o, deixando-o visível”, à medida que “constituir alguma coisa é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é co-produtora. Desse modo, violar a Constituição ou deixar de cumpri-la é descumprir essa constituição do contrato social”.

A Constituição, a família, o ser humano, é um acontecer, um evento, um momento, um modo de ser-no-mundo tridimensional, porquanto, anota Streck, as palavras da lei são engendradas de vaguezas, ambigüidades e de incertezas significativas, inviável extrair-se o sentido “fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico.

Basta, para tanto, ler a Constituição do País ou qualquer dispositivo de um Código para perceber as múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem ao usuário/operador do Direito”. O autor adverte que, “sem a suspensão dos pré-juízos e, conseqüentemente, sem confrontá-los/fundi-los com um horizonte de sentido crítico o intérprete estará incorrendo em um discurso inautêntico, repetitivo, psicologizado e desontologizado”.

Não é sem razão que Merryman³⁹³ historia que praticamente não existe um artigo dos Códigos Civis típicos (da Prússia, de 1794, Napoleônico, de 1804, da Saxônia, de 1863, e da Alemanha, de 1896), “que haja escapado a la necesidad de la interpretación judicial para obtener un significado que no era claro para las partes, para sus abogados o para los propios jueces”. Em outras palavras, o texto da lei não pode ser equiparado à norma jurídica, visto que, argumenta Streck, no texto não está (toda) a norma!³⁹⁴, pelo que o texto do direito de família deve ser compreendido e concretizado pelo sentido do rio de sua historicidade, do

³⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 287.

³⁹³ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 87.

³⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Em manifestação em apelação criminal nº 70.006.451.827*, 5ª Criminal do Tribunal de Justiça do RS, em 20 de junho de 2003. Relator: Luiz Gonzaga da Silva Moura.

acontecer da linguagem fenomenológica tridimensional.

Resumindo os dois primeiros capítulos, a pesquisa até agora efetivada foi a seguinte: no primeiro capítulo foi visto que o ser humano habita o mundo genético; no segundo, que o ser humano habita nos mundos genético e (des)afetivo.

A partir do terceiro capítulo, o texto do direito de família será compreendido como um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, um acontecer, um evento, um momento, um significante, um enunciante, uma realidade no mundo da vida.

Para tanto, abordarei as teorias do Direito e a compreensão do direito de família pela hermenêutica filosófica, para que haja o entrelaçamento da tese, de que a família é uma linguagem tridimensional.

4 DIREITO DE FAMÍLIA ONTOLÓGICO

Em vista da sustentação da compreensão do direito de família pela linguagem tridimensional, há necessidade de ser confeccionada uma resenha das teorias do Direito, a começar pelo racionalismo moderno, transitando pela hermenêutica tradicional e culminando na hermenêutica filosófica, que não é uma teoria do Direito, e sim um ramo da filosofia no Direito³⁹⁵.

A dogmática jurídica não contribui para a (r)evolução do direito de família, tendo em vista que foi gerada na época do Estado Absolutista, não se coadunando com a Idade Constitucional, em que se luta contra “a pretensão de haver um único caminho de acesso à verdade”, havendo necessidade, pois, de ser arredado o monismo metodológico da hermenêutica tradicional, com a implantação da hermenêutica filosófica.

Investigarei as razões de a comunidade jurídica continuar resistindo à compreensão total da tridimensionalidade humana, da instalação da principiologia constitucional e os motivos que levam o Poder Judiciário, em uma Era laica, democrática, hermenêutica, social e universal a permanecer neutro com relação à *produção do Direito com vinculação social*. Isso porque ele se constitui em um Poder da República em igualdade de condições com os demais Poderes, não havendo razoabilidade na cega e absoluta obediência ao legislador, como se a humanidade ainda estivesse nos séculos XVII e XVIII.

Algumas conseqüências do paradigma do racionalismo jurídico moderno podem ser citadas:

- a) a aceitação incondicional de que a lei se esgota no Direito, sendo a vontade do legislador a verdade justa, única, sagrada e absoluta, que é *reproduzida* incansavelmente pela cultura jurídica;
- b) é adotado o totalitarismo do Estado Absolutista, incompatível com o Estado Democrático de Direito, pelo que o racionalismo é antidemocrático;
- c) instituiu o individualismo, que não aceita a diferença entre os seres humanos, que é indispensável para um pacífico relacionamento numa democracia;
- d) separou a realidade, os fatos, nos Direitos Material e Processual;

³⁹⁵ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: _____; HASSEMER, Hassemer (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 25.

- e) pondera a interpretação das regras infraconstitucionais em detrimento do sentido das regras e dos princípios constitucionais;
- f) acolheu unicamente parte da família genética normatizada, em prejuízo aos modos de ser-nos-mundos-genético-afetivo-ontológico do ser humano;
- g) compreende o texto do direito de família pela subjetividade do intérprete, esquecendo-se que na Era Constitucional prevalece a intersubjetividade.

Nesse sentido, Johannes Hessen³⁹⁶ historia que o racionalismo encontra a principal fonte no conhecimento humano, na razão subjetiva, ao aduzir o seguinte: “se minha razão julga que deve ser assim, que não pode ser de outro modo, e que, por isso, deve ser assim sempre e em toda parte, então (e só então), segundo o modo de ver do racionalismo, estamos lidando com um conhecimento autêntico”. O autor acrescenta que quase todos os defensores do racionalismo também são matemáticos, e por isso essa teoria jurídica é unilateral, porquanto “infere proposições materiais de princípios formais e deduz conhecimentos a partir de meros conceitos”.

O paradigma dogmático está umbilicalmente ligado a dois elementos básicos, afirma Streck³⁹⁷, quais sejam: “a identificação do Direito com a lei e o monopólio da produção normativa pelos órgãos estatais”. O positivismo jurídico “separa o Direito – reino da razão – da política – reino da paixão. Isola o Estado da sociedade civil”.

Buscarei identificar e propor o afastamento do pensamento dogmático no contexto constitucional, para, em momento seguinte, compreender a família pela linguagem tridimensional da genética, da (des)afetividade e da ontologia, o que poderá ser efetivado pela hermenêutica filosófica, para quem “compreender acaba sendo um compreender-se”, tendo em vista que “compreender é o caráter ontológico original da própria vida humana”, implicando a totalidade dessa estrutura existencial³⁹⁸.

4.1 A Matriz Teórica Analítica

A matriz analítica, também denominada filosofia analítica, neopositivismo, positivismo

³⁹⁶ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução: João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.48, 50 e 54.

³⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Direito Penal, criminologia e paradigma dogmático: um debate necessário. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 36, p. 17, 1995, lembrando CELSO CAMPILONGO. *Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal*. São Paulo: 1982. p. 12 e seguintes.

³⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 348-349 e 351.

lógico ou empirismo lógico, surge dos estudos de um grupo de filósofos do chamado Círculo de Viena, que tinham por objetivo criar uma ciência pura e autônoma do Direito, com objeto e métodos próprios, reduzindo o estudo do cientista jurídico à norma (im)posta. A matriz analítica neopositivista manteve o mesmo apego do positivismo jurídico que lhe antecedeu, entendendo equivocadamente que somente o que está na lei é Direito, havendo o predomínio do Legislativo em detrimento do Judiciário, ao qual cabe a função de oráculo, de boca da lei, decidindo os casos concretos conforme as palavras expressas na lei, em seu sentido literal, metodológico.

Analisarei, em um primeiro momento, para melhor compreender a matriz analítica, o racionalismo e o positivismo jurídico, para, a partir daí, entrar na matriz analítica e na hermenêutica tradicional e, por fim, aprofundar a pesquisa do direito de família pela hermenêutica filosófica.

4.1.1 O Racionalismo e o Positivismo Jurídico

Para os gregos, a idéia de razão tinha o sentido originário de *juntar, ligar*, e as expressões latinas *reor, ratio*, correspondiam aos signos *calcular, contar*, compreensão ligada à sabedoria, à prudência, à inteligência humana³⁹⁹.

No período denominado Renascimento, caracterizado pela valorização do homem, visto como ser racional, a partir das ciências exatas, a matemática, é proposta uma *ciência* (racional) do Direito. Para Descartes⁴⁰⁰, o conhecimento devia pautar-se no sentido de descobrir a verdade, mediante a utilização da razão, que predica a certeza, pelo que “onde quer que o espírito disponha-se à busca da verdade, pode-se recorrer a um conjunto bem preciso de regras, derivadas da matemática”. Com isso, pregava-se que “se é aceitável que a matemática ensina-nos a ligação entre a descoberta da verdade e a aplicação de um método, é fácil perceber-se que ele permite a abstração deste método para sua aplicação sobre outras matérias”.

Para Leibniz, “assim como na matemática, também as verdades da metafísica, da moral e da ‘ciência natural do direito’ podem ter a mesma clareza e poderão ser objeto de

³⁹⁹ GRANGER, Gilles-Gaston. *A Razão*. Tradução: João da Silva Gama. São Paulo: Edições 70. p. 13-15.

⁴⁰⁰ PIMENTA, Olímpio. *Razão e conhecimento em Descartes e Nietzsche*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000. p. 21 e 24.

demonstração, com o mesmo rigor com o que se demonstra um postulado matemático⁴⁰¹. Ademais, entendia o autor que o Direito era uma daquelas ciências que não dependiam de experiência, e sim de definições, não sendo demonstração de sentidos, mas, sim, de razão, de certeza matemática, concluindo que “no es sorprendente que los principios de estas ciencias sean verdades eternas⁴⁰². É por isso que Leibniz

não considera apenas demonstráveis as proposições jurídicas, tais como são demonstráveis as verdades geométricas, mas, além disso, lança os fundamentos para a subsequente construção do ‘mundo jurídico’, depois consagrado pela filosofia de Kant, tornando o direito uma ciência generalizante, ciências das normas e das verdades eternas; em última análise, alimentando aquela tendência, a que já aludimos, de fuga do mundo empírico para o mundo normativo, que tão drasticamente acomete o pensamento jurídico moderno.

A partir das novas exigências da sociedade renascentista, realizou-se o Pacto Social (séculos XVII e XVIII), fundando o Ente artificial denominado Estado, que foi justificado⁴⁰³, basicamente, na segurança, paz e ordem social (Thomas Hobbes)⁴⁰⁴, além da tutela de direitos naturais e inalienáveis dos homens (John Locke)⁴⁰⁵ e na busca pela igualdade material social (Jean Jacques Rousseau)⁴⁰⁶.

Instalado o Estado secular, contribuíram para a complexidade da sociedade moderna a afirmação da condição humana (humanismo), o cientificismo (racionalismo), as grandes navegações (expansão comercial), o protestantismo (a Igreja Católica deixa de ser a única referência dos cristãos), as revoluções políticas, econômicas e filosóficas (Iluminismo, Revoluções Francesa, Americana, Industrial) etc. O que até então não era visto, sentido e sequer imaginado em tempos passados, passava a ser uma constante na dinâmica vida moderna das cidades, ocorrendo verdadeira transposição de expressões, referências e conceitos.

Dessa forma, a comunidade (centralizada) passou a se chamar sociedade (descentralizada)⁴⁰⁷; as justificativas transcendentais do poder (político e jurídico) foram

⁴⁰¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 43.

⁴⁰² LEIBNIZ, G. W. *Los Elementos del derecho natural*. Tradução: Tomás Guillén Vera. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. p. 70-71.

⁴⁰³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 43-50.

⁴⁰⁴ RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os Clássicos da política*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. v. 1, p. 62.

⁴⁰⁵ CORRÊA, Darcísio. *A Construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. Ijuí: Ed. Unijuí, 1999. p. 53.

⁴⁰⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 390.

⁴⁰⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. A Epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 195-196, 2005.

substituídas pela razão (criação) humana; a organização social deixou de ser estratificada, passando a ser diferenciada, motivo por que houve necessidade de positivar/normatizar o Direito.

O ser humano moderno, na busca pela emancipação e, conseqüentemente, na libertação, entendeu que não bastava dominar, sendo preciso “conhecer para dominar, e dominar para libertar”⁴⁰⁸. Surge a idéia de positivação do Direito, não para torná-lo escrito⁴⁰⁹, e sim porque o ordenamento jurídico passava a ser um dado da criação humana, dinâmico (e não mais estável/imutável como era a moral, a tradição, o costume), profano (e não mais divino como eram as revelações religiosas), exigindo maior conhecimento e rigor científico.

Surge o positivismo jurídico, que se constitui “numa epistemologia e numa ideologia de leitura do direito positivo, essencialmente metafísica, que crê, de uma forma um tanto contraditória, com a idéia de *mudança* inerente ao fenômeno da positivação, na auto-existência do objeto criado pelo homem, notadamente da lei”⁴¹⁰. Na visão positivista, Direito é sinônimo de lei, de regra (im)posta, a única fonte do Direito, já que decorre da vontade *sempre justa* do legislador.

O caminho jurídico, sob a ótica vestibular do positivismo jurídico, devia funcionar da seguinte forma: a lei, elaborada pelo Legislativo e, depois de sancionada pelo Executivo, passava a ter validade e presunção absoluta de ser justa, cabendo ao juiz, representante do Judiciário, mediante o caso concreto (premissa menor), a função mecânica (neutra) do silogismo judiciário, considerando a vontade do legislador (premissa maior) presente no sentido literal dos signos expressos na lei, surgindo daí o método gramatical e a interpretação meramente declarativa que constituíam a sentença (conclusão)⁴¹¹. Os positivistas compreendem o Direito como um sistema completo, fechado, infalível e justo, decorrente da vontade do legislador, sendo a lei equiparada ao Direito, que não apresenta lacunas.

Na dúvida ou na inexistência de lei, o juiz deveria recorrer ao legislador, pedindo auxílio, esclarecimento sobre qual a vontade sobre determinada expressão. Com a publicação do Código de Napoleão foi afastada a *referé législatif*, isso porque o *Code Civil* oferecia a solução para todos os casos de lacunas e de falta da lei, e, caso não houvesse previsão

⁴⁰⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. A Epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3. p. 197, 2005.

⁴⁰⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 72.

⁴¹⁰ GALUPPO, Marcelo Campos. A Epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 198, 2005.

⁴¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 100-101.

jurídica, o fato levado ao Judiciário era tido como não jurídico⁴¹², ocorrendo o que ainda hoje se conhece por impossibilidade jurídica do pedido.

O positivismo jurídico limitou os fatos, a realidade, ao que o legislador havia tornado juridicamente possível de ser tutelado (juridicização), não aceitando como jurídico e nem como justo o que estivesse fora do universo normativo. O princípio da separação dos poderes, a idéia de um Legislativo forte, que se sobrepunha ao Judiciário, representado por juízes, instrumentos que reproduziam fielmente as palavras da lei, decorre da obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu⁴¹³, que, em sua concepção, “quanto mais o governo se aproxima da República, mais a forma de julgar se torna fixa [...]. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei”.

Extremamente positivista, Hobbes, criador do Estado Absolutista, há vários séculos, em seu *Leviatã*⁴¹⁴, afirmou o seguinte, o que, infelizmente, ainda continua sendo cumprido pela comunidade jurídica:

Nossos juristas concordam que a lei nunca pode ser contrária à razão, como também não ser a letra – quer dizer, cada uma de suas frases – a própria lei, e sim aquilo que é conforme a intenção do legislador [...]. É possível que muito estudo fortaleça e confirme sentenças errôneas [...]. O que faz a lei, portanto, não é aquela *juris prudentia*, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado [...]. Em todos os tribunais de justiça quem julga é o soberano – que é a pessoa do Estado. O juiz subordinado deve levar em conta o motivo que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença não destoe desta lei. Nesse caso, *a sentença é do soberano, caso contrário é do juiz, e é injusta* (destaquei).

Essas são algumas circunstâncias que estão causando o falecimento do positivismo jurídico⁴¹⁵, que exclui a realidade da vida no mundo, (de)limitando o Direito à lei, acreditando em verdades exatas, imutáveis, eternas, absolutas (racionalismo), exigindo a neutralidade, o mais perigoso de todos os preconceitos, do Poder Judiciário, ao impor-lhe a tarefa de tão-só declarar o sentido literal do texto da lei, reproduzindo a vontade do legislador, seus interesses, seus preconceitos, afastando do cenário jurídico a razão prática, o que não é do interesse do legislador.

⁴¹² JUSTO, A. Santos. *Introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. (Palestra ministrada na Unisinos, 2005).

⁴¹³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 87.

⁴¹⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.200.

⁴¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 223, 2006.

Conseqüência disso, anota Baptista da Silva⁴¹⁶, é que o Poder Judiciário, em plena vigência do século XXI e em um Estado de Direito, Laico, Democrático e Social, não consegue retirar as amarras de aprisionamento do texto legal, sendo instrumento de expressão de vontade, oráculo do legislador, servo da lei, ou, como disse Montesquieu, boca da lei. Isso porque, como sentenciava Hobbes, somente as leis são as regras do justo e do injusto, querendo dizer que o Direito está cristalizado unicamente no texto da lei escrita, não havendo, assim, leis injustas, porque derivadas da força da vontade do soberano/legislador.

4.1.2 A Matriz Analítica ou Neopositivismo

A crise epistemológica, ideológica, do positivismo jurídico passa a ser enfrentada, no século XX, pelos pensadores do Círculo de Viena, com o objetivo de unificar a ciência mediante uma metodologia universal e pela análise de sua linguagem. Surge, então, o neopositivismo, também denominado de matriz analítica, filosofia analítica, empirismo lógico ou positivismo lógico⁴¹⁷.

Exponente do novo positivismo jurídico, Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, propõe uma nova matriz epistemológica, sem abandonar, contudo, o pensamento racionalista de criar uma Ciência do Direito que devia ser isenta de qualquer influência externa (do meio social), já que, “na teoria pura, uma coisa é o Direito, outra, distinta, é a ciência do Direito. O Direito é a linguagem-objeto, e a ciência do Direito a metalinguagem: dois planos lingüísticos diferentes”⁴¹⁸. Essa teoria não visa a entender o Direito como um produto da justiça, mas, sim, como uma técnica social, baseada na experiência humana. O fundamento de sua validade é uma hipótese jurídica, uma norma fundamental, examinando o direito positivo puro⁴¹⁹. Para o autor, uma ciência do Direito está umbilicalmente ligada a uma teoria capaz de desvincular-se de qualquer elemento estranho ao Direito, apto a expurgar de si toda a referência que não seja jurídica, arquitetando um sistema auto-referente, excluindo dele

⁴¹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 43. Ao citar a passagem da subordinação do Poder Judiciário aos demais Poderes, o autor lembra Edmundo Campos Coelho. *As profissões imperiais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro, 1822-1930*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 178.

⁴¹⁷ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2269.

⁴¹⁸ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003. p. 96-97.

⁴¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. Martins Fontes, 1992. p. 2.

quaisquer considerações não normativas.

Nessa perspectiva, só era Direito o fato (ser) que havia se tornado conteúdo da norma, que prescreve o dever-ser, sendo a norma jurídica objeto da Ciência do Direito. É dizer, na defesa de uma ciência *pura* do Direito, Kelsen separou o conhecimento jurídico dos demais subsistemas da sociedade, como a moral, a religião, a política, a economia etc., ignorando a realidade, o mundo dos fatos, o mundo social, a razão de existência do Direito. O autor se esqueceu que o fato tornado norma jurídica nada mais é do que o ser convertido em dever-ser, influenciado pela moral, cultura, política e meio social, não havendo uma ciência pura, já que seu objeto é a norma jurídica que, antes de ser conteúdo normativo, é fato social, sofrendo influências de todos os segmentos sociais. Significa que a ciência de Kelsen não é tão pura, pois, mesmo negando interferências externas, normatizava o ser, tornando-o dever-ser (norma jurídica), objeto da Ciência do Direito, o que ele havia notado, quando diferenciou o sistema estático do sistema dinâmico, observando que, numa sociedade dinâmica, condutas produzem normas⁴²⁰.

A proposta kelseniana manteve os mesmos paradigmas do positivismo jurídico, reduzindo o conhecimento do Direito à lei, não admitindo interferências externas, por acreditar que o fundamento do Direito estava no próprio Direito⁴²¹, cabendo ao cientista jurídico estudar/conhecer a norma posta para saber/dominar o Direito. Por conseguinte, o objeto do conhecimento científico continuou sendo a lei, somente válida se de acordo com uma lei fundamental, hierarquicamente superior.

Ao normativismo de Kelsen, Norberto Bobbio aplicou a filosofia analítica, empreendendo um maior rigor lingüístico ao sentido das palavras da lei. Considerando a lei uma proposição normativa, esse autor restringiu a interpretação da lei à abordagem do enunciado normativo, sendo preciso existir regras de uso das definições jurídicas, criando, para tanto, a idéia de purificação, integração e ordenação da linguagem jurídica⁴²².

Assim, se de um lado, o normativismo kelseniano contribuiu para introduzir “a perspectiva dinâmica do direito, explicando os processos de produção e auto-reprodução das normas”⁴²³, de outro lado, a Ciência do Direito, por meio da matriz analítica, apenas

⁴²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 69.

⁴²¹ BERNARDES, Márcio de Souza. *A compreensão do direito nas matrizes neopositivistas e pragmático-sistêmica*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5624>>. Acesso em: 11 set. 2005.

⁴²² ROCHA, Leonel Severo et al. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 19-20.

⁴²³ ROCHA, Leonel Severo et al. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

descreveu o sistema normativo, baseando-se em critérios sintático-semânticos que não correspondiam às expectativas e às novas exigências teórico-sociais do sistema social complexo. Com isso, a filosofia analítica adentrou em profunda crise, surgindo, como resposta, outras teorias do Direito, como a dogmática jurídica, a pragmático-sistêmica, além da hermenêutica filosófica, que não é uma teoria do Direito, e sim uma teoria filosófica *no* Direito.

4.1.3 Legado do (Neo)Positivismo: a dogmática analítica

A positivação do Direito, a partir das matrizes epistemológicas do positivismo jurídico e do neopositivismo, importou na reprodução dogmática do Direito, considerando Direito somente o contido nos textos legais, afastando os fatos do mundo do Direito, transformando o julgador em mero copiador da vontade do legislador⁴²⁴. Para examinar a evolução político-jurídica do mundo ocidental, é preciso volver ao tempo do Estado de Moderno. O termo Estado surge pela primeira vez no século XVI, na obra “O Príncipe”, de Nicolau Maquiavel, que, numa análise política, buscou descobrir “como fazer reinar a ordem, como instaurar um Estado estável?”⁴²⁵, com poder legiferante e apto a decidir, isoladamente, as questões internas e externas, embora fosse um poder laicizado, separado dos ditames religiosos.

Com a elaboração do Pacto Social e a instalação do Estado secular, o rei libertou-se das influências eclesiásticas, exercendo seu reinado de forma ampla: passa a ter não só poder, mas, também, autoridade⁴²⁶, tendo início o Estado Absolutista, defendido pelo contratualista Thomas Hobbes, que, em sua obra *Leviatã*, publicada em 1651⁴²⁷, listou as características desse Estado: poderes ilimitados ao Monarca, a fim de garantir a ordem, a paz social, já que os homens haviam perdido parte de sua liberdade, ao fundar o ente artificial que, em contrapartida, tinha por objetivo a segurança (jurídica).

Foi com o surgimento do Estado Moderno (secular) que teve início o processo de positivação do Direito, que passou a exigir um conhecimento jurídico científico, afastando o

⁴²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 15.

⁴²⁵ SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual sem *virtù*. In: WEFORT, Francisco C. (Org.). *Os Clássicos da política*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. v. 1. p. 18.

⁴²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 63.

⁴²⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 66.

Direito da realidade, ao limitá-lo à lei posta, concebida como verdade absoluta, justa, não permitindo que acompanhassem a dinâmica da sociedade moderna, porquanto, como recomendava Savigny⁴²⁸,

o Direito deveria fugir das complexidades da vida real, escondendo-se nas certezas matemáticas, cujas verdades, sendo universais, absolutas e eternas, são possíveis de serem normatizadas, o que não ocorre com o caso concreto, que é autêntica matéria-prima do Direito, considerado fenômeno histórico, portanto, individual, que não pode ser submetido à normatização esquemática.

O neopositivismo, afora o fato de ter imprimido a perspectiva dinâmica do Direito, por meio da racionalidade do sistema normativo, explicando o processo hierárquico de produção e reprodução das normas⁴²⁹, apenas deu nova roupagem aos pressupostos epistemológicos do positivismo jurídico. Conseqüência dos pensamentos (neo)positivista é que, em pleno século XXI, sob a égide do Estado Democrático de Direito, (sobre)vive o racionalismo (pré)moderno, mantendo as teorias dogmáticas, uma vez que se cultiva a exegese (análise semântica do texto legal), o silogismo (não permitindo que o julgador fuja do sentido literal da lei), reduzindo o estudo do Direito à lei.

Nesse compasso, Baptista da Silva revela que o grande mal da racionalidade está “na transferência do Direito para o campo das ciências puramente lógicas, o que determinou a redução da função jurisdicional à pura e mecânica aplicação da lei, numa posição de total servilismo do juiz frente ao legislador, segundo o ideal do Século das Luzes”. Sob a perspectiva racionalista, continua o autor, a teoria da separação de poderes, mais do que descentralizar o poder, serviu para reservar a atividade criadora do Direito ao Poder Legislativo, restando ao Poder Judiciário a declaração e aplicação do Direito, criado pela vontade do legislador⁴³⁰.

A retrospectiva histórica do fenômeno jurídico e de sua positivação permite compreender o motivo da cultura jurídica continuar confinada ao mundo do dogmatismo exegético, esquecendo-se que séculos se passaram, acarretando demandas muito mais complexas do que outrora, em vista da indiscutível e fantástica evolução do mundo ocidental.

⁴²⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 240.

⁴²⁹ ROCHA, Leonel Severo et al. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

⁴³⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 218 e 270.

Em decorrência, o ordenamento jurídico, como subsistema jurídico, que acompanhou o dinamismo das sociedades, não pode ter por fundamento pontos de vista em desacordo com a época em que se vive, porque isso impede a evolução do ser humano, da família, da sociedade.

Nenhuma época pode ter por fundamento pontos de vista que não sejam os seus próprios, os quais, logicamente, não são absolutos, mas, sim, historicamente condicionados. Quer dizer, a presença do Iluminismo preside o pensamento do legislador e da comunidade jurídica, aprisionando o ideário do Direito à letra fria da lei, que foge “da vida real e da História, para tornar-se conceitual e, conseqüentemente, eterna como um mero conceito”⁴³¹, pois “a fé na razão é a convicção fundamental de todo o Iluminismo”⁴³².

Não há a menor dúvida de que à época em que Thomas Hobbes, entre outros, fundaram o racionalismo moderno (século XVIII), o contexto histórico – cultural, político, jurídico, econômico e social – é manifestamente diverso do século XXI, significando que a comunidade jurídica e o legislador estão com um dos pés na realidade do terceiro milênio, mas, com o outro, no longínquo século XVIII. O Direito, por ser dinâmico, se encontra arraigado na cultura e, dentro dos limites, deve responder às demandas específicas de uma sociedade de um determinado lugar e momento históricos, o que, no fundo, “es un proceso históricamente determinado por el que se perciben, formulan y resuelven ciertos problemas sociales”⁴³³.

Nessa expectativa, a dogmática jurídica está desatualizada, fora da realidade e do contexto histórico e social, encontrando-se deslocada do ambiente em que foi forjada, porque as exigências da época em que se lançaram as bases do positivismo jurídico são manifestamente antagônicas da sociedade constitucional, que é plural (e não individualista), democrática, hermenêutica (e não hierárquica) e universal (e não local).

Em resumo, o Direito não pode mais ser compreendido dogmática e matematicamente, com certeza infalível e sagrada, já que o mundo ocidental não se encontra na Era da certeza sólida⁴³⁴, e sim da certeza jurídica líquida, em vista da fulminante transformação social, em que se exige do intérprete, na compreensão do texto do direito de família, a totalidade da

⁴³¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 325, 2006.

⁴³² GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 41.

⁴³³ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cutlura Econômica, 2004. p. 278.

⁴³⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Coisa julgada relativa? *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, n.1, p. 363-364, 2003.

linguagem tridimensional.

4.2 A Lei como Sinônimo de Direito

A idéia de lei, como sinônimo de Direito, surge na Modernidade, a partir da necessidade de positivizar as ordens emanadas do Poder secular constituído (os costumes, o direito romano). O positivismo jurídico, como matriz epistemológica, mais do que positivizar o Direito, buscou, na racionalidade moderna, um conhecimento jurídico científico, uma vez que, para dominar o Direito, era preciso conhecê-lo matematicamente. Característica do positivismo jurídico é que o Direito se confunde com a lei, e que somente a lei positiva é Direito, fazendo surgir a exegese, o silogismo, a dogmática analítica, o servilismo do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, já que, para os positivistas, o julgador deve buscar na lei (sempre justa e absoluta) a vontade do legislador.

Há vários séculos, o racionalismo jurídico está alcançando conquistas no campo do Direito, historia Baptista da Silva, como: a certeza do Direito; a verdade eterna; a separação de poderes; a segurança jurídica; a previsibilidade do resultado da demanda judicial; o princípio da neutralidade do juiz, que é um reflexo da neutralidade do Estado, o mais perigoso de todos os preconceitos; a proibição do exame do caso concreto; a renúncia ao individual; o repúdio ao precedente; a temeridade em conceder liminares de antecipação do mérito; a ordinaryidade do processo civil; o excesso de recursos; a separação entre fato e Direito; a compreensão da norma jurídica em sentido unívoco; o desligamento do Direito do reino da existência, aprisionando-o no puro positivismo, fazendo com que a Magistratura seja mero órgão, e não um Poder, do Estado Democrático de Direito, assimilada à carreira de servidor público, submetida ao controle do Governo.

Isso significa que o intérprete não consegue se apegar aos ideais da jurisdição constitucional, porque se encontra aprisionado ao texto infraconstitucional, sendo instrumento de expressão da vontade do legislador, servo da lei, ou, como disse Montesquieu, boca da lei. Isso decorre da sentença de Hobbes, de que somente as leis são as regras do justo e do injusto, querendo dizer que o Direito está cristalizado unicamente no texto da lei escrita, não havendo, assim, leis injustas, porquanto derivadas da força da vontade do legislador/soberano. Mais adiante, Baptista da Silva anota que, no Estado Absolutista, engendrada por Hobbes, entre outros, as leis não são produtos da razão, mas da vontade do soberano, do ente artificial (o

Estado). Essas leis, na visão hobbesiana, devem ser tão-só aplicadas, mas não compreendidas, interpretadas ou questionadas, sob pena de o julgador transformar-se em legislador, “com grave risco para a liberdade dos cidadãos, se lhe fosse dado expressar, nos julgamentos, suas opiniões particulares”.

Concernente à idéia de Montesquieu, Bobbio lembra que ele sufraga a idéia de que a decisão do Magistrado deve ser uma fiel reprodução da lei, nos termos: “ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores”.

Nesse sentido, Quentin Skinner⁴³⁵ pondera que Hobbes é lembrado como o pai do positivismo e inimigo do constitucionalismo, já que do pensamento dele podem ser extraídas as seguintes conclusões:

- a) a ciência simplesmente é um método, uma forma de buscar a verdade;
- b) o Direito é possível de ser reduzido à infalibilidade da razão;
- c) a razão “é capaz de produzir conclusões que vão além da controvérsia ou da dúvida”;
- d) pode ser edificada uma ciência “da qual provenham conclusões verdadeiras e evidentes sobre o que é certo e o que é errado, e sobre o que é bom e o que é prejudicial para a existência e bem-estar da humanidade”;
- e) a verdadeira eloquência provém da ‘Arte da lógica’, e não da Arte da retórica⁴³⁶;
- f) os súditos cometem pecado e subvertem a obediência civil cada vez que *não* cumprem as ordens *injustas* de seus Príncipes.

Para Descartes⁴³⁷, o conhecimento devia pautar-se no sentido de descobrir a verdade, mediante a utilização da razão que predica a certeza, pelo que “onde quer que o espírito disponha-se à busca da verdade, pode-se recorrer a um conjunto bem preciso de regras, derivadas da matemática”. Com isso, entende-se que, “se é aceitável que a matemática nos ensina a ligação entre a descoberta da verdade e a aplicação de um método, é fácil perceber-se que ele permite a abstração deste método para sua aplicação sobre outras matérias”. Em

⁴³⁵ SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. Tradução: Vera Ribeiro. São Paulo: Ed. Unesp e Cambridge University Press, 1999. p. 25, 28, 397, 403, 404, 405, 406, 409, 419.

⁴³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

p. 370-1. Retórica abarca qualquer forma de comunicação baseada na capacidade de falar.

⁴³⁷ PIMENTA, Olímpio. *Razão e conhecimento em Descartes e Nietzsche*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000. p. 21 e 24.

outras palavras, para Descartes, seguindo o método matemático/dogmático, podia “fundar, a respeito de tudo, uma ciência racional: devem conter os primeiros princípios da razão humana e tem unicamente de desenvolver-se para extrair verdades seja de que assunto for”⁴³⁸.

No Brasil-Colônia, a subordinação do Judiciário aos demais Poderes reinou de forma absoluta, lembra Coelho⁴³⁹, chegando-se ao absurdo de editar a *Lei da Boa Razão*, em 18 de agosto de 1769, a qual autorizava a Casa de Suplicação, de Lisboa, a criar jurisprudência quando o juiz estava em dúvida sobre *a inteligência das leis*. Essa lei totalitarista previu que, se o Advogado interpretasse a lei de forma frívola, poderia sofrer a pena de *degrado para Angola*.

Pela Constituição de 1824, o Judiciário dependia dos recursos do Executivo, sendo subordinado ao Legislativo, transformando a autonomia em mera ficção, cujas amarras, depois de quase dois séculos, continuam firmes como dantes, numa autêntica *dependência* de Poderes, cujos efeitos são originários daquela época, quando o Ministro Nabuco de Araújo disse que o Executivo e o Judiciário *eram poderes rivais* e que o Executivo “tem exercido o direito de interpretar as leis por via de autoridade”, não cabendo aos tribunais sequer questionar a sua constitucionalidade, nem interpretá-las, “mas, tão-só, aplicá-las aos casos concretos e ainda assim apenas no âmbito dos litígios entre os particulares”, tornando-se inconcebível que julgasse alguma causa entre o particular e o Estado. Em 1888, o Executivo continuava a instruir e a manietar o Judiciário, inclusive censurando “o Supremo Tribunal de Justiça e as demais Cortes de Justiça pela falta de fundamentação⁴⁴⁰ nas revistas concedidas e nas sentenças”⁴⁴¹.

Como lembra Émile Noël⁴⁴², nos projetos de Copérnico e de Galileu é utilizada a linguagem matemática como modelo, cuidando para que seja produzida “uma linguagem que seja tão próxima quanto possível da inteligibilidade, da exatidão e do rigor da linguagem matemática”. Contudo, Canaris enfatiza que a concepção matemática “pode-se hoje, sem reserva, considerar como ultrapassada. De facto, a tentativa de conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal ou axiomático-dedutivo está, de

⁴³⁸ GRANGER, Giles-Gaston. *A razão*. Tradução: João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 1955. p. 19.

⁴³⁹ COELHO, Edmundo Campos. *As profissões liberais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro – 1822 a 1930*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 153, 155, 162, 163, 164 e 176.

⁴⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 223.

⁴⁴¹ COELHO, Edmundo Campos. *As profissões liberais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro – 1822 a 1930*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 153, 155, 162, 163, 164 e 176.

⁴⁴² CHÂTELET, François. *Uma história da razão: entrevista com Émile Noël*. Tradução: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 66.

antemão, voltada ao insucesso”⁴⁴³.

Cotejadas essas “certezas jurídicas” dos séculos XVII e XVIII com as do século XXI, há de se concordar que houve ínfimo progresso na teoria do Direito, especialmente no direito de família, em que não é compreendida a totalidade da linguagem genética, muito menos o modo de ser-no-mundo-des-afetivo e o modo de ser-no-mundo-ontológico. Essa compreensão limitada do direito de família decorre pelo fato da afetividade e da ontologia não constarem expressamente em lei, pelo que todos os direitos de família continuam circulando o cordão umbilical genético-normativo, quando a verdade em família reside nas dimensões existenciais tridimensionais.

Por essas e outras razões é que muitas decisões judiciais carecem de fundamentação/justificação/compreensão principiológica, limitando-se a *reproduzir* os termos de súmulas, enunciados, doutrina, jurisprudência. Isso demonstra que parte do Judiciário continua seguindo as ordens do legislador, aceitando a separação de poderes ditada por Montesquieu, e como se a represália de Hobbes – se for reconhecido algum direito não constante em lei, o julgador estará cometendo um ato de subversão da ordem jurídica – ainda estivesse retumbando nos gabinetes do Judiciário, em pleno terceiro milênio.

Não há dúvida de que a comunidade jurídica e o legislador estão influenciados por Hobbes, que se revela “mais que absolutista, teórico da soberania e, antes disso, radical individualista”⁴⁴⁴, mas, estando o Brasil imerso em um Estado Democrático (Laico e Social) de Direito, em plena Era republicana, laica e constitucional, portanto, distante há vários séculos do Estado Absolutista, não é razoável aplicar o Direito confinado no círculo da lei.

Concordo com MacIntyre⁴⁴⁵ ao declarar que o legado do Iluminismo⁴⁴⁶ é a previsão de um ideal de justificação racional que se mostrou impossível de atingir. É por isso que Baptista da Silva⁴⁴⁷, na esteira de Nicolai Hartmann, insiste em afirmar que esse servilismo judicial diante do império da lei é causa de anulação do Poder Judiciário que,

em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos ramos do Poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas

⁴⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 30.

⁴⁴⁴ RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999. p. 177.

⁴⁴⁵ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2. ed. Tradução: Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 2001. p. 17. (Coleção filosofia, 17).

⁴⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 41. “A fê na razão é a convicção fundamental de todo o Iluminismo”.

⁴⁴⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 210, 217 a 219.

democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania.

O autor adverte que a comunidade jurídica continua a habitar o mundo do dogmatismo exegético, em que a presença do Iluminismo preside o pensamento do legislador e da comunidade jurídica, normatizando inclusive o ideário republicano e constitucional, fugindo “da vida real e da História, para tornar-se conceitual e, conseqüentemente, eterna como um mero conceito”⁴⁴⁸.

Por isso, a importância do Judiciário exercer a jurisdição constitucional (artigo 93, IX, da Constituição do Brasil), que exige a fundamentação/justificação e compreensão do Direito pelo viés social, já que “todos nos encontramos no meio da estrutura social”⁴⁴⁹, assegurando a sua independência como um Poder de Estado e da República, e não a dependência diante dos demais Poderes, porque essa compreensão do Direito, em um regime democrático e republicano, faz com que haja a garantia individual e social, para que todos tenham conhecimento do modo como os magistrados estão decidindo⁴⁵⁰, visto que o Direito se faz em nome do povo, fonte primária de todo poder, que não é indiferente “às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões”⁴⁵¹.

A compreensão do poder do povo deve ser tomada não no sentido de uma parcela dos brasileiros, e sim no sentido de “uma grandeza real que engloba, afinal de contas, todas as pessoas, inclusive aquelas que estão excluídas do povo, que nem sequer têm consciência política, que não participam na dinamização democrática”⁴⁵².

O Direito, sob a compreensão do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão

⁴⁴⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 325. 2006.

⁴⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Tradução de António Hall. Lisboa-Portugal: Capa de Edições 70, 1989. p. 9.

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Quando um caso em concreto não é um caso concreto: um caso prático*. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 11 nov. 2005.

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Direito Penal, criminologia e paradigma dogmático: um debate necessário. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 36, 1995. p. 11, invocando Heleno Fragoso (Entrevista concedida a Nilo Batista. In: Nilo Batista. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 96), diz o seguinte: “Estamos mal habituados a uma autêntica sacralização da justiça, pela qual os advogados são, talvez, os maiores responsáveis. Dos tribunais se costuma dizer sempre que são ‘egrégios’, ‘colendos’, ‘altos sodalícios’. Dos juízes se diz sempre que são ‘eminentes’, ‘inclitos’, ‘meritíssimos’, ‘doutos’, ‘ilustres’ etc. As sentenças são sempre ‘venerandas’ e ‘respeitadas’, por mais injustas e iníquas que possam ser. *Nada disso tem sentido num regime democrático e republicano, no qual a justiça se faz em nome do povo, fonte primária de todo poder*”.

⁴⁵² CANOTILHO, J.J. Gomes. Desde a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 25. (1ª Parte, Videoconferência – 21/02/02 – UFPR).

acerca dos paradigmas que informam e conformam a decisão jurisdicional⁴⁵³, motivo por que ninguém tem o direito de ignorar as adversidades submetidas ao Poder Judiciário, devido ao aumento inimaginável da litigiosidade e, por outro lado, das notórias carências materiais e humanas.

A exigência constitucional de fundamentação/justificação/compreensão das decisões, da razão prática e de “todos os comportamentos humanos e toda a auto-organização humana neste mundo, a cujo âmbito pertence, antes de mais, a política e, dentro desta, a legislação”⁴⁵⁴, contribuem à efetividade do processo, ao cumprimento da linguagem republicana e democrática, à redução do número de recursos, ao aumento da credibilidade do Judiciário, ao afastamento da verdade única da lei e ao fomento da jurisdição constitucional⁴⁵⁵.

4.3 A Intolerância da Dogmática Jurídica

A globalização fez brotar um sentimento que estava enraizado no ser humano, que ainda não havia se manifestado de forma tão intensa antes do século XX, estando, agora, cada vez mais presente na vida em sociedade e, inclusive, na família. Isso está a ocorrer devido ao que o ser humano compreende por *estrangeiro*, que não é mais um ser humano que vive longe de nós, do outro lado do mundo, tornando-se um vizinho de porta, sentando-se, muitas vezes, junto de nós em nossa mesa.

A convivência de quem estava distante explica, em parte, o aumento da diversidade humana social e familiar, uma vez que, se é difícil ser solidário na abundância, muito mais preocupante são os momentos de crise, como a atual, “em que as dificuldades de satisfação dos sujeitos aumentam e o outro surge, necessariamente, como aquele cujo modo de satisfação impede o meu”⁴⁵⁶. Por convivência entende-se que o ser humano não é um ser isolado, na medida em que “todo ser é sempre ser-com mesmo na solidão e isolamento, a presença é sempre co-presença, o mundo é sempre mundo com-partilhado, o viver é sempre co-

⁴⁵³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 51.

⁴⁵⁴ GADADER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Tradução: João Tiago Proença. Lisboa, Portugal: Edições 70, Ltda., 1983. p. 22 e 57.

⁴⁵⁵ Sobre jurisdição constitucional, ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁴⁵⁶ KOLTAR, Caterina. O ‘estrangeiro’ no processo de globalização ou a insustentável estrangeiridade do outro. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.). *Desafios da globalização*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 73.

con-vivência”⁴⁵⁷.

Historia John Henry Merryman⁴⁵⁸ que o Direito se encontra arraigado na cultura e, dentro desses limites, responde às demandas específicas de uma sociedade de um certo lugar e momento históricos, o que, no fundo, “es un proceso historicamente determinado por el que se perciben, formulan y resuelven ciertos problemas sociales”.

Enfatiza, Gadamer⁴⁵⁹, que a humanidade deve vislumbrar não um no outro, mas outro em um, porque o outro é o outro de nós mesmos, sendo o outro a diferença de nós mesmos. Atesta também que esse é um terreno que precisa ser cultivado, para que o outro não se torne invisível, até porque é difícil concordar com o outro perante nós mesmos, o que quer dizer que o ser humano deve aprender a respeitar o outro e ao outro, a diferença genética, (des)afetiva e ontológica que se aloja em todos os humanos, e a não querer estar sempre com razão, de sempre vencer no jogo da vida, principalmente em família, cuja iniciação ocorre nos primeiros anos de vida, sob pena de não mais compreender os problemas maiores do relacionamento entre os seres humanos.

Lembra Jean-François Mattéi, que a civilização “sempre foi pensada como uma abertura para uma alteridade que a fecunda”⁴⁶⁰, porquanto somos seres que convivem e compartilham do mesmo universo, não um-ser-no-eu, mas um-ser-no-nós, um ser-no-mundo, um ser-compartilhado⁴⁶¹, um ser-povo, um ser-social, um ser com dimensão plural de Estado, um ser-dependente da sociedade e a sociedade dele dependente⁴⁶², um ser que se reconhece a si e a si no outro⁴⁶³, um ser que tem muitas coisas em comum com todos os humanos⁴⁶⁴.

Como enfatiza Gadamer⁴⁶⁵, o humano não é um ser confinado em sua individualidade, e sim um ser-coletivo, identificado em sua condição humana, um ser a se deter perante o outro como outro e a compreender o outro e os outros como os outros em nós mesmos. A mudança do modo de ser-no-mundo tridimensional precisa ser efetivada mediante o uso do diálogo,

⁴⁵⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. pt. 1.

⁴⁵⁸ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 278.

⁴⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Tradução: António Hall. Portugal: Edições 70, 1989. p. 12.

⁴⁶⁰ MATTÉI, Jean-François. *A barbárie interior*. São Paulo: Ed. Unesp, 2002. p. 9, 11, 13-14, 19 e 23.

⁴⁶¹ INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução: Luíza Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 2, 30, 32, 36, 40, 42 e 59.

⁴⁶² DURKHEIM, Émile. *Sociologia e filosofia*. São Paulo: Ícone, 2004. (contracapa).

⁴⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Tradução: António Hall. Lisboa-Portugal: Capa de Edições 70, 1989. p. 132.

⁴⁶⁴ KEHL, Maria Rita. *Civilização Partida*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 114.

⁴⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Tradução de António Hall. Portugal: Edições 70, 1989. p.19 e 28.

visto que a linguagem é “a casa do homem, na qual ele vive, se instala, se encontra a si, se encontra a si no outro [...]. Escutar tudo aquilo que nos diz algo, e deixar que nos seja dito – eis onde reside a exigência mais elevada que se apresenta a cada ser humano”.

Essa conduta hermenêutica deve ser semeada desde o berço familiar, porque se não for domesticado o outro que está em cada humano, a diversidade tridimensional, o preconceito impuro presente em todos os humanos, ninguém será capaz de respeitar o outro em família, em sociedade, em uma Nação e, muito menos, em uma complexa humanidade. Nesse sentido, Kehl diz que a aceitação do outro, do estranho, do estrangeiro, do bárbaro⁴⁶⁶, não reside tão-só em admitir que ele ocupe algum lugar longe de nós, mas em aceitar que ele, perto ou longe de nós, nos “desestabilize permanentemente, deslocando nossas certezas, borrando as fronteiras de nossa suposta identidade, oferecendo traços identificatórios que frustram o outro projeto moderno, de unicidade e individualidade”. Aceitar o outro é tolerar a incerteza dele, pelo que o ser humano deve ter a “capacidade de suportar a dúvida, a divisão, a falta de certeza, que cede lugar ao Outro e permite a convivência com a diversidade”⁴⁶⁷.

A autora, em outro momento, esclarece que essa indiferença entre os humanos é explicada pela psicanálise, principalmente freudiana e lacaniana, como sintoma de neurose, tendo em vista que o ser humano, em sua individualidade canônica e capitalista, encastela-se em seu inconsciente, em suas percepções, deletando o espaço de receptividade, das informações contraditórias e das perturbações do mundo. A abertura para o outro, para o diferente, que habita em nós, “é uma condição para a tolerância, pois uma das bases da intolerância é o mecanismo defensivo de projetar sobre o outro - meu semelhante na diferença - tudo aquilo que eu rejeito em mim mesmo”. É por isso, conclui a autora, que os conflitos entre o Ocidente e o Oriente não são de civilizados e bárbaros, “mas entre as modalidades de barbárie produzidas por ambos os sistemas, em que cada um tenta eliminar no outro os elementos que podem perturbar suas certezas de estar do lado do Bem e da Verdade, únicos e inquestionáveis”⁴⁶⁸.

Fala-se muito em um novo Pacto Social, em um grande projeto universal⁴⁶⁹, mas, para tanto, é preciso, acima de tudo, aceitar a compreensão, a linguagem, o diálogo, a conversa

⁴⁶⁶ MATTÉI, Jean-François. *A barbárie interior*. São Paulo: Ed. Unesp, 2002. p. 314, lembrando Thomas de Koninck, ao afirmar, em *Da dignidade humana*, que o bárbaro é *propriamente aquele que não pode mais reconhecer sua própria dignidade*, “que alienou, recusando reconhecer a humanidade dos outros”.

⁴⁶⁷ KEHL, Maria Rita. *Civilização Partida*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 102.

⁴⁶⁸ KEHL, Maria Rita. *Civilização Partida*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 121.

⁴⁶⁹ JAMESON, Fredric. O Pós-modernismo e o mercado. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 296.

com o outro ser humano, de que o Outro pode estar certo e nós, errados, porque não existe um ser humano puro, sem preconceitos e sempre com a verdade única. Um diálogo, diz Gadamer, “inclui sempre um encontro com as opiniões do outro, que vem, por sua vez, à fala”, à medida que “onde não há vínculo, também não pode haver diálogo”⁴⁷⁰, isso porque “o objetivo último é antes recuperar a capacidade natural de se comunicar com os outros”⁴⁷¹.

A alteridade significa condição do que é o outro, do que é distinto, situação, estado ou qualidade que se constrói mediante relações de contraste, de distinção, de diferença. Quer dizer, desde que o mundo é mundo humano há seres humanos convivendo na alteridade, pelo que, “historicamente, sempre houve estrangeiros, só que não eram afastados do outro como ocorre na modernidade”⁴⁷². Esse localizar-se mais próximo não é motivo para fomentar a diversidade, seja porque o estrangeiro não está pessoalmente mais próximo do que antes, seja porque o mundo pertence a mim e ao outro, seja porque assim como o outro é outro para mim, eu também sou outro para o outro. Portanto, o ser humano tem o direito de estar no mesmo mundo, cujas “escolhas só podem ser feitas dentro de um mundo já estabelecido”⁴⁷³, na medida em que o *mundo é mundo comum*⁴⁷⁴.

Para aceitar a universalização do Estado e de todos os segmentos da sociedade, e não apenas da economia e das comunicações, o ser humano tem de incorporar a complexidade e a diversidade da mundialização, havendo, nesse sentido, “um notável convergente de teóricos sustentando a solidariedade coletiva e de cidadania ativa”⁴⁷⁵. É por isso que Zizek anota que o sofrimento mais profundo da humanidade reside na falta de um abrigo, de um lar, uma vez que o humano “é, cada vez mais, um estranho em seu próprio mundo, pelo que a essência do desabrigo é o desabrigo da própria essência, e se não há lar, não há morada apropriada para a dimensão realmente essencial do homem”⁴⁷⁶. Esse vazio da humanidade pode ser preenchido pela aceitação do humano pela linguagem *genética, afetiva e ontológica*, à medida que, segundo Gadamer, “estar-em-conversaçoão significa estar-além-de-si-mesmo, pensar com o

⁴⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 57.

⁴⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 139.

⁴⁷² KOLTAR, Caterina. O estrangeiro no processo de globalização ou a insustentável estrangeiridade do outro. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; REZENDE, Paulo-Edgar, A. (Org.). *Desafios da globalização*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 71.

⁴⁷³ INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 85.

⁴⁷⁴ DUBOIS, Christian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p.183-187.

⁴⁷⁵ GÓMES, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. São Paulo: Vozes, 2000. p. 48, 50-51 e 74.

⁴⁷⁶ ZIZEK, Slavoj (Org.). O espectro da ideologia. In: _____. *Um Mapa da ideologia*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 21.

outro e voltar sobre si mesmo como outro⁴⁷⁷, o que quer dizer que a “perfeição do humano não é se afastar da terra, mas aprender a viver no pequeno planeta em companhia das criaturas que estão junto a nós⁴⁷⁸”.

Esse modo de ser-no-mundo justifica plenamente a proibição da renúncia ao diálogo, “porque aumentaria a deterioração e destruição dos laços sociais, com o aumento da pobreza, desemprego e violência, fomentado pelo enriquecimento patrimonial e o consumismo desenfreado⁴⁷⁹”. Nessa senda, Philippi⁴⁸⁰ procura “deslocar o eixo das análises centradas na idéia de um indivíduo consumidor de normas para a compreensão de um ser responsável pela produção de uma legalidade”. Para tanto, alerta a autora, a pessoa deverá compreender que “as palavras proferidas pelo outro são de sua incumbência”.

Nessa linha, Mattéi⁴⁸¹ assevera que é preciso que o ser humano pare de representar o indivíduo na figura do sujeito, reinstaurando a pessoa na abertura para o exterior, e não em sua individualidade, deixando de ser um simples ator virtual e privado de responsabilidade, porque ninguém (sobre)vive isolado no e do mundo, significando que a *humanidade só sobreviverá se os extremos se unirem*⁴⁸².

A humanidade sempre atravessou crises, motivo por que uma pergunta se impõe: como o ser humano se transformou naquilo que é hoje?⁴⁸³. Por isso, se o ser humano quiser ter um futuro mundo humano, cada qual deverá desempenhar a Arte da linguagem, do diálogo, do perdão, da reconciliação, sob pena de fazer parte do derradeiro *mundo da barbárie*⁴⁸⁴, acarretando a desintegração de sua condição humana, passando a ser um objeto disponível, uma coisa em meio a tantas outras coisas. Para tanto, compreender o outro é de fundamental importância, assevera Castoriadis⁴⁸⁵, porque o ser humano vive por diferença, e não em oposição aos outros, não sendo inimigos, opositores ou desafetos, mas diferentes, pelo que ser civilizado é aceitar que o outro humano colabore mutuamente na luta por uma vida melhor, porque o espaço é imenso, é público e acessível a todos.

⁴⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p.422, 428 e 432.

⁴⁷⁸ BUZZI, Arcângelo R. *Introdução ao pensar*. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 146.

⁴⁷⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 36.

⁴⁸⁰ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Minas Gerais: Del Rey, 2001. p. 420-1.

⁴⁸¹ MATTÉI, Jean-François. *A barbárie interior*. São Paulo: Unesp, 2002. p. 287 e 341.

⁴⁸² ADORNO, Theodor W. Mensagem numa garrafa. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 51.

⁴⁸³ GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Tradução: António Hall. Portugal: Edições 70, 1989. p. 30.

⁴⁸⁴ MATTÉI, Jean-François. *A barbárie interior*. São Paulo: Ed. Unesp, 2002. p. 182.

⁴⁸⁵ CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto*. Tradução: Regina Vasconcelos. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v.4, p. 207.

Essa incorporação da alteridade ocorre devido à forma de compreensão do texto do direito de família, mantendo-se fiel ao pensamento da lei e por não ser tolerante com a diversidade⁴⁸⁶, não admitindo a hermenêutica, a complexidade do mundo laico, democrático e globalizado, confinando-se na incapacidade de aceitar e assimilar a pluralidade no meio de um gigante mundo aberto⁴⁸⁷.

A intolerância habita, lamentável e intocavelmente, no direito de família, devido à inacreditável resistência legislativa, judicial e doutrinária em acolher a tridimensionalidade humana, o que é prova conclusiva de que a dogmática jurídica não se importa com os direitos e das garantias fundamentais da pessoa humana, com os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, da cidadania, da liberdade, da igualdade, da democracia, da secularização, da dignidade e da condição humana, porque ela “parte de pressupostos que assume como verdadeiros, sem dispor de provas dessa veracidade. O argumento da dogmática jurídica é sempre imanente ao sistema; o sistema vigente permanece intocado”⁴⁸⁸.

Essa fuga ao diálogo, à hermenêutica, de que o outro possa ter razão, significa que não há linguagem, nem proposta de acordo dentro da dogmática jurídica, que impõe coercitivamente a sua vontade, mediante o texto da lei. Ela se esquece, como lembra Gadamer⁴⁸⁹, que “um verdadeiro diálogo não é termos experimentado algo de novo, mas termos encontrado no outro algo que ainda não havíamos encontrado em nossa própria experiência de mundo”, isso porque o diálogo é o encontro “entre dois mundos, duas visões e duas imagens do mundo”, havendo sempre uma transformação nos seres humanos que dialogam.

O diálogo não é só condição de possibilidade da hermenêutica, mas principalmente condição de possibilidade do jeito de ser-em-família e em sociedade, e é por isso que a linguagem se dá no vaivém da palavra, na conversação, no ouvir e ser ouvido, no aceitar que o outro possa ter razão, no encontro entre os mundos genético, afetivo e ontológico. A linguagem, enfatiza Gadamer⁴⁹⁰, nos oferece a liberdade do dizer a si mesmo e deixar-se dizer, surgindo a possibilidade de cada membro da família e da sociedade ser o mesmo para o Outro,

⁴⁸⁶ BIGNOTTO, Newton. Tolerância e diferença. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 77.

⁴⁸⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 289.

⁴⁸⁸ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Dogmática Jurídica*. In: _____; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 26.

⁴⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 247 e 246.

⁴⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 243 e 247.

na medida em que todos encontram o outro e a si mesmos no outro em sua diversidade, pelo que o ser humano significa com os outros ou não fará mais sentido⁴⁹¹.

Concluindo seu pensamento, o autor anota que o preconceito, o conceito prévio, faz parte da realidade histórica, a qual não pertence ao ser humano, porque é ele que pertence à ela, à medida que “os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser”⁴⁹². Devido aos preconceitos históricos, que são automaticamente incorporados, à medida que o ser humano nasce em um mundo pré-pronto e cheio de preconceitos puros e impuros, é imprescindível que, na aceitação do Outro, principalmente os membros da família, sejam suscitados os preconceitos, já que são condições de possibilidade de compreensão da tridimensionalidade humana.

4.4 A Dogmática Jurídica no Estado Democrático de Direito

A teoria da separação de poderes, é compreendida no Poder Legislativo “como a reserva, para esse poder, da atividade criadora do Direito”, estando o Poder Judiciário limitado a aplicar o Direito criado pelo legislador. Desse pensamento segue-se a premissa do racionalismo, de que a atividade criadora do Direito pelo Judiciário passa a ser considerada “um perigo para o Estado de Direito e uma violação do princípio de separação de poderes”⁴⁹³.

Antes de descrever a história do Estado Democrático, Laico e Social de Direito, é preciso volver ao tempo da criação do Estado Moderno, para que se possa compreender a evolução da sociedade, do Estado e do Direito, já que o século XXI deveria estar vinculado com a *produção* e não com a mera *reprodução do Direito*, assumindo a (r)evolução da realidade social. Com efeito, pelo pensamento moderno⁴⁹⁴, no Estado Democrático e Social “o Direito é sempre um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica, mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o Direito, mas o Direito condiciona a economia”.

Foi Maquiavel quem entendeu o Estado Absolutista como um *poder central soberano*,

⁴⁹¹ SILVA, Maria Luísa Portocarrero. Razão e memória em H.-G. Gadamer. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 56, fase 3-4, p. 343-344, jul./dez. 2000.

⁴⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 368.

⁴⁹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 270.

⁴⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 59.

legiferante e apto a decidir, isoladamente, as questões internas e externas, embora, ao mesmo tempo, fosse um poder laicizado, separado dos ditames religiosos. Esse autor entendia que o “objetivo de todos os governantes é conquistar e manter o poder, sem se preocupar com questões éticas, desvinculando, assim, a política da moral”⁴⁹⁵. Nessa espécie de Estado, as famílias e as pessoas, embora livres, estavam sob a autoridade do Monarca, que era absoluto, comandando sem receber ordens, não dependendo de ninguém, nem de Deus, não exigindo nenhum fundamento/justificação/compreensão, porquanto auto-suficiente, indivisível, perpétuo e transcendente, o Estado Absolutista era tal como, na linguagem teológica, Deus *é*⁴⁹⁶.

O Estado absolutista dividiu-se em duas fases: a primeira, o regime da Monarquia absoluta e do Direito Eclesiástico, em que o Estado era governado, lado a lado, pelo Monarca e pelas leis da Igreja Católica. Segundo Hobbes, o homem era lobo do homem, intratável, insociável, que deveria ser moído, porquanto mera matéria-prima do Estado, que o molda como faz um escultor com o barro ou mármore⁴⁹⁷. Esse Estado tinha sua base na “idéia de que o poder dos reis tinha origem divina. O rei seria o ‘representante’ de Deus na Terra, o que o desvinculava de qualquer vínculo limitativo de sua autoridade”⁴⁹⁸. Na segunda fase desse Estado, é afastada a teologia, que impedia o livre exercício do poder estatal, iniciando-se a secularização do Estado, que, em pleno século XXI, ainda não está completada, principalmente na área do direito de família, em vista das enormes influências canônicas, o que se infere dos efeitos jurídicos listados no capítulo IV.

O contratualista Thomas Hobbes foi quem, em sua obra *Leviatã*, publicada em 1651, em Londres⁴⁹⁹, sustentou as características do Estado Absolutista, com poderes ilimitados do Monarca, que governava pelo medo, pelo sangue, pela desconfiança e ferócia contumaz, pela segurança jurídica, pelo positivismo absolutista, em que a pessoa perdia a liberdade, mas ganhava em troca a segurança. Na época, tornou-se necessário um Pacto Social, “de modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: ‘cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens’. Feito isso, a multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado”⁵⁰⁰. Para Hobbes, o Estado era um Leviatã, designação que

⁴⁹⁵ KOSHIBA, Luiz. *História*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 285.

⁴⁹⁶ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *Histórias das idéias políticas*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 38.

⁴⁹⁷ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução: Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2002. p. 88, 431 a 434.

⁴⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 45.

⁴⁹⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 66.

⁵⁰⁰ RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os Clássicos da Política*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. v.1. p. 62.

significa “*deus mortal*, porque a ele – por debaixo do Deus imortal – devemos a paz e a defesa de nossa vida. Esta dupla denominação resulta fortemente significativa: o Estado absolutista que Hobbes edificou é, em realidade, metade monstro e metade deus mortal.

O Absolutismo terminou, pelo menos formalmente, no ano de 1789, nascendo o primeiro Estado de Direito (Liberal), decorrente do Movimento Iluminista, que, fundado na razão humana e em direitos naturais do ser humano, deflagrou a Revolução Francesa. No Estado Liberal, a figura do soberano não mais se confunde com o Estado, muito menos com o Direito Eclesiástico, prevalecendo os interesses da sociedade. Além de assegurar os direitos humanos à vida, à liberdade e à segurança, o Estado Liberal concedeu ênfase à propriedade, que, para Locke, era uma extensão do indivíduo.

Historiam, Streck e Bolzan⁵⁰¹, que, em Locke, ocorre substancial alteração do conteúdo do Contrato Social: o de associação, quando se funda a sociedade civil, e o de submissão, instituidor do poder político, que não pode, no entanto, violar direitos naturais. Além disso, divulgam que esse contratualista promoveu o controle do Executivo pelo Legislativo e do governo pela sociedade, bases do pensamento liberal. Essa segunda grande revolução política da idade moderna, segundo Paulo Bonavides⁵⁰², não foi promovida pela monarquia absoluta, nem pelos senhores feudais ou pela nobreza, e sim pela burguesia, que havia se servido do direito natural para colocar abaixo o absolutismo.

O reconhecimento e tutela dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa humana, como a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, produziram os direitos de primeira dimensão, por necessidade do capitalismo, que exigia homens livres e iguais perante a lei para poderem firmar contrato entre si. O ideário liberal, mais do que reconhecer e proteger direitos naturais do ser humano, fomenta o individualismo, como o direito de propriedade, absoluto e intocável, demonstrativo de que esse Estado, desde então, não era sinônimo de democracia⁵⁰³ e nem tolerava a diversidade e, muito menos, a hermenêutica.

Para o contratualista Jean-Jacques Rousseau, o verdadeiro fundador do Estado Civil foi o ser humano que primeiro delimitou sua propriedade, revelando *isto é meu*, e os demais, em sua ingenuidade, acreditaram nele, nascendo, com isso, a desigualdade e a hostilidade. Mas, Rousseau, ao contrário de Hobbes, não considerava o humano lobo do humano, admitindo que o ser humano nasce livre, tendo o Estado o dever de torná-lo ainda mais

⁵⁰¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35-36.

⁵⁰² BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 288.

⁵⁰³ ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Teoria do Estado, democracia e poder local*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 171.

feliz⁵⁰⁴. O autor defendia que o Contrato Social servia para justificar o liberalismo e a República, assegurando a igualdade, a liberdade e o governo submetido a leis escritas pela vontade geral⁵⁰⁵.

O Estado de Bem-Estar Social de Direito, também denominado Estado Social ou Providencial, surge após a primeira guerra mundial, com a promulgação das Constituições do México, em 1917, e da Alemanha, em 1919 (Constituição de Weimar), nas quais se enfatizou a necessidade de o Estado assegurar os direitos e as garantias, objetivando uma existência digna. Significa que, além dos direitos individuais e políticos do Estado Liberal, foram reconhecidos os direitos e as garantias sociais, zelando mais pelo social do que o individual⁵⁰⁶.

O Estado de Providência foi um conjunto de políticas públicas destinadas à manutenção de um mínimo de convivência solidária e social⁵⁰⁷, ampliando-se mais o conteúdo dos direitos fundamentais, firmando-se, nessa espécie de Estado, além dos direitos individuais e dos políticos, constantes do Estado Liberal, também os direitos sociais⁵⁰⁸, não como caridade, mas como direito. Todavia, implantado o modelo político econômico neoliberal, passou-se a sustentar que o Estado possui duas faces simultâneas, porque, para alguns, é a continuidade do Estado de Bem-estar Social; para outros, o Estado, por ação ou omissão, em vista da miséria de vários bilhões de pessoas, está assumindo caráter punitivo-repressivo⁵⁰⁹. É por isso que se tem dito⁵¹⁰ que a maioria dos liberais clássicos é contra o “Welfare State” e a favor do Estado Mínimo, aguardando que a “mão invisível do mercado, sem as amarras que o Estado lhe impõe, possa soberanamente dominar o mundo, transformando-o no prometido paraíso terrestre”.

De acordo com Paulo Bonavides⁵¹¹, foi ele quem cunhou, no Brasil, o termo Estado Social, em 1958, quando do lançamento do livro “Do Estado Liberal ao Estado Social”, com base na nova ordem social da Alemanha que, em 1949, promulgou a Constituição Social de Bonn. Na ocasião, recebeu críticas pela nomenclatura, sob a alegação de qual Estado não é

⁵⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 38-39.

⁵⁰⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 390.

⁵⁰⁶ ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Teoria do Estado: democracia e poder local*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 181.

⁵⁰⁷ VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1995. p. 84.

⁵⁰⁸ ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Teoria do Estado, democracia e poder local*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 173.

⁵⁰⁹ GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes; 2000. p. 101-102; FARIAS, J.E. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 30, 1997.

⁵¹⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista* Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 10.

⁵¹¹ BONAVIDES, Paulo: *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 288.

social? Desde então, viu-se que, ao contrário do que era contestado, poderia ser indagado: qual o Estado que foi social?

O articulista lembra que são quatro espécies de Estado Social:

- a) o Estado Social conservador, beneficiando o empresário e o trabalhador, que não agradou nem aos reformadores e nem aos revolucionários;
- b) o Estado Social da igualdade e da justiça social, o qual pendia mais em favor dos interesses da sociedade, pois prestigiava os postulados da educação, saúde, previdência, garantia salarial, direitos de família, habitação, alimentação, escolaridade, seguro-desemprego, cultura, direitos sociais, como da participação do trabalhador nos lucros da empresa e reforma agrária;
- c) o Estado Social que implantou o socialismo, de vertente marxista, com a comunhão igualitária de classes sociais;
- d) o Estado Social das ditaduras, que revogou o pacto democrático, formando um Estado autoritário, ditatorial ou totalitário, de monopólio do poder público, sem a possibilidade do livre consenso que congregava a participação cidadã.

O Estado Democrático de Direito, de acordo com Streck⁵¹², suplanta as noções dos Estados Absolutista, Liberal e Social, na medida em que o modelo de produção capitalista e financeiro é de viés social, dando passagem, “por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades”. Essa espécie de Estado, segundo Streck e Bolzan, “adota a posição de que a Constituição é dirigente e vinculativa, de onde exsurge que todas as normas possuem eficácia, não tendo mais sentido falar em ‘normas programáticas’”, significando que no Estado Democrático, Social e Laico de Direito ocorre um deslocamento da esfera de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário⁵¹³, “um aprofundamento/transformação da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do ‘Welfare State’”⁵¹⁴.

No Estado Constitucional, a expressão normas programáticas precisa ser superada, adverte Eros Grau, na medida em que “porta em si vícios ideológicos perniciosos”⁵¹⁵, no que é

⁵¹² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004. p. 38.

⁵¹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 68, 93 e 98.

⁵¹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: _____ (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

⁵¹⁵ GRAU, Eros Roberto. Resenha do prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 8.

apadrinhado por Canotilho, ao sustentar que essas normas programáticas têm uma estrutura própria, com juridicidade, vinculatividade e aplicabilidade, pelo que todo aquele que sustentar que essas normas são tão-somente esquemas retóricos ou declamações ideológicas não passa de “jurista imperativista e subsuntivista, que pouco mais vê que a conclusão apodítica dos silogismos de aplicação das normas jurídicas”⁵¹⁶.

De acordo com Ferrajoli ⁵¹⁷, no modelo paleo-yuspositivista, o Estado era Legislativo/Legal de Direito, tendo o monopólio da produção jurídica, na qual o princípio da legalidade é a norma de conhecimento. Pelo modelo neo-yuspositivista, *o Estado é Constitucional de Direito*, que surgiu na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, instituindo as Constituições rígidas e o controle da constitucionalidade das leis ordinárias com base nos princípios constitucionais. O Estado Constitucional tem a função da produção legislativa do Direito, ao mesmo tempo em que altera o papel da jurisdição constitucional, determinando ao intérprete a compreensão, interpretação e aplicação das leis somente válidas diante do texto constitucional, declarando, se for o caso a sua (in)constitucionalidade. Com isso, acrescenta Ferrajoli, também ocorre a necessidade da subordinação das leis aos princípios constitucionais, o que representa uma “dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite”.

Esses limites foram estabelecidos devido ao fato de os direitos constitucionais representarem proibições e obrigações impostas aos poderes da maioria, os quais, de outra forma, seriam absolutos. Isso quer dizer, finaliza o autor, que os princípios da legalidade e da reserva legal passam a ter cada vez menos sentido, em vista da fragilidade do Estado (único) Legislativo/Legal, que passou a ser, sobretudo, Constitucional, em que vige a harmonia dos princípios constitucionais, pelo que

una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un *demos*, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto.

⁵¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade*. Portugal: Almedina, 2006. p. 211-2.

⁵¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Paris: Trotta, 2005. p. 14, 16- 21, 24 e 28.

Nesse ponto, Sanchís⁵¹⁸ pondera que, na transformação do Estado Legislativo/Legal de Direito em Estado Constitucional, a lei deixou de ser a única, suprema e racional fonte do Direito, motivando a declaração da intransponível crise da dogmática jurídica. O autor quer dizer que o Estado Constitucional criou uma nova teoria do Direito, com base em várias questões, como:

- a) mais princípios que regras;
- b) mais ponderação que subsunção;
- c) presença suprema da Constituição em todas as áreas do Direito e em todos os conflitos sociais;
- d) intromissão legal do Poder Judiciário no lugar do legislador ordinário;
- e) coexistência de uma pluralidade de valores, inclusive contraditórios, no lugar da hegemonia ideológica, “en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”;
- f) ao lado “de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice”, fazendo com que o legislador cada vez mais perca a sua autonomia, visto que toda as regras ordinárias devem ser, previamente, filtradas pelas normas (regras e princípios) constitucionais.

É necessário (re)lembrar, aduz Streck⁵¹⁹, que é impossível a cisão entre compreensão, interpretação e aplicação, pois uma regra não poderá ser compreendida sem levar em consideração a sua principiologia, porque ela está entranhada no princípio, que se desvela e, ao mesmo tempo, se oculta na regra, mas sempre habita na regra, existencializando-a. O autor demonstra o equívoco da argumentação jurídica por ainda trabalhar com o princípio como regra (ou adotando alguns princípios como meta-princípios), “como se fosse possível transformar a regra em um princípio. Ocorre que ela jamais será um princípio, porque no princípio está em jogo algo mais que a explicação causalista”. Razão assiste ao autor ao ponderar que há um caminho à saída da crise do Direito, que é por meio da jurisdição constitucional, sendo preciso promover uma resistência constitucional, mediante a urbanização, humanização e efetivação da Constituição democrática, social, laica, hermenêutica e republicana”.

⁵¹⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Paris: Editorial Trotta, 2005. p. 131-133.

⁵¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 241-242. 2006.

Com o afastamento objetificador do texto constitucional, continua o autor, a “Constituição desaparece como um fato sólido que norma, de maneira rígida, o exercício do direito. Ela já sempre opera através da pré-compreensão que dela tenho quando pratico a justiça”. Todavia, isso não significa que a hermenêutica filosófica afasta o caráter ôntico da Carta Magna, porque é ela que fornece ao intérprete “o complemento necessário do processo pré-compreensivo no qual já sempre trazemos a Constituição conosco como o nosso modo fundamental de ser no estado e na sociedade”, querendo dizer que a Constituição do País deixará de existir como ferramenta, surgindo “já sempre em operação no auto-compreender-se do intérprete do direito”⁵²⁰.

Acerca da compreensão que o intérprete precisa cultivar diante da jurisdição constitucional, promovida pela linguagem principiológica democrática e republicana, Streck esposa a idéia de que é preciso compreender a diferença entre jurisdição constitucional e legislação, tendo em vista que não há democracia sem respeito aos direitos e às garantias fundamentais pessoais e sociais do Estado laico, social e democrático. Isso quer dizer que foi promovida uma revolução constitucional, um novo paradigma, uma nova legitimidade no princípio da separação de poderes, porque o Poder Judiciário não tem mais a singela atribuição de executar a legislação, e sim promover a jurisdição constitucional, exigindo dos demais Poderes da República os direitos e as garantias inseridas na Constituição Cidadã.

A função jurisdicional passou do sistema legalista à principiologia constitucional, social, democrática e republicana do Direito, afastando a anterior pré-compreensão da existência de normas constitucionais não auto-aplicáveis, visto que a Constituição *constitui*, passando a ter função dirigente, transformadora, não sendo apenas um texto que tem condição de possibilidade de outro texto, e sim “un fenómeno construido históricamente como producto de un pacto constituyente, en cuanto explicitación del contrato social”.

Não destoa dessa compreensão Ferrajoli, diz Streck, quando aduz que, no Estado Democrático de Direito, “el Derecho ya no está subordinado a la política como si fuera de ella un mero instrumento, sino que es la política la que se convierte en instrumento de actuación del Derecho”. Pretendo, com isso, dizer que a Constituição do País é um medicamento contra as maiorias, contra a política, rumando no sentido da superação da igualdade formal e na direção da concretização da igualdade material, para que o Poder Judiciário exerça o seu

⁵²⁰ STEIN. Ernildo. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade. Apresentação à obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, de Lenio Luiz Streck. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 12 jun. 2006.

poder/dever de igualdade perante os demais Poderes da República⁵²¹ e de garantir essa isonomia entre todos os jurisdicionados.

Esse relato serve para que o ser humano possa se situar e se compreender no atual contexto da história, apegando-se ao exame da tradição, já que ela não tem importância tão-só como sucessão de fatos, e sim como condição de possibilidade “de compreender a relação do homem com os contextos que cria, e que o recriam”. A hermenêutica propicia a crítica e provoca a dúvida, o reexame e a conseqüente teorização, conduzindo ao diálogo permanente, e não mais à verdade absoluta, única e sagrada⁵²².

É no Estado Democrático, Laico e Social de Direito que se encontra a maior resistência à dogmática jurídica, porque essa forma de Estado fortalece o direito fundamental à democracia, um apanágio da humanidade, porque sem ela não há liberdade, hermenêutica, cidadania, dignidade e nem condição humana tridimensional, não se constituindo uma forma de governo, mas, sim, um princípio jurídico que serve de base para os Estados de Direito tridimensional: de primeira (Estado Liberal); de segunda (Estado Social) e de terceira dimensões (Estado Democrático, Social e Laico de Direito)⁵²³.

É por isso que Gadamer verbera que a compreensão histórica da tradição é a revolução mais importante da Idade Moderna, caracterizando-se pela plena consciência “de la historicidad de todo presente y de la relatividad de todas las opiniones”⁵²⁴. O autor critica a utilização do método da dogmática jurídica, uma vez que, no terceiro milênio, a humanidade não se encontra na Era da certeza, e sim da incerteza jurídica, em vista da fulminante transformação social, em que a modernidade sólida foi dissolvida, tornando-se líquida. Exige-se do intérprete, na compreensão de um texto, o conhecimento sobre a totalidade da linguagem do sistema jurídico-político-social, em que a Constituição de um País precisa estar municiada com normas flexíveis, ajustáveis em tempo real, adaptáveis a fatos cada vez mais líquidos e inéditos⁵²⁵. Quer dizer que a humanidade vive em tempo singular, que alguém qualificou de *era da incerteza*, visto que o casamento, por exemplo, que parecia ser perene, tornou-se instável diante da voracidade das transformações culturais⁵²⁶, com o advento da

⁵²¹ STRECK, Lenio Luiz. *La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales-sociales*. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 12 jun. 2006.

⁵²² SALDANHA, Nelson. *Secularização e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 149-150, 189 e 193.

⁵²³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 445-452.

⁵²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la consciencia histórica*. 2. ed. Traducido: Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Tecnos, 2001. p. 41.

⁵²⁵ ENGELMANN, Wilson. A Crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 256-259.

⁵²⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Coisa julgada relativa? *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, n.1, p. 363-364, 2003.

união estável, da monoparentalidade e dos demais modos de ser-em-família.

Esses são alguns motivos pelos quais é possível perceber que a dogmática jurídica é manifestamente antidemocrática, incompatível com o atual Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual não deve preponderar a vontade única do legislador, cabendo ao Poder Judiciário compreender e adequar o texto, de forma hermenêutica, com vinculação social e constitucional do Direito.

A esse respeito, Morais e Agra⁵²⁷ testemunham o seguinte:

Enquanto nos modelos liberais havia um sentido que levava as decisões públicas a uma constante tentativa de normatização do político, numa busca constante de certeza e determinação institucional, nos modelos democráticos de direito esse sentido inverteu-se, estando, agora, num fluxo contrário que determina, muito mais, a politização do jurídico. E nessa perspectiva, o Poder Judiciário tem que assumir uma nova postura, mais política, uma vez que a ele também cabe, ao lado dos demais poderes, dar uma nova dimensão concreta às normas e princípios constitucionais, antes tratados como meros programas futuros, dependentes de ações do Poder Executivo para a sua realização.

Os contextos históricos entre os séculos XVIII (racionalismo jurídico, absolutismo) e XXI (hermenêutica, democracia) são manifestamente diversos, pelo que o caráter antidemocrático da dogmática jurídica reside nas seguintes hipóteses, por exemplo:

- a) a dogmática surgiu numa época em que sequer havia Estado de Direito, e como nos últimos cinquenta anos houve mais mudanças sociais do que nos últimos cinquenta mil anos⁵²⁸, foram re-designados o Estado, a sociedade, a família, já que, “em lugar das sociedades nacionais”, surgiu a *sociedade global*⁵²⁹, e a sociedade absolutista foi transformada em sociedade democrática;
- b) o pensamento unívoco da dogmática permite ao intérprete apenas a liberdade de fazer tudo quanto permite a lei, desfrutando da sensação de liberdade se permanecer fiel à lei⁵³⁰, a única verdade, que abarca o Direito, com o que somente seria justo o que estiver expresso na lei, ditada pelo legislador;

⁵²⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 218, 221-222, 2004.

⁵²⁸ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 171.

⁵²⁹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação. In: MORAES, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 30.

⁵³⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 297.

- c) a comunidade jurídica foi invadida com um paradigma matemático e lógico, que se acostumou a pensar no código binário “certo” ou “errado” (biológico ou não biológico, em matéria de família), exigindo do intérprete a aplicação da vontade do legislador, sob pena de ser tachado de arbitrário. Essa idéia advém de Hobbes, do século XVIII, “de que é preferível ter um juiz ‘subordinado’ do que a sociedade submeter-se aos caprichos de um julgador arbitrário”⁵³¹. Mais recentemente, no século XX, essa idéia hobbesiana foi reproduzida por Giuseppe Chiovenda⁵³², ao afirmar que a jurisdição “tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei”, atestando, equivocadamente, que não é possível cumprir a vontade do Direito, mas, tão-só, os limites estreitos da lei;
- d) a dogmática jurídica adota a idéia hobbesiana, de que o ser humano renunciou à sua consciência privada, havendo tão-só “uma consciência pública, da qual o soberano é o único intérprete”⁵³³;
- e) a cultura jurídica promove a separação entre fato e Direito, entendendo que o Direito é a produção da vontade do legislador, manifestada por meio da lei, que é a única verdade, justa e sagrada. Isso explica a resistência em não compreender integralmente a tridimensionalidade humana e sequer de juridicizar explicitamente o afeto e a ontologia, porque esses valores jurídicos não fariam parte do Direito, não podendo ser normatizados. É por esse motivo que, ainda hoje, retumba no País o pensamento de Ihering, não obstante tenham transcorrido mais de cento e cinquenta anos, quando disse que “ao jurista que esteja a fazer ‘ciência’, é-lhe vedado sequer pronunciar a palavra *vida*”⁵³⁴, indicativo de que, em pleno terceiro milênio, continua abissal a distância entre a realidade, o fato e a compreensão do Direito;
- f) a liberdade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, fazendo com que seja totalitária e absolutista a conduta de resistência ao diálogo, à hermenêutica, ao vir-à-fala, o confronto com os preconceitos, com a fusão de horizontes e com a compreensão da tradição do direito de família. Como o mundo

⁵³¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 243.

⁵³² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução: Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2000. v. 2. p. 8.

⁵³³ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Tradução: Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 60.

⁵³⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 302.

ocidental não se encontra no racionalismo da Idade Moderna, mas em plena Era Constitucional, é manifestamente antidemocrática a omissão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em seccionar o fato da norma, ao exigir o cumprimento da lei, destoando da idéia de Direito, em manifesta contradição à linguagem da República Democrática e Social de Direito.

É por isso que Canotilho, invocando Luhmann, lembra que “as Constituições dos Estados deixarão de desempenhar a sua função quando não conseguirem estabilizar as expectativas normativas”. Depois, citando Lenio Luiz Streck, o autor lembra que “a associação de Estado e Constituição, Constituição e Estado, é, de resto, claramente afirmada pelos nossos interlocutores brasileiros”, os quais afirmam, com incisividade, que “uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde de uma teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade da implantação de políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição”.

Mais adiante, Canotilho aduz que as Constituições nacionais estão hoje em rede, conversando com as outras Constituições e esquemas organizativos supranacionais, que desbancam algumas normas e princípios das próprias Constituições nacionais, fazendo com que se instaure a fraqueza destas Constituições, uma vez que “quem passa a mandar, quem passa a ter o poder são os textos internacionais. Mas a directividade programática permanece, transferindo-se para estes”⁵³⁵.

No Estado Constitucional não prevalece a vontade soberana do Estado, e sim a Arte da palavra, do diálogo, do contraditório, da discussão, do debate, da argumentação, da justificação, da fundamentação, da compreensão, da retórica, da hermenêutica, da práxis, da liberdade de pensamento, à medida que o ser humano está inserido em um mundo essencialmente hermenêutico e democrático, em que *a palavra se torna rainha*⁵³⁶. A dogmática jurídica também é antidemocrática porque, em plena Era hermenêutica, democrática, laica, social, universal e líquida, proíbe que o ser humano tenha capacidade de *historicizar* a modernidade, na qual nada pode aspirar ao ‘selo da eternidade’⁵³⁷.

A dogmática jurídica aprisionou normativamente parte da genética e a totalidade da

535 CANOTILHO, J.J. Gomes. Desde a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p.15, 25, 28, 135-136 e 185. (1ª Parte, Videoconferência e 2ª Parte, Mesa redonda 21/02/02 - UFPR).

536 CHÂTELET, François. *Uma história da razão*: entrevista com Émile Noël. Tradução: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 16.

537 SILVA, Ovídio Araújo Baptista Silva. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 264.

afetividade e da ontologia, ao não compreendê-las pela jurisdição constitucional, continuando o ser humano refém do legislador e da comunidade jurídica, ao ser mantido o mesmo mundo matemático e genético das leis, impedindo que o Direito possa reconhecer a realidade da vida, superando a metodologia jurídica do fato⁵³⁸. Como o Judiciário tem o dever de ser o mais democrático dos três Poderes, amplia a sua missão constitucional de harmonizar o paradigma da dogmática jurídica, afastando a neutralidade (o mais grave de todos os preconceitos) do legislador/intérprete/julgador, para não ser mero reflexo da neutralidade do Estado Democrático de Direito⁵³⁹, já que, como refere Heidegger, “um homem verdadeiramente sábio não é aquele que persegue cegamente uma verdade. É somente aquele que conhece constantemente todos os três caminhos, o do Ser, o do não-ser e o da aparência”⁵⁴⁰.

4.5 Genética, Afetividade e Ontologia: questões de fato e de Direito

A comunhão plena de vida familiar genética, afetiva e ontológica é uma questão de fato ou de Direito? A comunidade jurídica reluta em acolher a totalidade da genética (do modo de ser-no-mundo-genético), da afetividade e da ontologia como valores jurídicos. Esse entendimento causa, por exemplo, o afastamento do fato como Direito e a denegação de recurso especial, diante do verbete nº 07 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, vazado nos seguintes termos: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal entendeu que “há matéria de Direito sempre que, para se chegar a uma solução, surja a necessidade de recorrer a uma disposição legal”⁵⁴¹, pelo que seguiu os ditames do racionalismo, sendo Direito o que consta na lei. Tem-se discordado veementemente dessa idéia, asseverando que “decidir sobre a existência da posse de estado (o modo de ser-filho-afetivo) é matéria de direito, pois aí se verá se os fatos que se apresentaram provam ou não a posse de estado”⁵⁴², querendo dizer que “não é ‘o direito’ que se distingue de ‘o facto’, pois o direito é a síntese normativo-material em que o ‘facto’

⁵³⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 84.

⁵³⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 111.

⁵⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969. p. 139.

⁵⁴¹ SANTOS, Eduardo dos. *Direito da família*. Coimbra Portugal: Livraria Almedina, 1999. p. 458. O autor louva-se em acórdão citado no BMJ, 115:449, 27.03.62, STJ, e ac. do STJ de 1969-02-11, BMJ, 184:279.

⁵⁴² FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade/maternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 157.

também é elemento, aquela síntese que justamente a distinção problemática criticamente prepara e fundamenta”⁵⁴³.

A confusão da igualdade entre lei e Direito também foi promovida por Hegel, no século XIX, ao enfatizar que “é conhecido como o que, com justiça, tem valor: *é a lei*. Este *direito* é, por meio desta determinação, o direito positivo em geral”⁵⁴⁴ (destaquei). Nesse sentido, Benjamin Cardozo, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, em pleno século XX, década de 1960, sentenciou que “o Direito criado pelos juízes é secundário e subordinado ao Direito criado pelos legisladores”, porque o juiz “é o oráculo da lei”⁵⁴⁵.

É por isso que a cultura jurídica considera o Direito como proposição *normativa* - portanto, apenas lógica -, atesta Baptista da Silva, certificando que “tudo o que fizer no domínio da realidade, enquanto *fato*, não exercerá a menor influência sobre o *conceito*. O direito ficará limitado à *norma*, tendo o *fato* como uma consequência”. Essa cultura jurídica exerce duplo papel, denuncia o autor, porque, embora tenha libertado o juiz do absolutismo monárquico, o aprisionou na lei, com o dogma da certeza do Direito, dificultando “as tentativas das classes dominadas de se insurgir contra a ordem estabelecida”.

A univocidade de sentido da lei não admite a retórica, cabendo ao Magistrado a função de declarar e aplicar a jurisdição, com base no que consta expressamente na lei. Esse pensamento dogmático “pressupõe a perfeição da lei criada por um legislador iluminado”, esquecendo-se, contudo, que essas leis podem tornar-se anacrônicas, lacunosas, mal redigidas, injustas quando de sua aplicação, “capazes, como toda proposição normativa, de gerar duas ou mais compreensões hermenêuticas legítimas, embora entre si antagônicas”⁵⁴⁶.

A respeito da separação entre fato e Direito, Streck⁵⁴⁷ explica que

applicatio significa o ponto de estofa do sentido, em que fato é norma e norma é fato. Ou seja, é evidente que não há só textos; o que há são normas (porque a norma é o resultado da interpretação do texto). Mas também não há somente normas, porque nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta do Direito. No plano de uma hermenêutica jurídica de cariz filosófico, a norma será o *locus* do acontecer (*Ereignen*) da efetiva concretização dos direitos previstos na lei

⁵⁴³ NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1.967. p. 586.

⁵⁴⁴ HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução: Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997. p. 182.

⁵⁴⁵ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 5 e 8.

⁵⁴⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 25 e 144.

⁵⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 162, 175-176.

(compreendida na diferença ontológica existente entre texto e norma e vigência e validade).

Momento seguinte, o autor adverte que não deve esquecer que texto e norma, fato e norma, “não estão separados e tampouco um ‘carrega’ o outro; texto e norma, fato e direito, são (apenas e fundamentalmente) diferentes”.

Discorrendo sobre norma e fato, Adeodato esclarece que “a ‘norma’ geral não é prévia, só o seu texto o é. A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção”. O que o legislador originário/ordinário faz “é produzir o texto legal ou constitucional, não a norma propriamente dita, nem sequer a moldura dentro da qual se situam as interpretações devidas. O texto, expresso em artigos e parágrafos na lei, é somente um ‘dado de entrada’ na efetiva elaboração da norma”, o que quer dizer que a dogmática jurídica mostra “apenas um dos aspectos da concretização normativa”⁵⁴⁸.

Nessa quadra, convém ressaltar o pensamento gadameriano, para não esquecer que,

inclusive nas ciências, o ‘fato’ não se define como o simplesmente presente, fixado através da mensuração, da ponderação ou da contagem: ‘fato’ é antes um conceito hermenêutico, ou seja, algo sempre referido a um contexto de suposições ou expectativas, a um contexto de compreensão inquiridora de tipo complicado. Não tão complicado, mas igualmente difícil de levar a cabo, é ver, na práxis vital de cada um, aquilo que existe, e não o que gostaríamos que existisse⁵⁴⁹.

A comunidade jurídica, ao seguir as ordens do legislador, como ocorre desde a origem do Estado Moderno, séculos XVII e XVIII, esqueceu-se que “o texto não existe sem a norma; o texto não existe em sua ‘textitude’; a norma não pode ser vista; ela apenas é (existe) no (sentido) texto”⁵⁵⁰, sendo, por isso, que *sempre sobra a realidade*⁵⁵¹, que no direito de família é compreensão da tridimensionalidade humana, que não pode ser totalmente compreendida nem mesmo pela linguagem. Isso porque não é possível compreender toda a tradição histórica da

⁵⁴⁸ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situações e limites. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v.1, n. 2. p. 177, 2004.

⁵⁴⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre, 2005. p. 269-270.

⁵⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, 2005. p. 175-176.

⁵⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre, 2005. p. 180.

família, tendo em vista que o ser humano é lançado em um mundo pré-existente, repleto de preconceitos puros e impuros.

Talvez o maior grave erro cometido pela dogmática jurídica, no campo do direito de família, tenha sido a visão parcial da genética, normatizando o modo de ser-no-mundo-genético, isso sem falar nos mundos afetivo e ontológico. Contudo, assim como o Direito não é apenas a lei, o ser humano também não é um ser genético-normatizado, mas um humano tridimensional (biológico, des-afetivo e ontológico).

Embora não se admitam os três modos de ser-no-mundo e a realidade humana como valores jurídicos, diante da dicotomia que produz entre norma, fato e lei, oportuna a lembrança de Rousseau, ao anotar, em 1757⁵⁵², que “a família é a mais antiga das sociedades, a norma primitiva das sociedades políticas”. Isso quer dizer que as relações em família refletem na sociedade, no Estado e no Direito, pelos seguintes motivos, por exemplo:

- a) a família e a religião são os únicos fenômenos sociais encontráveis em todos os tempos e em todas as culturas⁵⁵³;
- b) na sociedade, em que se respeita a dignidade e a condição humana, devem conviver, conjunta e harmoniosamente, a democracia, a liberdade, a hermenêutica, a filosofia, o fato, a realidade, a lei, a norma, a doutrina, a jurisprudência, o ser humano, a família, o Estado, o Direito, a genética, a afetividade e a ontologia;
- c) ao referir que a família é a *norma primitiva da sociedade*, Rousseau quis dizer que, embora a família tenha origem no primevo, o texto não pode ser compreendido em sua textitude, mas, sim, deixando acontecer a norma, o sentido do direito de família, que somente ocorre nos eventos tridimensionais. Não importa se a tridimensionalidade humana está ou não normatizada, porque a realidade está incorporada no Direito, sendo um conceito hermenêutico, que é fato, é o modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, tendo em vista que a República está hasteada em um Estado Constitucional, no qual se impõe não apenas a lei, mas Direito, incorporado na Constituição do País.

O Poder Judiciário, ao não incorporar a tridimensionalidade do direito de família, está reproduzindo a vontade do legislador, desempenhando a função de mero declarador e

⁵⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 24.

⁵⁵³ ÁVILA, Fernando Bastos de. *Introdução à sociologia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1996. p. 220.

aplicador da lei, agindo como se fosse um subordinado, um servidor público que deve fazer tão-só o que o legislador manda (compreender o texto do direito de família apenas pelo mundo genético normatizado). Esquece, com isso, que é um poder jurídico e político independente e harmônico dos demais Poderes da República. É surpreendente, diz Baptista da Silva, que parte do Poder Judiciário ainda se apegue ao passado, permanecendo inerte diante dos reclamos - anseios - da sociedade, já que o mundo ocidental não se encontra mais na Idade Média, que se tornou laica (e não mais sacra), democrática, hermenêutica (e não mais totalitária) e globalizada (e não mais local).

Além disso, não se cuida de um Judiciário como mero órgão, apêndice, servo da lei e dos Poderes Legislativo e Executivo, e sim de um Poder da República, independente, harmônico, pelo que é manifestamente antidemocrático seguir a dogmática jurídica, forjada, há vários séculos, por um Estado Absolutista. Numa só palavra, a cega obediência às ordens do legislador (da lei) é conduta que despe o Poder Judiciário de sua independência, de sua condição de igualdade perante os demais Poderes da República, com grave ofensa ao princípio da separação de poderes.

Concordo com a idéia⁵⁵⁴ de que nem tudo são críticas ao Judiciário, sobrando elogios em favor da Magistratura brasileira, que “sempre caminhou à frente do legislador, recolhendo do seio da sociedade as demandas que dela emergem e que se cristalizam em valores, normas, instituições e metas coletivas e individuais”. Defendo o avanço na senda da jurisdição constitucional – menos regras e mais princípios –, na medida em que o Estado Laico, Democrático e Social de Direito (Estado Constitucional) tem esse *plus* constitucional de compreender o Direito *com vinculação social*. Com isso, as promessas da modernidade, como os direitos e as garantias fundamentais, principalmente da genética, da afetividade e da ontologia, podem ser integralmente cumpridos, já que essa espécie de Estado incorpora, ao mesmo tempo, as funções do direito, da democracia, da hermenêutica, da laicização e da inclusão social.

O racionalismo reside também no Direito processual, em que é sustentado que o princípio da liberdade de apreciar a prova existente nos autos está restrito aos “critérios da lógica, assim como da razão e da experiência”⁵⁵⁵. Adverte que “el ideal de la certeza en el derecho se vuelve inalcanzable en vista de la incertidumbre existente de hecho, cuando la determinación de los derechos de las partes debe esperar con frecuencia los resultados del

⁵⁵⁴ FILIPPI, Rejane. Recasamentos. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de (Org.). *Casamento, uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006. p. 449.

⁵⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução: Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2000. v. 2. p. 110.

litigio”, Merryman⁵⁵⁶.

Quanto aos recursos⁵⁵⁷, recorde que a proibição do exame jurídico em concreto no recurso especial (verbetes nº 07 da súmula do STJ)⁵⁵⁸, ainda é resquício do Tribunal de Cassação, que, em sua primeira fase, era autorizado a esclarecer as dúvidas dos juízes, que não permaneciam vinculados à resposta dada pelo Tribunal Administrativo, mais tarde transformado em Tribunal Judicial.

Quer dizer, o Superior Tribunal de Justiça, ao não admitir recurso especial para reexaminar os fatos da vida real (a genética, a afetividade e a ontologia), comporta-se, em tese, como o antigo Tribunal Administrativo, vinculado ao legislador, idêntico à primeira fase do Tribunal de Cassação francês. Limitado a esclarecer as dúvidas da lei (reexamina somente questões de Direito), não está a exercer a função de um Tribunal eminentemente Judicial, órgão do Poder Judiciário, o que causa grave ofensa ao princípio da separação de poderes (artigo 2º da Constituição do País).

Não se está a postular o aumento de recursos aos tribunais superiores, porque a indústria recursal precisa ser restringida, mas não mediante o corte vertical entre o fato e o Direito, como o faz a dogmática jurídica, e sim por outros instrumentos jurídicos (infra)constitucionais.

Quanto à questão de fato e de Direito, impedindo que as instâncias superiores examinem as provas, matéria destinada com exclusividade aos juízes de primeira e de segunda instância, Baptista da Silva tem dito que, ao inverso do que está sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (verbetes nº 07), cabe sim àquela Corte de Justiça examinar os fatos, como forma de garantir a adequada aplicação da lei, decorrente do princípio do devido processo legal, e “o controle dos erros de fato, na apreciação da prova, seja, neste caso, pela ilogicidade dos fundamentos aceitos pelas sentenças; seja pela ‘incompletude’ da análise da prova, determinante de erro na aplicação do direito”⁵⁵⁹, porque a separação entre questão de fato e questão de Direito “foi uma ambição das filosofias modernas, estando ligada, sem dúvida, à concepção do Direito como uma prescrição normativa”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 87 e 166.

⁵⁵⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista* Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 28 e 243. Na comunidade jurídica há uniformidade quanto ao fato de os recursos serem os principais responsáveis pela morosidade do Judiciário, mas, por incrível que pareça, ninguém está disposto a modificá-los.

⁵⁵⁸ Verbetes n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

⁵⁵⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 348. 2006.

⁵⁶⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 348-349. 2006.

O direito de família sempre fomentou o mundo dos seres vivos em geral, o mundo dos instintos, compreendendo parte do mundo genético, só que nesse mundo não estão incluídos o afeto e a ontologia, que podem ser compreendidos nos mundos *Mitwelt* (afetivo) e *Eigenwelt* (ontológico), que transformam o ser vivo em ser humano. O mundo genético não absorve automaticamente os mundos afetivo e ontológico; o mundo afetivo não engloba os mundos genético e ontológico; e o mundo ontológico, por sua vez, não acolhe os mundos genético e afetivo, porque o ser humano, para ser cuidado como humano, e não como coisa, deve ser compreendido, *ao mesmo tempo*, por esses três mundos, os quais são interligados, inter-relacionados, condicionando-se, simultaneamente, uns aos outros⁵⁶¹.

Por isso, a normatização do mundo genético é uma compreensão *parcial* (menos de 1/3) do direito de família, efetivada de forma preconceituosa, uma vez que se os mundos afetivo e ontológico não podem ser compreendidos dentro do mundo biológico, faltando ao legislador e à comunidade jurídica o senso de razoabilidade, de proporcionalidade, de realidade, de responsabilidade constitucional, social e humana na compreensão da família, que pode ser efetivada pela hermenêutica filosófica, no sentido de dizer “não aos ‘pré-conceitos’, aos ‘pré-juízos’, aos fatos e às idéias da experiência cotidiana, ao que ‘todo mundo diz e pensa’, ao estabelecido”, colocando “entre parênteses nossas crenças para poder interrogar quais são as causas e qual é seu sentido”⁵⁶², para que se possa levar a cabo, “na práxis vital de cada um, aquilo que existe, e não o que gostaríamos que existisse”⁵⁶³.

Concordo com May, ao advertir que “é um erro crasso a crença ingênua de que os fatos podem ser melhor observados se toda preocupação com assuntos filosóficos for evitada”, uma vez que a ontologia serve para afastar o totalitarismo da razão, apontando a “fenda entre o que é *abstratamente verdadeiro* e o que é *existencialmente real*”. O autor lembra que o esquecimento do mundo afetivo (*Mitwelt*) faz com que o ser humano conviva no mundo instintivo (*Umwelt*), e que o afastamento do mundo ontológico (*Eigenwelt*) “contribui não somente para uma aridez intelectual e perda da vitalidade, como, também, obviamente, tem muito a ver com o fato de que as pessoas modernas sejam propensas à perda do senso de realidade em suas experiências”⁵⁶⁴.

O afastamento da linguagem tridimensional no direito de família é um preconceito

⁵⁶¹ MAY, Rollo. *A descoberta do ser*. 4. ed. Tradução: Cláudio G. Somogyi. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 141-145.

⁵⁶² CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2004. p. 18.

⁵⁶³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre, 2005. p. 269-270.

⁵⁶⁴ MAY, Rollo. *A descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. Tradução: Cláudio G. Somogyi. 4. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 142.

inautêntico, impuro, porque a compreensão do ser humano não é formatada tão-só pela parte genética normatizada, deixando de fora a realidade, a totalidade das três dimensões existenciais de ser-no-mundo. Não é sem razão que Gadamer⁵⁶⁵ utiliza palavras contundentes contra os defensores da dogmática jurídica, ao asseverar que “o que a lei prescreve, o que é caso da lei, esta só determina univocamente na cabeça de perigosíssimos formalistas. Aplicar o Direito significa pensar conjuntamente o caso e a lei de maneira tal, que o Direito propriamente dito se concretize”. É por isso, conclui o autor, que o sentido de uma norma “só pode ser justificado e determinado realmente, na concretização, e através dela”.

Dessa forma, todas as questões de direito de família sobre a genética, a afetividade e a ontologia são questões de fato e de direito, comportando os recursos especial e extraordinário, na medida em que “a lei é sempre deficiente, não em si mesma, mas porque, diante do ordenamento a que se destinam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas”⁵⁶⁶. Assim, a norma é individual: o legislador faz o texto, e o intérprete faz a norma⁵⁶⁷. A hermenêutica filosófica evita que as questões sejam resolvidas de forma abstrata e que a realidade escorra pelos dedos diante de nossos olhos⁵⁶⁸, sendo por isso que, na dogmática jurídica, *sempre sobra a realidade!*, a qual, no direito de família, não se deduz matemática e abstratamente, e sim compreendida pela linguagem tridimensional.

Por essas e outras fundamentações, justificações e compreensões do Direito que concordo com a manifestação streckiana⁵⁶⁹, no sentido de que é impossível continuar sustentando as serôdias dicotomias metafísicas, porque o texto não é a norma, porquanto é no sentido do texto que está a norma; o texto é fato, fato é texto; o texto é evento, evento é texto; na lei está uma parcela do Direito; não é na vigência, e sim na validade constitucional do texto que se vislumbra o Direito; questão de fato é questão de direito e questão de direito é questão de fato, porque hermenêutica é filosofia e filosofia é hermenêutica, é faticidade, é acontecimento, é evento, é momento, uma vez que *existir é sempre um fato*⁵⁷⁰, pelo que genética, afetividade e ontologia serão possíveis como fenomenologia, significando que o conceito dogmático da normatização genética encobre a condição humana tridimensional.

⁵⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Tradução: Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 51-2.

⁵⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 419.

⁵⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 252.

⁵⁶⁸ MAY, Rollo. *A descoberta do ser*. 4. ed. Tradução: Cláudio G. Somogyi. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 48, 52, 55, 78 e 142.

⁵⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. Verbete HEIDEGGER, Martin, 1889-1976. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 429.

⁵⁷⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1. p. 66 e 257.

4.6 A Matriz Teórica Hermenêutica

Na mitologia grega, quem transmitia, anunciava e interpretava as mensagens dos deuses aos mortais era conhecido como Hermes⁵⁷¹, daí a associação da função exercida por esse deus com a expressão hermenêutica, que é a arte de interpretar⁵⁷², mas, principalmente, de levar uma mensagem. É com o Movimento Iluminista, decorrente do chamado renascimento, que ocorreu a emancipação do ser humano (humanismo), que estava ligada à razão que, por sua vez, acabou por suplantando a lógica grega e a teologia da Idade Média. Contrapondo-se ao racionalismo e, especialmente, ao caráter da verdade absoluta, começa a tomar forma a hermenêutica⁵⁷³, rompendo com padrões estáticos e fechados e compreendendo as coisas que estão no mundo a partir do universo humano⁵⁷⁴.

Ao longo da modernidade, como movimento crítico ao (neo)positivismo, a hermenêutica foi estudada pelos mais diversos filósofos, surgindo diferentes pontos de vistas⁵⁷⁵. Por exemplo, a teoria hermenêutica, em fins do século XIX, foi elaborada, entre outros⁵⁷⁶, por Wilhelm Dilthey e Emilio Betti, que objetivavam “estabelecer em moldes rigorosos as condições da possibilidade do conhecimento histórico-cultural, enfatizando a peculiaridade interpretativa desse campo de conhecimento e o papel metodológico fundante da compreensão”⁵⁷⁷.

Por outro lado, difundida no século XX, a partir dos avanços da fenomenologia de Edmund Husserl e de Heidegger, a hermenêutica filosófica, de Gadamer, “afirma que o cientista social, ou intérprete, e o objeto estão ligados por um contexto de tradição, o que implica a existência prévia de uma compreensão do seu objeto quando o aborda, sendo, por isso, incapaz de começar com um espírito neutro”⁵⁷⁸. O autor quer dizer que o intérprete não é um livro em branco, não parte de um grau zero, de um ponto cego de compreensão ou de

⁵⁷¹ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002. p. 23.

⁵⁷² HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1519.

⁵⁷³ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 29.

⁵⁷⁴ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 39-44.

⁵⁷⁵ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002. p. 13.

⁵⁷⁶ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002. p. 29.

⁵⁷⁷ COSTA, Jean Carlo de Carvalho. Hans-Georg Gadamer: notas introdutórias à hermenêutica filosófica contemporânea. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 14, n. 5, p. 898, 2004.

⁵⁷⁸ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002. p. 15.

atribuição de sentido, à medida que “a linguagem, como a história, possuem um ‘peso’, uma força que nos conduz ou arrasta”⁵⁷⁹. Isso significa que “o tempo não é um obstáculo para compreender o passado, e sim o âmbito onde tem lugar a autêntica compreensão, à medida que, quando ausentes o tempo e a tradição, falta a chave da compreensão!”⁵⁸⁰.

Enquanto a obra “Ser e Tempo”, de Martin Heidegger⁵⁸¹, fornece uma prévia do seu tema central - “tomar aquilo que ‘é’ por uma presença constante e consistente, considerado em sua generalidade, é resvalar em direção à metafísica” - , Gadamer publica o livro “Verdade e Método”, substituindo os velhos e surrados métodos da razão Iluminista pela verdade contra o método, mediante a compreensão universal da hermenêutica filosófica, pela fusão de horizontes, pelo círculo hermenêutico, pela suspensão dos preconceitos puros e impuros e pela tradição.

Independentemente das tendências/posições defendidas, o fato é que a teoria jurídica dominante perdeu credibilidade, uma vez que o sentido do texto passou a ser compreendido como dependente do contexto social⁵⁸².

A hermenêutica filosófica levou para a seara jurídica a importância da enunciação, e não (só) do enunciado, abandonando o pensamento unívoco da lei, para compreender a família “na práxis vital de cada um, aquilo que existe, e não o que gostaríamos que existisse”⁵⁸³. Embora há quem afirme que a hermenêutica filosófica é uma derivação crítica da filosofia analítica⁵⁸⁴, ela, na verdade, não é uma teoria do Direito, e sim *uma teoria filosófica no Direito*, propondo ao intérprete uma atitude ativa - *produção do Direito* - e não passiva - *reprodução do Direito* -, como ocorre nas demais teorias, minimizando os estigmas (exegese/silogismo/neutralidade) impostos pelo (neo)positivismo jurídico.

A partir daí, afastou-se a dicotomia entre texto e norma, lei e Direito, fato e Direito, considerando o contexto social, a tradição histórica, o círculo hermenêutico à compreensão do texto do direito de família, que saltou de um comportamento, de um agir humano, de uma fundamentação para um modo, um jeito, uma condição de ser-no-mundo humano

⁵⁷⁹ ROHDEN, Luiz. Hermenêutica e linguagem. In: ALMEIDA, Custódio; FLICKINGER, Hans-Georg; _____ (Org.). *Hermenêutica filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p.151 e seguintes.

⁵⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 206.

⁵⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Manifestação no processo-crime nº 70001588300*. 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 01.11.2000. Relator: Amilton Bueno e Carvalho.

⁵⁸² ROCHA, Leonel Severo et al. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22.

⁵⁸³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 269-270.

⁵⁸⁴ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003. p. 98.

tridimensional.

O choque hermenêutico familiar pode ser compreendido nos seguintes termos: o que era norma, é texto, ser humano, família, que será extraída pelo sentido do texto; o que era meramente declarado pela lei, agora é compreendido hermeneuticamente; o que era enunciado, passou a ser enunciação; o que era fechado, transformou-se em aberto; o que era divino, profanou-se; o que era absoluto, relativizou-se; o que era certeza sólida, tornou-se certeza líquida; o que era tirano, democratizou-se; o que era local, universalizou-se. Enfim, a norma posta já não pode ser aplicada com base na suposta vontade do legislador, ou no sentido literal da lei, sendo preciso a *produção de sentido ao texto*, com base na compreensão do contexto da tradição histórica, na circularidade hermenêutica, por meio da linguagem.

Desse modo, mais do que declarar o sentido literal do texto ou a suposta vontade do legislador/intérprete, a contar da matriz hermenêutica passa a ser encorajado a compreender o texto legal a partir de horizontes de sentidos. Em outras palavras, o intérprete, ante o texto e ao caso concreto, torna-se hermeneuta, devendo, numa circularidade⁵⁸⁵, reconhecer e suspender os seus pré-conceitos, para que possa compreender a si mesmo e, conseqüentemente, o texto do direito de família. Compreendido o sentido da existência, o intérprete parte para a atualização do texto e, para isso, embarca na tradição histórica, na fusão de horizontes (entre o passado e o presente), no círculo hermenêutico (da parte ao todo e do todo à parte), podendo então descobrir o sentido do texto (a norma), e assim dar-lhe (novo) sentido⁵⁸⁶, porquanto “não podemos compreender nada sem compreender a totalidade”⁵⁸⁷.

Na sociedade constitucional continua a existir o que Herbert Hart - defensor da hermenêutica para justificar o positivismo - denominou zona de textura aberta⁵⁸⁸, uma vez que, mesmo existindo a possibilidade de se fazer uma interpretação hermenêutica, a comunidade jurídica se nega a compreender a passagem da norma para a linguagem real⁵⁸⁹. E isso decorre dos anos de neutralidade (o mais perigoso dos preconceitos), de omissão, de subordinação, de crença na soberania legislativa, como se o legislador tivesse (tenha) conhecimento dos fatos sociais que precisam passar do mundo do ser para o prescritivo mundo do dever-ser. Aliás, o próprio Hart, mesmo aceitando a interpretação da norma posta,

⁵⁸⁵ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 61-62.

⁵⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 214.

⁵⁸⁷ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 61-62.

⁵⁸⁸ ROCHA, Leonel Severo et al. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 24.

⁵⁸⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 279.

não abandonou a maneira analítica do pensamento positivista⁵⁹⁰, porque, ao afirmar que é o Direito que possui uma zona de textura aberta, continuou a confundir texto normativo com Direito.

Dentre as vertentes hermenêuticas, encontra-se a fenomenologia, de Martin Heidegger⁵⁹¹, cuja idéia teve continuação pela hermenêutica filosófica, de Gadamer, em que a hermenêutica deixa seu viés normativo, passando a ser filosofia, e a filosofia transforma-se em hermenêutica. No Brasil, a hermenêutica filosófica e fenomenológica tem em Stein e Streck seus maiores expoentes⁵⁹², os quais têm dito que a hermenêutica filosófica tem-se pautado

como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem como destruição e revolvimento do chão lingüístico da metafísica ocidental, mediante o qual é possível descobrir um indisfarçável projeto de *analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a práxis humana, como existência e faticidade*, onde a linguagem – o sentido, a denotação – não é analisada num sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade. Enquanto baseado no método hermenêutico-lingüístico, o texto procura *não se desligar da existência concreta*, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada.

No direito de família, a hermenêutica filosófica procura não se desligar da existência concreta e nem das cargas pré-genética, pré-(des)afetiva e pré-ontológica, que na existência já vêm sempre antecipadas, afastando-se da inflexibilidade da normatização, para compreender a família pela jurisdição constitucional, em sua condição humana tridimensional.

4.6.1 A Compreensão do Direito de Família pela Hermenêutica Filosófica

Nos dois capítulos anteriores foram vistos os três mundos do ser humano, que estão inter-relacionados, condicionando-se uns aos outros, em que o ser humano convive e compartilha, simultaneamente, nos mundos *Umwelt* (genético), *Mitwelt* (afetivo) e *Eigenwelt* (ontológico), mundos diferentes, mas, ao mesmo tempo, modos de ser-no-mundo-genético, de

⁵⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 250.

⁵⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 190.

⁵⁹² STEIN, Arnildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. Porto Alegre: Movimento, 1983. p. 100-101.

ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

O mundo ontológico (*Eigenwelt*), segundo May⁵⁹³,

pressupõe autoconsciência (ou percepção de si mesmo), auto-relacionamento, e está presente unicamente nos seres humanos. Não se trata, no entanto, de uma experiência meramente subjetiva, interior; ao contrário, é a base na qual vemos o mundo real em sua perspectiva verdadeira, a base sobre a qual nos relacionamos. É a percepção do que uma coisa qualquer no mundo – esse buquê de flores, aquela outra pessoa – significa para *mim*. Isso quer dizer que, quando digo ‘essa flor é linda’, significa que ‘para mim esta flor é linda’. Nossa dicotomia ocidental entre sujeito e objeto nos levou, em contraste, a assumir que dissemos o mais importante ao afirmar que a flor é linda inteiramente separada de nós, como se a afirmação fosse mais verdadeira em proporção à insignificância do que nós tenhamos a ver com o fato! Essa atitude de deixar o *Eigenwelt* contribui não somente para uma aridez intelectual e perda da vitalidade, como também, obviamente, tem muito a ver com o fato de que as pessoas modernas sejam propensas à perda do senso de realidade em suas experiências.

No mundo ontológico não há espaço à objetificação, à coisificação do texto do direito de família, nem à verdade absoluta, à subjetividade, à compreensão da lei em sentido unívoco, meramente histórico, porque, como alerta Gadamer,

uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação -, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar⁵⁹⁴.

Enquanto a matriz analítica isolou e aprisionou o Direito à norma posta, a matriz hermenêutica abordou a historicidade, a fenomenologia, a linguagem, a singularidade, a universalidade, a realidade genética, (des)afetiva e ontológica, propondo um novo sentido à existência humana, combinando legalidade e realidade, exigindo do intérprete não uma mera análise sintática do texto normativo, mas a compreensão do texto a partir da circularidade, da fusão de horizontes, da suspensão dos preconceitos e do encontro com a tradição do direito de família.

⁵⁹³ MAY, Rollo. *A Descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. Tradução: Cláudio G. Somogyi. 4. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 139-141.

⁵⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 408.

A secularização do texto, do Estado, do Direito, do ser humano, da família, afastou a idéia de atemporalidade, possibilitando a sua (re)condução ao reino da extinção da verdade absoluta, única e sagrada, uma vez que a história não significa tão-só sucessão de fatos, e sim condição de possibilidade de compreender a relação do homem com os contextos que cria, e que o recriam, nascendo, desse modo, a hermenêutica, a filosofia, propiciando a dúvida e o reexame⁵⁹⁵.

Por harmonizar tudo o que até então havia sido justificado de forma absoluta pela razão iluminista, a hermenêutica filosófica, abalando a idéia de segurança, foi muito criticada pelos reprodutores do dogmatismo jurídico, mas, afastando as críticas e as taxações de relativismo, a hermenêutica filosófica se apresenta como contraponto à razão iluminista, à medida que, diversamente do racionalismo, não estabelece o que o ser humano tem que ser, mas como o ser humano é, a sua realidade, “aquilo que existe, e não o que gostaríamos que existisse”⁵⁹⁶.

Significa dizer que a hermenêutica filosófica mergulhou na linguagem histórico-existencial, passando a compreender a família a partir de sua existência tridimensional, buscando, em cada questão, uma solução hermeneuticamente adequada, aceitável, razoável, ponderável. Isso mediante a fenomenologia existencial circundante, na qual são purificados os preconceitos puros e impuros, dentro de uma espiral hermenêutica, uma tradição e uma fusão de horizontes entre passado e presente, de maneira que se adapte ao contexto existencial do ser humano.

Com a compreensão do direito de família pela hermenêutica filosófica, há necessidade de serem examinadas várias questões, entre as quais: a hermenêutica filosófica e a acusação de ser relativista; a linguagem como condição de ser-no-mundo; o alcance universal do método fenomenológico; a (pré)compreensão dos preconceitos; do círculo hermenêutico; da fusão de horizontes e da compreensão da tradição histórica texto do direito de família.

4.6.2 A Acusação de a Hermenêutica Filosófica ser Relativista

A dogmática jurídica encontra-se em profunda e irreversível crise paradigmática, tendo em vista que se sustenta pelo prisma da relação entre sujeito-objeto, da razão, da

⁵⁹⁵ SALDANHA, Nelson. *Secularização e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 189 e 193.

⁵⁹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre, 2005. p. 269-270.

verdade absoluta, da subjetividade, da compreensão da lei como Direito e, em decorrência, da equiparação do texto e norma. Todavia, para Gadamer, “a lente da subjetividade é um espelho deformante”, à medida que é tida como “dominadora” de sua situação, no sentido de que ela, ao pretender manter seu autodomínio, “somente poderá fazê-lo pagando o preço de deixar de fora de sua abordagem objetiva uma série de experiências capazes de modificar a sua própria auto-imagem”⁵⁹⁷, significando que “o primado da autoconsciência é o primado do método”⁵⁹⁸, o supremo momento da subjetividade⁵⁹⁹.

A filosofia da consciência apega-se na relação sujeito-objeto, em que a idéia dominante é a de que interpretar é descobrir o sentido, o alcance, o significado da norma, é explicar, esclarecer e dar o significado ao vocábulo, enfim, extrair da norma tudo o que nela se contém⁶⁰⁰. A hermenêutica filosófica⁶⁰¹ não é metódica, e sim experiência de vida⁶⁰², existência, um acontecer, um evento, em que o processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão, cujo sentido vem antecipado pela pré-compreensão que, por sua vez, “é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos”⁶⁰³, em que as relações passam a ocorrer entre sujeito e sujeito (entre humanos), sendo a linguagem a condição de possibilidade de uma visão da totalidade do mundo⁶⁰⁴.

Uma inquietante provocação é promovida por Gadamer, no sentido de assegurar que a verdade não é localizada por um método, porque a verdade é contra o método, propondo-se a demonstrar que não é por meio do método (adotado pela dogmática jurídica) que se alcança a verdade⁶⁰⁵. Em outra passagem, o autor⁶⁰⁶ faz uma descrição do que significa um método, nos seguintes termos:

⁵⁹⁷ TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica filosófica e história*. Passo Fundo: UPF, 2004. p. 55.

⁵⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Tradução: João Tiago Proença. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1983. p. 21.

⁵⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais. Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul* - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. v. 1, p. 108.

⁶⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, n. 1, p. 225, 2003.

⁶⁰¹ BUZZI, Arcângelo R. *Introdução ao pensar*. 31. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 147.

⁶⁰² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 466-467. “A experiência ensina a reconhecer o que é real”.

⁶⁰³ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*. São Leopoldo, n. 1, p.108, 2000. rodapé. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1. 208 e 211.

⁶⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 141.

⁶⁰⁵ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 14 e 177.

⁶⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 61-62.

Em sentido moderno, o método, apesar de toda a variedade apresentada nas diversas ciências, é um conceito unitário. O ideal de conhecimento pautado pelo conceito de método consiste em se poder trilhar um caminho cognitivo de maneira tão consciente que se torna possível refazê-lo sempre. *Methodos* significa “caminho de seguimento”. Metódico é poder-seguir sempre de novo o caminho já trilhado e é isto o que caracteriza o proceder da ciência. Justamente por isso faz-se necessário estabelecer logo uma restrição daquilo que pode resultar desta pretensão à verdade. Se a verdade (*veritas*) só se dá pela possibilidade de verificação – seja como for –, então, o parâmetro que mede o conhecimento não é mais sua verdade, mas sua certeza. Por isso, desde a formulação clássica dos princípios da certeza de Descartes, o verdadeiro *ethos* da ciência moderna passou a ser o fato de que só admite como condição satisfatória de verdade aquilo que satisfaz o ideal de certeza.

A humanidade tornou-se líquida⁶⁰⁷, significando que toda solidez é desmanchada no ar e todo sagrado, profanado⁶⁰⁸, pelo que a dogmática jurídica está na iminência de desmanchar-se no ar, porque seu método é limitado, individualista e antidemocrático, não acompanhando a atual complexidade social, em que a modernidade sólida (pesada) transformou-se em modernidade líquida (leve), *infinitamente mais dinâmica*⁶⁰⁹.

Não é sem motivo que Streck⁶¹⁰ denuncia que “o paradigma (modelo/modo de produção de Direito) liberal-individualista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos”. Isso quer dizer que o intérprete está inserido na história efetual, como diz Gadamer, que se rompe “com a questão epistemológica sujeito-objeto, porque o sujeito não é ele, mas é ele e sua possibilidade de ser-no-mundo, é ele e suas circunstâncias, é ele e sua cadeia significativa”⁶¹¹ tridimensional.

Fazer hermenêutica na modernidade líquida “é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o Direito de soslaio”, na medida em que “o fundamento é um modo de ser e não um procedimento”, motivo pelo qual não fornece a segurança jurídica almejada pela metafísica-fundamentalista, o que quer dizer que “todo esforço em encontrar um fundamento absoluto e seguro para uma teoria representa uma tarefa que pode ser classificada como irracional”⁶¹². Enquanto a dogmática jurídica *reproduz o Direito*, a hermenêutica filosófica é

⁶⁰⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Coisa julgada relativa? *Anuário de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, n. 1, p. 363, 2003.

⁶⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 23. Enfatiza que essa expressão foi utilizada no Manifesto Comunista de 1.848, por Marx e Engels.

⁶⁰⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, textos constantes na orelha esquerda e na contracapa do livro.

⁶¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica) e estado democrático de direito: uma análise crítica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo, RS, 1999. p. 77, 105 e 108.

⁶¹¹ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 70.

⁶¹² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 230 e 241.

produtora de sentido do texto do direito de família, tendo em vista que o intérprete sempre atualiza os fatos e os textos com base em sua pré-compreensão do presente, pelo modo de ser-no-mundo tridimensional, no qual sempre está mergulhado, por força da tradição.

Para Nelson Saldanha⁶¹³, a hermenêutica filosófica recebeu algumas críticas, no sentido de ser demasiadamente aberta, como o historicismo⁶¹⁴, mas esclarece que, na verdade, a hermenêutica, nas últimas décadas, “teve e vem tendo um papel de relevo ao resgatar contribuições anteriores e ao ensejar o reexame do trabalho ‘interpretativo’ em áreas como a filosofia, a teologia e o direito”. Não obstante a modernidade líquida trazer incertezas jurídicas, o acantonamento da hermenêutica filosófica não se dará na esfera do relativismo, pelo que adoto a réplica streckiana⁶¹⁵, de que

é preciso dizer que a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de ‘decisionismo’, ‘realismo’ ou ‘direito alternativo’, e essa convicção vem apoiada em Grondin, que, fundado em Gadamer, *rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo* (ou irracionalidade) *à hermenêutica filosófica*. Numa palavra: *jamais existiu um relativismo para a hermenêutica; são antes os adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, a qual não corresponde às suas expectativas fundamentalistas*, tranquiliza-nos Grondin. Dessa forma, na discussão filosófica contemporânea, o relativismo funciona como um espantalho ou um fantasma assustador, em favor de posições fundamentalistas, que gostariam de abstrair da conversação interior da alma. *Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos*.

Para atestar que a hermenêutica filosófica não é relativista⁶¹⁶, tem-se⁶¹⁷ esclarecido que a compreensão do texto supera o sentido herdado pela tradição que, no mundo jurídico se firmou como senso comum, “apresentando as condições de possibilidade de existência do Direito, em íntima relação com o mundo circundante”. Nesse sentido, Streck⁶¹⁸ tem certificado que

a pré-compreensão do jurista inserido no sentido comum teórico é condição de possibilidade deste (jurista) ser-no-mundo. Fundando este horizonte – que lhe dá o

⁶¹³ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 289.

⁶¹⁴ SALDANHA, Nelson. *Verbete Historicismo*. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 435.

⁶¹⁵ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 229 e seguintes.

⁶¹⁶ ROHDEN, Luiz. O “círculo hermenêutico” como estrutura, o “enquanto” da hermenêutica filosófica. *Veritas. Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS*, Porto Alegre, v. 44, n. 1, p. 110, 1999.

⁶¹⁷ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 156.

⁶¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 279-280.

seu sentido de ser-no-mundo – com o horizonte de um dizer crítico (*ter horizonte, diz Gadamer, significa não estar limitado ao que está mais próximo de nós, mas, sim, poder ver além*), o jurista conformará uma nova compreensão, com o que não (re)produzirá o sentido inautêntico, e sim um novo sentido que possibilitará a aplicação/concreção do texto jurídico de acordo com os objetivos e os cânones do Estado Democrático de Direito, que funciona como uma nova linguagem (condição de possibilidade), a qual, ao se fundir com o (velho) horizonte oriundo da tradição (sentido comum teórico), *proporciona o desvelar do ser do (daquele) ente (o texto jurídico e sua inserção no mundo)*.

A racionalidade jurídica foi gerada num contexto em que as relações sociais “se inscrevem nos acanhados limites duma técnica ainda primitiva”, com o que, ao pretender o princípio da segurança jurídica e, portanto, da certeza absoluta e única da lei, torna-se incompatível com o Estado Democrático de Direito⁶¹⁹, que se encontra inserido em uma Era de alta complexidade social. Por isso, não mais se justifica a acusação de Chiovenda⁶²⁰, de que “os juízes rigorosamente fieis à lei conferem ao cidadão maior garantia e confiança do que os farejadores de novidades em geral subjetivas e arbitrárias”, aplicando-se, nesse contexto o libelo de Streck, de que a pretensiosa segurança jurídica não representa mais do que uma forma acabada de discricionariedade judicial, visto que “não há pura interpretação; não há hermenêutica ‘pura’. Hermenêutica é faticidade; é vida; é existência, é realidade. É condição de ser no mundo”⁶²¹.

Isso quer dizer que a hermenêutica filosófica não é relativista, caracterizando-se como um canal da compreensão universal do texto do direito de família, mergulhados na linguagem do Estado Democrático de Direito, banhando-se nas expectativas e nos sentidos de determinado momento histórico, buscando uma solução hermeneuticamente adequada, aceitável, razoável, ponderável. Isso ocorre por meio de um método universal fenomenológico (um modo de ser-no-mundo), no qual são purificados os preconceitos puros e impuros, dentro de uma espiral hermenêutica, uma fusão de horizontes e de uma tradição, sempre compreendida nos limites da Constituição do País. Significa que não é possível compreender o texto do direito de família desatrelado do texto constitucional, porque a sociedade brasileira vive em um Estado Constitucional, em que, com a hermenêutica filosófica, o Direito passa a ser compreendido no sentido *produtivo*, e não meramente reprodutivo, concretizando a lei em

⁶¹⁹ AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 104.

⁶²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituição de direito processual civil*. 2. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942. v. 1. p. 79.

⁶²¹ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, 2005. p. 160 a 162.

cada caso (jurídico), na medida em que

a complementação produtiva do Direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este se encontra sujeito à lei, como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um Estado de Direito. Claro que esta tarefa de concreção não se resume a um mero conhecimento dos artigos dos códigos. A idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação⁶²².

Com a hermenêutica filosófica, o Direito deixará de ser um teorema, um axioma, uma verdade absoluta, sagrada e justa, um método de interpretação, como ocorre na dogmática jurídica, para transformar-se em uma discussão, uma espiral de diálogo, uma escuta à fala, um vaivém da palavra, uma abertura para ouvir a voz do que não tem voz, a voz das minorias, dos excluídos dos laços sociais e dos modos de ser-no-mundo tridimensional, porquanto a possibilidade de outro membro familiar ter direito é a alma da hermenêutica.

Em outra passagem, Gadamer, referindo-se à problemática da acusação de relativismo, acrescenta que a alegada insegurança jurídica desesperadora não se faz presente na hermenêutica filosófica, porquanto o tempo já não é mais um abismo a ser transposto, sendo “o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. Essa superação dos períodos temporais era pressuposto ingênuo do historicismo, que era preciso se deslocar e pensar segundo os conceitos e representações do espírito da época”.

Para a hermenêutica filosófica, o tempo não é um abismo devorador, porque está preenchido pela continuidade de toda herança da tradição, uma genuína produtividade do acontecer. Dessa forma, conclui Gadamer, a distância contribui para separar, identificar e suspender os preconceitos puros e impuros, permitindo o surgimento de uma compreensão precisa, correta, incorporando a compreensão histórica, com a finalidade de mostrar a validade da tradição como opinião distinta, na medida em que a compreensão inicia onde algo interpela o intérprete, que é a condição suprema da hermenêutica. Essa interpelação é a suscitação por completo dos preconceitos inautênticos com relação ao texto do direito de família.

⁶²² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 432-433.

A essência da pergunta, da interpelação, instrui Gadamer, “é abrir e manter abertas possibilidades”, não deixando de lado ou substituindo, imediatamente, o preconceito por outro, porque o preconceito entra no jogo quando já está metido nele, quando, então, pode “apreender a pretensão da verdade do outro, possibilitando que também ele entre em jogo”. Compreender, aduz o autor, é, essencialmente, um processo de história efetual, que goza de *status* de um princípio, do qual pode deduzir quase toda a sua hermenêutica, em que todos os acontecimentos históricos penetram no mundo histórico da compreensão das gerações posteriores, inclusive se apresentando como um horizonte de compreensão, uma pré-compreensão do evento histórico⁶²³.

Um fenômeno histórico só pode ser compreendido se produziu efeito na história, se recebeu uma interpretação da tradição, já que a consciência humana é determinada pela história efetual, impondo-se, inclusive, esclarece Gadamer, “ali onde a fé no método quer negar a própria historicidade”. A consciência histórica tem visão limitada ao conceito de horizonte, sendo a dimensão crítica da hermenêutica, compreendendo a história como um processo contínuo e sempre influenciando o ser humano, não se cristalizando em um passado distante e fechado⁶²⁴, porque “é a tradição que abre e delimita nosso horizonte histórico, e não um acontecimento opaco da história que acontece ‘por si’”⁶²⁵.

As críticas ocorrem porque é buscada a compreensão *isolada* das afirmações dos defensores da hermenêutica filosófica, chegando-se, equivocadamente, à conclusão de que se cuida de relativismo. Kaufmann⁶²⁶ alerta que isso é decorrente da primeira impressão do intérprete, porque, na verdade, aquele que “consegue perceber a filosofia como a confluência do pensamento de muitos séculos e milênios, quem consegue destringer a convergência na divergência, poder escapar ao relativismo”.

A hermenêutica filosófica é taxada de relativista, conclui o autor, porque afasta o absolutismo da lei dos séculos XXVII e XVIII, sustentando que o intérprete precisa deixar de ser mero oráculo e reproduzidor da lei, passando à condição de hermeneuta e de produtor do direito. Isso significa que essa teoria compreende o texto do direito de família em sua tridimensionalidade: dos laços consangüíneos (mundo genético); de seu relacionamento social

⁶²³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 393 a 396.

⁶²⁴ TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica filosófica e história*. Passo Fundo: Ed. UPF, 2004. p. 67-68.

⁶²⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 94.

⁶²⁶ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: _____; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 29.

e familiar (mundo des-afetivo); suas circunstâncias pessoais, seu modo, seu jeito, sua condição de ser neste mundo de humanos (mundo ontológico), já que a compreensão consiste na meditação “dos condicionamentos e das particularidades de cada situação, rompendo as amarras impostas pelo pensamento tradicional que tornava o Direito hermético a qualquer reflexão acerca do jurista como partícipe de sua compreensão”.

Numa só palavra, a hermenêutica filosófica não é relativista, principalmente pela célebre frase de Gadamer: *quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa*⁶²⁷. Em outra passagem de sua obra⁶²⁸, acerca da necessidade de ser ouvido o texto, e não as próprias opiniões, o autor diz:

Quem quiser compreender não pode de antemão abandonar-se cegamente à causalidade das próprias opiniões, para em conseqüência e de maneira cada vez mais obstinada não dar ouvidos à opinião do texto, até que esta opinião não mais se deixe ouvir, impedindo a compreensão presumida. Quem quiser compreender um texto está, ao contrário, disposto a deixar que ele diga alguma coisa.

Deixar que o texto diga alguma coisa para ser possível compreendê-lo quer dizer, por exemplo, que é preciso deixar que a Constituição do País diga alguma coisa sobre o que é o direito de família, um texto, o ser humano, o Direito, o que exclui a possibilidade de relativizar a sua compreensão na hermenêutica filosófica. Na verdade, quem relativiza a compreensão do texto é a dogmática jurídica, que se lança incondicionalmente às suas próprias opiniões, à sua deformante subjetividade, à sua verdade única e sagrada, não deixando margem alguma para que o texto constitucional diga alguma coisa.

4.6.3 A Linguagem como Condição de Ser-no-Mundo

De acordo com Stein, o acesso do ser humano aos objetos é sempre de modo indireto, formatado pela clivagem do significado, uma vez que conhece *algo como algo* e chega *a algo enquanto algo* (*Etwas als etwas*, diria Heidegger). O ser humano não conhece uma cadeira em sua plenitude como um objeto, mas enquanto objeto no qual se pode sentar, a cadeira

⁶²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 358.

⁶²⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução: Enio Paulo Giachini. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 76.

enquanto cadeira. A linguagem que é usada fala sobre o mundo ou a linguagem enquanto linguagem, pelo que a compreensão e o próprio mundo têm estruturas de algo enquanto algo⁶²⁹.

O humano sempre tem que interpretar de alguma forma, uma vez que é por meio dela que ele chega ao objeto da filosofia, motivo por que “a filosofia passou a ser compreendida como hermenêutica, a hermenêutica passou a ser compreendida como filosofia”⁶³⁰, não sendo um método de interpretar o objeto, como ocorre na dogmática jurídica⁶³¹, à medida que o ser humano compreende as coisas enquanto está na linguagem, na qual as coisas podem aparecer como coisas, não sendo o humano que delas se nutre, e sim elas que trazem o ser humano.

A esse respeito, Heidegger esclarece que “as palavras e a linguagem não constituem cápsulas, em que as coisas se empacotam para o comércio de quem fala e escreve. É na palavra, é na linguagem, que as coisas chegam a ser e são”⁶³². É por isso, conclui o autor, que um gravador não é tomado como uma peça eletrônica, mas como um gravador, significando que “nunca temos uma relação direta com o objeto, mas uma relação com o significado, com um estado de coisas”⁶³³.

Ao nascer, o ser humano é jogado/lançado/mergulhado em um mundo de significados e valores, em um mundo pré-pronto, um mundo pré-existente, e por isso ele não pode pensar como entidade neutra avaliadora da realidade⁶³⁴. Quer dizer, sem linguagem não há existência humana, porque “algo só é algo se podemos dizer que é algo”⁶³⁵, com o que muitas “cosas salen del ocultamiento y se muestran a la luz cuando se habla!”⁶³⁶.

Foi Wilhelm von Humboldt⁶³⁷, atesta Gadamer⁶³⁸, quem cunhou a filosofia da

⁶²⁹ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2004. p. 20-56.

⁶³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 353.

⁶³¹ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2004. p. 92. A autora esclarece que, “na atitude dogmática, tomamos o mundo como já dado, já feito, já pensado, já transformado.

⁶³² HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969. p. 44.

⁶³³ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 277.

⁶³⁴ D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 409-414. (Coleção Idéias).

⁶³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 204.

⁶³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Acotaciones hermenêuticas*. Tradução: Ana Agud; Rafael de Agapito. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 252.

⁶³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 65. O autor historia que Humboldt afirmou o seguinte: “o homem pensa, sente, vive unicamente na língua, e é por ela que deve ser formado”.

⁶³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 142-143.

linguagem⁶³⁹, repousando nessa circunstância a universalidade da dimensão hermenêutica⁶⁴⁰. Não se deve falar sobre a linguagem, porquanto o diálogo pressupõe o conhecimento da essência da linguagem, porque, sem diálogo, não há linguagem⁶⁴¹. Segundo Heidegger, “falar é dizer-mostrar-deixar-ver-comunicar e ouvir de modo correspondente, subordinar-se e adaptar-se a uma exigência, corresponder”⁶⁴², pelo que a linguagem tem de acontecer em termos de tautologias, na medida em que “nenhuma coisa é onde falta a palavra”, sendo o ser humano, antes de tudo, *na linguagem e pela linguagem*, o que quer dizer que temos de “trazer a linguagem como linguagem para a linguagem”, para que haja uma linguagem cada vez mais clara, deixando de ser uma fórmula, um método⁶⁴³, “para constituir uma ressonância calada, que nos permite escutar um pouco desse próprio da linguagem”⁶⁴⁴.

A linguagem não pode ser objeto de pensamento, porque o ser humano não é sujeito, mas servo da linguagem, não se tornando o senhor dela, na qual ele repousa e só pode advir a partir dela, sendo ela que fala por meio dele, e não ele que a traga⁶⁴⁵. Portanto, a expressão “que nenhuma coisa é onde falta a palavra” quer dizer que “só onde há palavra é que há coisa” ou, dito de outro modo, “só a palavra concede o ser às coisas”⁶⁴⁶, isso porque “é aprendendo a falar que crescemos, conhecemos o mundo, conhecemos as pessoas e por fim conhecemos a nós próprios”⁶⁴⁷.

Historia, Canello, que “a linguagem não é uma ferramenta para interpretar a realidade a partir do nada”, já que desde antes do ser humano nascer habita a linguagem, não partindo de um ponto neutro, cego, um grau zero de compreensão, pois, quando ele nasce, e ainda durante muito tempo, antes de dizer *eu*, já é falado pelos outros, e “mesmo antes de nascer, o bebê já é assunto das palavras alheias, pelo que sempre estivemos num mundo já interpretado

⁶³⁹ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-georg; _____. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 162. (Coleção Filosofia, 117).

⁶⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 135.

⁶⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. A incapacidade para o diálogo. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 130. (Coleção Filosofia, 117).

⁶⁴² HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Tradução: Gabriela Arnhold; Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 228.

⁶⁴³ KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Tradução: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 223.

⁶⁴⁴ HEIDEGGER, Martin. *O caminho da linguagem*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 124, 191-193. A expressão *que nenhuma coisa é onde falta a palavra* foi extraída pelo autor em analogia ao poema de Stefan George, com o título *A palavra*, 1919, em que consta a expressão: *nenhuma coisa que seja onde a palavra faltar*.

⁶⁴⁵ PIRES, Celestino. Deus e a teologia em Martin Heidegger. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, t. 26, fase 3-4, p. 42. jul./dez. 1970.

⁶⁴⁶ ZARADER, Marlène. *Heidegger e as palavras de origem*. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. p. 239 e 267.

⁶⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 176.

pelas palavras daqueles que nos antecederam nessa tarefa”. O ser humano tem limites, conclui o autor, e somente mais tarde, ou talvez nunca, percebe que tem pouca decisão acerca de sua identidade, sendo, sim, autêntico prisioneiro da essência ditada pela linguagem dos outros, que poderá apontar para a libertação⁶⁴⁸.

Esse pensamento vem ao encontro da hermenêutica filosófica⁶⁴⁹, de que a linguagem não é uma ferramenta, um instrumento, cujo uso pode ser dominado pelo intérprete, largando-a quando concluída a tarefa. Hermenêutica é mediação, diálogo, conversação, uma indissolubilidade entre pensamento, linguagem e compreensão, porquanto “em todo saber de nós mesmos e em todo saber do mundo nos encontramos sempre já pegos pela língua que é própria a nós. Nós crescemos, aprendemos a conhecer o mundo, aprendemos a conhecer os homens e ao fim, a nós mesmos, na medida em que aprendemos a falar”.

A linguagem constitui-se em uma unidade em oposição à dicotomia sujeito-objeto⁶⁵⁰, porque, na senda streckiana⁶⁵¹, “não descobrimos o mundo nem seu sentido independentemente da linguagem, que aparece como a condição de possibilidade de uma visão da totalidade do mundo”. A compreensão é descoberta pela linguagem do relacionamento, do acesso, do conhecimento, da surgência, do desvelamento, do aparecimento, do sentido, da ação e do modo de ser-no-mundo. Por isso, continua o autor, o mundo não está atrás, mas dentro da linguagem, e o fato do ser humano ser-no-mundo (tridimensional) é “decorrente de sua própria constituição lingüística”, fazendo com que possa entender os outros. Momento seguinte, o autor atesta que o ser humano tem o mundo da linguagem, que é concebida como totalidade, mas sempre ambígua, não havendo vínculo entre os nomes e as coisas, portanto, sem significação definitiva, rompendo “com a concepção de que há um sujeito cognoscente apreendendo um objeto, mediante um instrumento chamado linguagem”.

Com isso, prossegue Streck, a hermenêutica passa a ser filosofia, na relação sujeito-sujeito, e não mais pelo vínculo sujeito-objeto, não sendo a subjetividade que funda e que descreve as coisas, os objetos do mundo, e sim a intersubjetividade, a linguagem, que é horizonte aberto e estruturado, pelo que ter mundo é ter linguagem, significando que “o mundo, como meio universal de significado, não é um objeto, mas um todo não-matemático,

⁶⁴⁸ CANCELLO, Luiz A. G. *O fio das palavras*. 4. ed. São Paulo: Summus, 1991. p. 82.

⁶⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. Homem e linguagem. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 120-121. (Coleção Filosofia, 117).

⁶⁵⁰ STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à Filosofia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 157.

⁶⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (*ereignen*) da Constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2000. p. 137.

no qual e pelo qual o ser humano (*Dasein*) vive⁶⁵². O autor anota que no ser humano que compreende não há uma mente em branco, tendo, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo, porque está jogado/lançado no mundo, no qual “as suas condições de possibilidade estão definidas (e se definem cotidianamente) na e pela linguagem”. Tudo isso é transmitido pela compreensão da história da tradição, que é única, mas que se pré-compreende de forma incessante, cujo legado da linguagem, que fala por si mesma, é compulsório, irrenunciável e indisponível⁶⁵³. Concluindo, o autor lembra que o compreender “não é um dos modos do comportamento do sujeito, mas, sim, o modo de ser da própria existência”⁶⁵⁴.

Quer dizer, a família é um existencial, um fenômeno, um evento genético-(des)afetivo-ontológico, e não um existencial normativo biológico, como tem sido proclamado pelo legislador e aplaudido pela comunidade jurídica. Isso significa que “o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade”⁶⁵⁵.

A linguagem é intranscendível, indissolúvel e esquecível, por três razões, escreve Gadamer: a primeira, ela é *intranscendível*, porque a crítica, enquanto manifestada em palavras, permanece no interior da linguagem, motivo pelo qual é ilusório pretender sair da linguagem para criticá-la ou para descrevê-la; a segunda, há uma *indissolubilidade* de palavra e de coisa, na medida em que é impossível conceber uma experiência humana pré-lingüística pura, porque ela é sempre estruturada lingüisticamente; a terceira, a linguagem é *esquecível*, porquanto o ser humano a esquece “no ato de fazer uso dela; é antes ela própria que dispõe de nós: ‘somos presa da língua que é propriamente nossa, em todo o nosso saber, em todo o saber do mundo’”, significando que a linguagem não pretende ser um “instrumento do qual dispomos, mas, quando muito, o lugar no qual (já/sempre) habitamos”⁶⁵⁶.

A verdade e a essência do ser humano, que se procura toda a vida⁶⁵⁷, reside no

⁶⁵² KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Tradução: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 174.

⁶⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 141-144, 164-165, 174 e 206.

⁶⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 242 e 245, 2006.

⁶⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 239. 2006.

⁶⁵⁶ D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 417-418. (Coleção idéias).

⁶⁵⁷ CANCELLO, Luiz A. G. *O fio das palavras*. 4. ed. São Paulo: Summus, 1991. p. 83.

aparecer, no acontecer, na existência, no desvelar, no modo de ser-no-mundo-genético-(des)afetivo-ontológico, no habitar e na imensa capacidade de reinventar o mundo pela linguagem, que está sempre pré-posta no mundo da vida, que está interpretado pelas palavras daqueles que nos antecederam⁶⁵⁸.

O ser humano é um ser⁶⁵⁹ vivendo na linguagem⁶⁶⁰, pelo que tudo o que existe no mundo é produção de uma linguagem, que nos antecede, nada podendo ser existente, identificado ou expressado sem a utilização de uma linguagem. É por isso que Gadamer atesta que a filosofia vive sempre um grande drama que lhe tira o fôlego, porque tem como busca constante a linguagem, estando “sempre sofrendo de uma indigência de linguagem”⁶⁶¹.

Concordo com a linguagem streckiana no sentido de que “a palavra é pá (que) lavra, porque abre sulcos profundos na abissalidade do fundamento (sem fundo) do ser”⁶⁶², porquanto a palavra, a linguagem não é apenas um dentre muitos dotes atribuídos ao ser humano que está no mundo, servindo de base absoluta para que ele tenha mundo, sendo na linguagem que se representa o mundo, que se tem concepção de mundo, que se pode elevar-se acima do mundo sem abandoná-lo⁶⁶³.

É por isso que a hermenêutica filosófica é tão sedutora, ao compreender o direito de família não como método, como coisa, como objeto, e sim como uma complexa história, tradição e mundo de vida, de acontecimentos, hermenêutico, de eventos, portador de todas as linguagens, principalmente a tridimensional, que fala por meio do ser humano. Sem linguagem não há realidade, existência, mundo, tradição, nem história de vida humana, não estando à disposição do intérprete, mas é condição de possibilidade de manifestação de sentido, um meio de acesso e de chegada ao mundo, sendo um modo de saber e de ser⁶⁶⁴, e não apenas um modo de compreender e interpretar, que, no pensar de Stein, “são formas deficientes de acesso lógico aos objetos e de acesso lógico ao mundo, mas talvez sejam

⁶⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 243.

⁶⁵⁹ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *O acesso à jurisdição e a garantia do crédito-débito tributário para impugnar a execução fiscal: uma releitura hermenêutica*. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.revistadoutrina.trf4>. Acesso em: 12 jul. 2005.

⁶⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 173.

⁶⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 102.

⁶⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 205.

⁶⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 571-572, 574, 584-585.

⁶⁶⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 47.

formas sábias. Em todo caso, quem tem consciência disso é apenas a filosofia”⁶⁶⁵.

A linguagem tem o poder de dar vida, existência, ao ser humano, antecedendo-o, alimentando-o, abrigando-o, desde os tempos daqueles que já habitaram e residiram no mundo humano. É por isso que Heidegger aduz que a linguagem fala pelo humano, que deveria aceitá-la como sua mestra. Já, Gadamer, chama a linguagem de “o meio universal de entendimento”, não podendo ser desvinculada do mundo, não sendo signo, cópia ou objeto, e sim imagem do mundo, “o meio no qual e pelo qual vivemos no mundo”, pelo que a “existência que pode ser compreendida é linguagem”⁶⁶⁶. Humboldt, por sua vez, afirma que “o homem pensa, sente, vive unicamente na língua, e é por ela que deve ser formado”⁶⁶⁷.

Muito antes de nascer, viver, legislar, compreender, interpretar, brincar, estudar, trabalhar, amar, odiar, (des)casar, (des)conviver, o ser humano já sempre habitou na linguagem, o que quer dizer que “a linguagem nasce do ser e com o ser, que é o modo como o homem primeiro compreende a si e as coisas”⁶⁶⁸, enfim, o ser humano não apenas possui linguagem, mas é linguagem⁶⁶⁹.

Acerca da forma em que se manifesta a linguagem, Hottois, ao seguir as pegadas de Gadamer, disse o seguinte:

É preciso pôr-se à *escuta da linguagem*, aprender a *deixar falar a linguagem*. A linguagem fala. O homem só fala na medida em que responde à linguagem. Dizer é originalmente ouvir [...] e dizer por sua vez. A escuta da linguagem é diálogo: diálogo com outrem, mas, sobretudo, com os textos e com a própria linguagem. O ser da linguagem e o ser do homem são diálogos. Nós somos um diálogo⁶⁷⁰.

A família está carente de linguagem, uma vez que, em pleno Estado Laico, Democrático, Social e universal de Direito, permanece imobilizada pelas ataduras da lei, que só concebe a linguagem fundada na normatização da biologia. Isso prova que o legislador e a comunidade jurídica ainda não estão mergulhados na linguagem, na hermenêutica filosófica, e

⁶⁶⁵ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2004. p. 22.

⁶⁶⁶ KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Tradução: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 257, 265, 271, 273 e 276.

⁶⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 65.

⁶⁶⁸ STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à Filosofia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 55.

⁶⁶⁹ ROHDEN, Luiz. Hermenêutica e linguagem. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-georg; _____. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 192. (Coleção Filosofia, 117).

⁶⁷⁰ HOTTOIS, Gilberto. *História da filosofia*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2002. p. 337.

sim aprisionados no mundo da genética, da lei, da metafísica⁶⁷¹, da objetificação do humano.

Um exemplo esclarecerá melhor essa afirmação: no parágrafo 1.589 do Código Civil alemão constava que um filho *ilegítimo* e o seu pai não são parentes⁶⁷², cuja legislação também vigorava no Brasil. Essa disposição do Código Civil alemão foi revogada, em 19.08.1969, sendo reconhecida a igualdade entre as filiações, o que, no Brasil, veio a ocorrer em 05.10.1988.

Essas alterações legislativas, alemã e brasileira, que, anteriormente, tacharam de bastardo o filho havido fora do casamento, vieram a acolher em família o mesmo filho como *legítimo*. Esse relato é prova contundente contra o legislador/intérprete, que compreende o Direito com base na lei, e não na realidade da vida, promovendo, assim, a discriminação do texto do direito de família, mediante pensamento unívoco, normativo, visto que recorta certos fatos da vida em sociedade para juridicizá-los, mesmo que contrários aos ditames do Direito e da condição humana tridimensional.

Este exemplo identifica o paradoxo da lei e a reprodução da dogmática jurídica, à medida que, em um momento, diz que o filho sangüíneo havido fora do casamento não é parente, em evento seguinte, admite que todos os filhos havidos fora do matrimônio são legítimos e parentes de seus pais.

Numa só palavra, a família tridimensional sempre fez, faz e fará parte da linguagem do Direito, independentemente de constar ou não da lei, que, na verdade, (de)limita, por meio do legislador, a abrangência do Direito, havendo, em decorrência, premente necessidade de intervenção do Poder Judiciário, não para legislar, e sim, mediante a jurisdição constitucional, ser o corregedor da realidade, da práxis da vida, promovendo um choque hermenêutico entre a lei e o Direito.

4.6.4 O Método Fenomenológico da Hermenêutica Filosófica

Acerca da fenomenologia, Streck historia que ela surgiu com Edmund Husserl, e aperfeiçoada por Martin Heidegger, seu discípulo, para quem a filosofia não deveria se ocupar somente com os objetos, mas, a partir daí, edificar o fundamento do conhecimento, que não

⁶⁷¹ PESSOA, Fernando. *Poesias*. Seleção de Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1997. *Tirem-me daqui a metafísica!*, porque *há metafísica bastante em não pensar em nada*.

⁶⁷² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução: J. Baptista Machadi. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 21

fosse absoluto e não implicasse mais a teoria de dois mundos. Encontrou dois conceitos fundamentais: da hermenêutica e da interpretação, que se afastassem das ciências humanas e da subjetividade, acolheu o elemento antropológico, para descobrir no próprio ser humano a dimensão filosófica, ou seja, “na medida em que se compreende, o homem compreende o ser, e, assim, compreende-se a si mesmo”⁶⁷³.

Diante disso, Heidegger vai transformar a fenomenologia em hermenêutica, mostrando “que existe um mostrar para algo que de si não se mostra”, cujo algo não descoberto não havia sido identificado no mundo ocidental, “que terá como função principal examinar esse modo concreto de o homem existir, que chamou de ser no mundo”.

Em sua obra *Ser e Tempo*, Heidegger⁶⁷⁴ reconhece que, “caso a investigação que haverá de seguir avance no sentido de abrir as ‘coisas mesmas’, o autor deve, em primeiro lugar, a E. Husserl”. Isso ocorreu porque foi orientado por ele, o qual lhe concedeu acesso às investigações ainda não publicadas, permitindo-lhe chegar às conclusões de que são vários os modos de encobrimento de fenômenos. Esclarece que um fenômeno pode manter-se encoberto por nunca ter sido descoberto, não havendo dele nem conhecimento e nem desconhecimento, pelo que o “conceito oposto de fenômeno é o conceito de encobrimento”. Essa multiplicidade dos fenômenos, anota Heidegger, “só pode deixar de nos confundir quando se tiver compreendido, desde o princípio, o conceito de fenômeno: o que se mostra em si mesmo”, querendo dizer que “as coisas em si mesmas” são uma máxima em fenomenologia, “por oposição às construções soltas no ar, às descobertas acidentais, à admissão de conceitos só aparentemente verificados”.

Por meio do método fenomenológico universal, Heidegger, seguindo as pegadas de Husserl, descobriu que a compreensão do texto tem uma estrutura em que se antecipa o sentido, historia Stein, que “se compõe de aquisição prévia, vista prévia e antecipação. Desta estrutura explicitada nasce a situação hermenêutica, em que é possível apoiar-se para efetivação do projeto que se tem em vista”. Nesse instante, recorda Stein⁶⁷⁵, Heidegger pára e descobre que o método fenomenológico é sem fundo, é abissal, é existencial, determinando-se *a partir da coisa mesma*, pelo que

⁶⁷³ STRECK, Lenio Luiz. Verbete HEIDEGGER, Martin, 1889-1976. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 426-430.

⁶⁷⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 70, 67, 66, 61, 57.

⁶⁷⁵ STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In: *Martin Heidegger. Sobre a essência do fundamento. Conferências e escritos filosóficos*. Tradução: Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 290.

a escada para penetrar nas estruturas existenciais do ser-aí é manejada pelo próprio ser-aí e não pode ser preparada fora para depois se penetrar no objeto. Não há propriamente escada que sirva para penetrar no seu 'sistema'. A escada já está implicada naquilo para onde deveria conduzir. O objeto, o ser-aí, traz consigo a escada. Há uma relação circular. Somente subimos para dentro das estruturas do ser-aí, porque já nos movemos nelas. É apenas uma questão de explicitação. A análise do ser-aí está suspensa no ar. O ser-aí se levanta pelos cabelos.

A dogmática jurídica está equivocada ao tentar compreender o direito de família mediante um método, como se a vida, a existência, o evento, o momento, o instante, o interpretar, o julgar, o amar, o odiar se resumisse em uma conduta humana metódica, esquecendo-se da realidade da vida, de ir às coisas nelas mesmas, às coisas em si mesmas!⁶⁷⁶. Tem-se dito⁶⁷⁷, inclusive, que a utilização de um método é uma justificativa de o intérprete considerar-se exonerado de sua responsabilidade, “atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas sentenças”⁶⁷⁸, uma vez que com o método há o seqüestro, o esvaziamento, o extravio da linguagem, que é casa do ser⁶⁷⁹, que somente *pode ser compreendido pela linguagem*⁶⁸⁰, tornando-se impossível filosofar sobre algo sem falar sobre a linguagem⁶⁸¹, indicativo de que aquiescer à compreensão é aderir ao espaço da linguagem⁶⁸².

A interpretação do texto do direito de família fluirá a partir do fundamento sem fundo, do método fenomenológico⁶⁸³, desse lugar originário, produto da antecipação de sentido, “uma projeção, um abrir-se, um arremessar-se para, um instalar-se no espaço aberto no qual aquele que compreende primeiramente vem a si como um si mesmo”⁶⁸⁴. A linguagem não é um objeto de compreensão e de interpretação, mas, sim, um modo de ser-no-mundo tridimensional, à medida que todo aquele que lê e procura compreender o texto “ocasiona siempre una apropiación productiva del texto desde su presente”⁶⁸⁵, por intermédio da linguagem, em que o silêncio do passado familiar contribui na compreensão do presente e na

⁶⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 57.

⁶⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 247.

⁶⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 355 e 356.

⁶⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. São Paulo: Moraes, 1991. p. 5-6.

⁶⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 612.

⁶⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica) e Estado democrático de direito: uma análise crítica*. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, RS, 1999. p. 101.

⁶⁸² SILVA, Rui Sampaio da. *Gadamer e a Herança Heideggeriana*. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 56, fase 3-4, p. 536, jul./dez. 2000.

⁶⁸³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 66.

⁶⁸⁴ INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução: Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 19.

⁶⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Tradução: Luciano Elizaincín-Arrarás. Madrid: Trotta, 2004. p. 17.

projeção de um futuro, visto que “somos futuro, passado e presente num único movimento, um adiante-de-nós, já-no-mundo, junto-das-coisas”⁶⁸⁶.

De acordo com Gadamer⁶⁸⁷, Hegel teria dito que todo método é ligado ao próprio objeto, mas, embora a filosofia seja um método, ele não é objetivo, subjetivo e nem subsuntivo/dedutivo, e sim fenomenológico, universal, um compreender prévio, um conceito prévio, três modos de ser-no-mundo⁶⁸⁸, um existencial, uma antecipação que acompanha todo o nosso conhecimento.

O vínculo *sujeito-objeto* transforma o ser humano em homologia, identificado com as mesmas características das coisas, mas a compreensão da família, do ser humano, como *sujeito-sujeito*, como um ser-no-mundo tridimensional, permitirá o entendimento do que o mundo não pertence ao humano, uma vez que é ele que está mergulhado no mundo, projetado no tempo e no mundo⁶⁸⁹. Assim será possível identificar a essência do humano, que, nas palavras de Heidegger, *não é uma coisa, uma substância, um objeto*⁶⁹⁰, motivo por que ele deve ser cuidado para que permaneça humano, e não inumano, coisificado, situado fora de sua essência⁶⁹¹, que é a existência.

Equívocada está a teoria jurídica dominante, ao buscar um fundamento na interpretação da família, garantindo o que denomina de *princípio da segurança jurídica*, visto que, segundo Heidegger, todo fundamento é sem fundo, sem chão firme, sem piso, sem apoio, sem solo, sem pavimento, sem superfície, sem base, um abismo, desprovido de segurança. Ao ser buscado um alicerce, um fundamento, uma base firme para preencher o fundo do texto, é porque o fundamento não tem fundo, porquanto se ele tivesse fundo não haveria necessidade de fundamentá-lo, de preenchê-lo, de justificá-lo com argumentos, com linguagem.

Por isso, é pertinente a indagação que o autor faz à filosofia tradicional: “Quem indaga radicalmente pelo fundo e fundamentos não tem de descobrir alguma vez que o fundamento é um abismo?”⁶⁹². Nessa mesma senda, Gadamer também faz duas indagações: “Mas será que o

⁶⁸⁶ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *O acesso à jurisdição e a garantia do crédito-débito tributário para impugnar a execução fiscal: uma releitura hermenêutica*. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.revista.doutrina.trf4>. Acesso em: 12 jul. 2005.

⁶⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução: Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 22.

⁶⁸⁸ STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p. 101-102. (Coleção Filosofia, 57).

⁶⁸⁹ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 147.

⁶⁹⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 84.

⁶⁹¹ HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. São Paulo: Moraes, 1991. p. 6.

⁶⁹² SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. Tradução: Lya Lett Luft. São Paulo: Geração, 2000. p. 220.

diálogo com o todo da tradição filosófica na qual estamos e somos nós mesmos, enquanto seres filosofantes, carece de fundamento? Será necessário uma fundamentação para aquilo que nos sustenta desde sempre?”.

Calha, assim, transcrever a passagem lembrada por Stein⁶⁹³, de que Kant reclamava da filosofia, afirmando que “é um escândalo a filosofia não ter encontrado ainda a ponte entre a consciência e o mundo”, ao que Heidegger teria respondido o seguinte: “o escândalo é nós ainda estarmos procurando essa ponte. Nós a temos desde sempre, enquanto seres no mundo”. Momento seguinte, o autor explica essa mensagem heideggeriana, de que o ser humano não é uma coisa que se encontra no mundo junto com as demais coisas, porque é com o ser humano, e não como as coisas, que surge o próprio mundo, a linguagem, tornando-se o humano ser-no-mundo. Com isso, alerta o autor, é preciso abandonar a objetificação do ser humano, não mais indagando o que é o ser humano, e sim como é o ser humano, qual a diversidade humana (tridimensional).

A formação do ser humano, diz Stein⁶⁹⁴, se faz mediante a história e a cultura, que é o próprio humano, pelo que a tradição hermenêutica passou a interpretar, reconstruir, recriar, o texto entre as linhas, descobrindo o que se encontra atrás e por dentro dele, o não escrito, o sentido do texto (norma). O ser humano não aprende unicamente informações nas escolas, nas especializações, mas também é entalhado pela biografia dos movimentos sociais, culturais e históricos. É por isso que o método fenomenológico não é comparado ao da filosofia tradicional, porque se mantém sob constante controle e revisão, diante dos fenômenos que sempre estão ocorrendo no tempo e na tradição, horizontes de toda compreensão⁶⁹⁵.

Pela linguagem streckiana, interpretar não é envolver o texto e a norma em uma capa de sentido, uma vez que “os casos já são – e somente são – jurídico-concretos”, ultrapassando o problema do fundamento da metafísica, já que “o próprio fundamento é um modo de ser; é interpretação aplicativa. É, pois, ‘applicatio’⁶⁹⁶. Assim, a crítica efetivada à filosofia tradicional pela hermenêutica filosófica é no sentido de que “existe uma verdade que não é medida metodicamente: a verdade da arte, a verdade da história e a verdade da linguagem”⁶⁹⁷.

Como o método fenomenológico é abissal, sem fundo, universal, um modo de ser-no-

⁶⁹³ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 62, 161 e 165.

⁶⁹⁴ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 56.

⁶⁹⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 45.

⁶⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder*: estudos em homenagem a Nelson Saldanha. São Paulo: Manole, 2005. p. 29.

⁶⁹⁷ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2004. p. 29 e 82.

mundo, e não um método individual, subjetivo, não se compreende o texto do direito de família enquanto sujeito-objeto, mas na relação *sujeito-sujeito*, uma vinculação com o mundo, com a existência, motivo pelo qual sujeito e objeto não coincidem com mundo⁶⁹⁸, porque

a compreensão consiste no movimento básico da existência, à medida que *compreender* não significa um comportamento do pensamento humano entre outros que se possa disciplinar metodologicamente e, portanto, conformar-se como método científico. Constitui antes, o movimento básico da existência humana⁶⁹⁹.

Concordo com as ponderações de Rohden⁷⁰⁰, no sentido de que a hermenêutica filosófica não se prende a um método, à medida que a verberação de um método fenomenológico é para fins de facilitar a reflexão, como o círculo hermenêutico, a fusão de horizontes, a tradição histórica, a compreensão, o diálogo⁷⁰¹, a linguagem universal. Isto porque “não se pode tomar a compreensão ou a linguagem como um fato passível de ser investigado apenas como um ‘objeto empírico’. Ambas são irreduzíveis a um simples objeto, ‘mas ambas abrangem tudo o que, de um modo ou do outro, pode chegar a ser objeto’”. O autor sintetiza a sua compreensão sobre a ausência de metodologia na hermenêutica filosófica em uma só palavra: “a hermenêutica é e se constitui lingüisticamente, e nisso difere do ‘método’ das ciências naturais”, pelo que tem razão quem sustenta que a hermenêutica não é um método, e sim pura filosofia⁷⁰².

A fenomenologia e a tridimensionalidade humana não é aplicada no País devido ao fato da dogmática jurídica ter pensamento unívoco diante do Direito, não tendo uma visão universal, intersubjetiva, de abrangência dos laços humanos, em que encontraria não o método, e sim a importância da linguagem na existência humana. A cultura jurídica compreende o direito de família de forma metódica, como se o ser humano não estivesse

⁶⁹⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 98.

⁶⁹⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p 30.

⁷⁰⁰ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-georg; _____. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p.171-2. (Coleção Filosofia, 117).

⁷⁰¹ LIMA, Fabiola. *Escuta pronta*. Disponível em: <http://www.sinpmp.com.br/News3_Escuta.asp>. Acesso em: 01 dez. 2005. A fonoaudióloga esclarece que, “entre o que uma pessoa pensa, fala, ouve, escuta, compreende, memoriza e, finalmente, retransmite existe uma perda de 85% na mensagem”. É a importância de saber dialogar, evitando que haja o julgamento do ser humano com base nos conceitos prévios.

⁷⁰² KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica*. In: _____. HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 149-150.

mergulhado no mundo da linguagem, como se ele fosse parte tão-só do mundo genético, normatizado, movido pela lógica, pela subsunção, pela subjetividade, e não um ser-no-mundo, um ser universal, um existencial, um evento, um instante, um modo de ser-no-mundo-biológico, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

A imersão do Direito no mundo real possibilita a convivência com o *individual*, aproximando-o da História, atesta Baptista da Silva⁷⁰³, podendo-se garantir que cada demanda judicial de família é uma demanda da história humana tridimensional. É por isso que concordo com o autor, ao salientar que “não se alcança o conhecimento da história utilizando os métodos das ciências lógicas, ou das ciências de pesar, medir e contar”. Isso porque a *compreensão* dos fenômenos históricos “decorre da capacidade que temos de comparar coisas semelhantes, situações análogas, surpreendendo o que, em cada uma delas, expresse a respectiva singularidade que a torne diferente”. Concluindo, o autor certifica que as compreensões históricas não admitem um padrão epistemológico do “certo” e do “errado”, típico das ciências matemática e experimental, uma vez que o “passado, ao contrário do que muitos possam supor, não é fixo, mas essencialmente plástico, cambiante, por isso que hermeneuticamente *compreendido*”.

É devido a essa plasticidade da civilização do século XXI, da laicização, democratização, universalização, da linguagem, da hermenêutica, que a dogmática jurídica está impossibilitada de acompanhar a “modernidade líquida, infinitamente mais dinâmica” do que a modernidade ‘sólida’ que foi suplantada. A passagem da Era sólida para a líquida “acarretou profundas mudanças em todos os aspectos da vida humana”⁷⁰⁴. O que é dito com relação à civilização, pode ser aplicado ao direito de família, que, da sólida discriminação, da desigualdade, da tirania, transformou-se na Era Constitucional, em igualdade, liberdade, hermenêutica, linguagem, cidadania, filosofia, dignidade e condição humana tridimensional, que não são compreendidos mediante um método, pela subjetividade, e sim por um modo de ser-no-mundo.

Isso quer dizer, por exemplo, que o casamento precisa se tornar líquido, não podendo mais ser edificado mediante um procedimento e nem desfeito pela solidez de um processo, e sim arquitetado e liquidado por meio de simples requerimento ao Oficial do Cartório de Registro Civil. A solidez normativa do mundo genético deve acompanhar a evolução da

⁷⁰³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 265.

⁷⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, textos constantes na *orelha* esquerda e na contracapa do livro.

sociedade, tornando-se líquida, harmonizando-se com a tridimensionalidade humana.

4.6.5 A (Pré)Compreensão, os Pré-Conceitos Autênticos e Inautênticos do Texto do Direito de Família

A compreensão está umbilicalmente ligada a uma estrutura prévia, uma pré-estrutura da compreensão, em que a pré-compreensão é a condição de possibilidade de compreensão do texto do direito de família. A pré-compreensão não decorre unicamente do texto como também do ser humano e da família, porque, sublinha Inwood, “interpretar a vida humana é como interpretar um texto recoberto por séculos de exegese distorcida”. Quando da interpretação e da compreensão de um texto do direito de família são necessárias a purificação da prévia posição, dos preconceitos, da aproximação e visão hermenêutica, para que sejam originais e genuínos, porque se o intérprete mantiver apenas a sua interpretação pessoal, a interpretação do original deixará de existir, mas, se “o original permanece com a sua interpretação, a interpretação pode continuar, revelando sucessivamente diversos aspectos do texto”⁷⁰⁵.

Esse é o grave problema da dogmática jurídica, do senso comum teórico dos juristas, na medida em que o enunciado, a súmula, o verbete, a lei, a fala de autoridade, a doutrina, devassam o original do texto do direito de família, ao não admitir a sucessiva interpretação e revelação dos diversos aspectos e sentidos de seus originais. A hermenêutica jurídica tradicional, filosofia da consciência, senso comum dos juristas, senso comum teórico, ao utilizar um método de interpretação, apega-se, segundo Warat, na circulação e no consumo das verdades no Direito, em que são canonizadas “certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades”⁷⁰⁶.

A relação sujeito-objeto da dogmática jurídica, na visão streckiana, faz com que haja a idéia de um operador e de um resultado, da reprodução do Direito, em que os conceitos passam a ser coercitivos, induzindo o intérprete na senda das pautas gerais (jurisprudência, súmula, parecer, fala da autoridade, enunciado etc.), que acabam por ocultar o sentido da estrutura do texto. Acrescenta o autor que o *habitus dogmaticus* é

⁷⁰⁵ INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução: Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 79.

⁷⁰⁶ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. v. 1. p.13 e 15.

um conjunto de crenças e práticas que compõem os pré-juízos do jurista, que tornam a sua atividade refém da cotidianidade (algo que podemos denominar de concretude ôntica), donde falará do e sobre o Direito. É o desde-já-sempre e o como-sempre-o-Direito-tem-sido, que proporciona a rotinização do agir dos operadores jurídicos, propiciando-lhes, em linguagem heideggeriana, uma ‘tranqüilidade tentadora’. O *habitus dogmaticus* é uma espécie de ‘casa tomada’, onde o problema de estar-refém-do-*habitus* nem sequer se apresenta como (*als*) um problema-de-estar-refém-do-*habitus*. É o lugar onde a suspensão dos pré-juízos não ocorre, impossibilitando-se a sua confrontação com o horizonte crítico. Em síntese, o *habitus*, o *locus* da decaída para o discurso inautêntico repetitivo, psicologizado e desontologizado⁷⁰⁷.

No terreno lingüístico cotidiano dos juristas exsurge sempre um método supremo da subjetividade do intérprete (interpretação gramatical, literal, lógica, sistemática, filológica, histórica, teleológica, finalística, sociológica etc.), um processo subsuntivo-dedutivo, sendo o texto (a família, o ser humano) interpretado em etapas, como um jogo de cartas marcadas⁷⁰⁸.

Todavia, com a implantação do Estado Democrático de Direito foi iniciada uma viragem lingüística, possibilitando o afastamento dos métodos isolados de interpretação, seja porque a interpretação engloba todos os métodos, seja porque o método, o fundamento, não é um modo de agir, um comportamento, e sim um modo de ser-no-mundo tridimensional; seja porque toda palavra e escritos carecem de interpretação e de tradução⁷⁰⁹; seja porque não se pode compreender a família com base em um método, mas, sim, por um método universal, sem fundo, intersubjetivo, um modo de ser-no-mundo; seja porque “não são os objetos que explicam o mundo, e sim este é o instrumento que possibilita o acontecer da explicitação dos objetos”⁷¹⁰.

A hermenêutica filosófica afastou o véu metafísico, a *tranqüilidade tentadora* dos operadores jurídicos, mediante corte vertical do círculo da pré-compreensão, da tradição, da fusão de horizontes, dos pré-juízos autênticos e inautênticos, que se circunscrevem ao método fenomenológico, abissal, sem fundo, universal⁷¹¹, em que a interpretação ocorre porque já houve a pré-compreensão do texto do direito de família.

O intérprete ajusta o dialogar, o conversar, o palavrear com a realidade de que se fala

⁷⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. *Anuário do programa de pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, 2000. p. 108 e seguintes.

⁷⁰⁸ Nesse sentido, ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁷⁰⁹ HEIDEGGER, Martin. *Heráclito*. 3. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 78. O autor lembra que “as palavras e escritos da própria língua materna necessitam de interpretação, e é por isso que, com freqüência e necessariamente, é preciso traduzir a própria língua. Todo dizer, discurso e resposta são tradução”.

⁷¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 287.

⁷¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução: Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 12.

no texto, cuja compreensão é uma ampla compreensão de si mesmo⁷¹² e uma inserção em seu horizonte de pré-conceitos diferentes, “resultando uma reformulação das perspectivas que nos são próprias”⁷¹³. É por isso que a pré-compreensão não está atrelada ao ato de interpretar, porque, *antes de interpretar, já houve a pré-compreensão*, que não é um dos modos de agir, mas um modo de ser-no-mundo. Com isso, não havendo um operador e nem um resultado, mas, sim, um sentido, está excluída a possibilidade de um método de interpretação, à medida que a atribuição de sentido se dá na abertura, no desvelar, na pré-compreensão e no modo de ser-no-mundo.

Para interpretar, o intérprete necessita compreender e, para compreender, deve ter uma pré-compreensão, em que a linguagem não é um objeto, uma vinculação entre sujeito-objeto, e sim um relacionamento de sujeito-sujeito, um horizonte aberto pela compreensão histórica da tradição, um fio condutor de virada hermenêutica, fazendo brotar o sentido da estrutura do texto e a produção do Direito⁷¹⁴. A linguagem hermenêutica deve ser trazida do geral para o particular, do coletivo para o singular⁷¹⁵, dentro de uma universalidade e de uma singularidade⁷¹⁶, porque a ‘universalidade’ só é na sua ‘singularidade’ e esta só é na ‘universalidade’⁷¹⁷, e a atualização da linguagem compreende o passado a partir do presente⁷¹⁸, uma vez que “todo aquel que lee un texto e intenta comprenderlo ocasiona siempre una apropiación productiva del texto desde su presente”⁷¹⁹, dentro da característica fundamental do círculo da compreensão, que se submete a um constante processo de revisão crítica⁷²⁰.

No interpretar, o ser humano está sempre diante de uma situação concreta, uma singularidade, *daquele caso*, que não é igual ao outro (a coisa mesma não é a mesma coisa, diz Streck), tendo em vista que a verdade é desvelamento de uma situação concreta, nas suas

⁷¹² DUQUE, João. Gadamer e a teologia. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, fase 3-4, v. 56, p. 341-343, jul./dez. 2000, citando: Pontificia Comissão Bíblia. *A interpretação da Bíblia na Igreja*. II.A.I, Secretaria Geral do Episcopado: Lisboa, 1994. p. 87.

⁷¹³ SILVA, Rui Sampaio da. Gadamer e a herança Heideggeriana. *Revista Portuguesa de Filosofia*. Braga, fase 3-4, v. 56, p. 527, jul./dez. 2000.

⁷¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito*, São Leopoldo, 2003. p. 236.

⁷¹⁵ CANCELLO, Luiz A. G. *O fio das palavras*. 4. ed. São Paulo: Summus, 1991. p. 24.

⁷¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 225.

⁷¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 265.

⁷¹⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 198.

⁷¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica de la modernidad. conversaciones con Silvio Vietta*. Tradução: Luciano Elizaincín-Arrarás. Madrid: Trotta, 2004. p. 17.

⁷²⁰ VILA-CHÁ, João J. Hans-Georg Gadamer. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, fase 3-4, v. 56, p. 305, jul.-dez. 2000.

especificidades⁷²¹. O que liga o intérprete à situação hermenêutica não é a dogmática jurídica, que se calça na correção do resultado de um processo subsuntivo-dedutivo, que é para ela o sagrado instante da subjetividade, e sim a hermenêutica filosófica, pela compreensão histórica da tradição, que é o (re)aparecimento dos fenômenos à luz do sentido próprio da vida⁷²², pois ninguém escapa da história, do passado e do presente, que são a proveniência do ser humano, que surte efeito nos fenômenos da convivência, significando “um conjunto de acontecimentos e influências que atravessa o passado, presente e futuro”⁷²³.

O rompimento paradigmático assume absoluta relevância, ressalta Streck, “exatamente pela circunstância de que a hermenêutica não mais será uma ‘questão de método’, passando a ser filosofia”⁷²⁴. A hermenêutica deixa de ser uma aproximação entre um sujeito e um objeto, para ser um relacionamento entre um sujeito e outro sujeito, com a utilização de nenhum e, ao mesmo tempo, de todos os métodos, numa análise fenomenológica, existencial, sem fundo, abissal, universal⁷²⁵.

Pela hermenêutica filosófica é vista a história, o mundo e a tradição da vida numa espiral hermenêutica entre passado, presente e futuro, em que são (re)velados os preconceitos, formando uma pré-compreensão do texto do direito de família. Isso explica o porquê do processo de interpretação da dogmática jurídica não produzir o Direito, na medida em que é impossível extrair o sentido que estaria inserido no texto, por não haver domínio sobre a compreensão, que se dá a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete⁷²⁶.

No pré-compreender, o ser humano é orientado por condicionamentos do tipo lingüístico-cultural, havendo uma pré-compreensão das coisas, que antecipa o nosso conhecimento da realidade⁷²⁷, *sendo a condição de ser-no-mundo que vai determinar o*

⁷²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 263-4.

⁷²² CANCELLO, Luiz A. G. *O fio das palavras*. 4. ed. São Paulo: Summus, 1991. p. 83.

⁷²³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. v. 2. p.183-184.

⁷²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 236. Sobre a diferença ontológica, ver STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. (Coleção filosofia, 114).

⁷²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

p. 206. O autor afirma que “o historicismo pensou que a distância temporal era um ‘handicap’ de toda a compreensão que somente poderia salvar-se com o uso de metodologias apropriadas para nos permitir transladarmos à época em questão e adentrarmos em seu espírito, em sua cultura, em sua idiossincrasia, em seus ideais e vivências; tudo isto porque essa era a verdade do passado. Entretanto, contrariamente a isto, a nova hermenêutica propõe - ontologicamente, e não epistemologicamente - que a distância no tempo é a situação ótima que permite a sua compreensão”.

⁷²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? uma resposta a partir do Ontological Turn. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 268.

⁷²⁷ D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 400. (Coleção Idéias).

sentido do texto (e não o método de interpretação)⁷²⁸. É por isso que Heidegger sinaliza que a interpretação se apóia existencialmente na compreensão, e não vice-versa, pelo que “interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão”⁷²⁹, já que “o mundo já compreendido se interpreta”, motivo por que os pré-juízos (preconceitos) são o ponto de partida para toda a compreensão⁷³⁰.

Para compreender é preciso ser entendido na coisa, naquilo que se pretende compreender, isto é, o intérprete deve ser versado na coisa mesma (da questão em análise, da situação hermenêutica concreta de que fala a filosofia prática), e, apenas secundariamente, destacar e compreender a opinião do outro como tal⁷³¹. Como isso, Gadamer quer dizer que a primeira de todas as condições de uma conduta hermenêutica é a pré-compreensão “que surge do teor de se haver com essa mesma coisa. A partir daí, determina-se o que pode ser realizado como sentido unitário e, com isso, a aplicação da concepção prévia da perfeição”. Por concepção prévia da perfeição, o autor entende que se cuida de uma pressuposição, orientando toda a compreensão, pois somente é compreensível o que apresenta uma unidade de sentido perfeita, tenha um conteúdo determinado, expresse perfeitamente sua opinião, sendo aquilo que o intérprete diz uma verdade perfeita, porquanto somente nessas circunstâncias o compreender é um compreender de forma diferente⁷³².

Alguns exemplos contribuirão para elucidar o sentido da pré-compreensão do texto, do direito de família, do ser humano:

- a) quando vejo um fuzil é porque antes disso eu já sabia que se cuidava de arma, já que, se não tivesse essa pré-compreensão de sentido, não saberia que se cuidava de um fuzil⁷³³;
- b) quando digo que “o martelo é pesado demais, o que se descobre à visão não é um sentido, mas um ente no modo de sua manualidade”⁷³⁴. Compreender o que é um

⁷²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova visão crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 197-198.

⁷²⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 204.

⁷³⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18 e 22. (nota de rodapé).

⁷³¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 390.

⁷³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 388-390 e 392.

⁷³³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 228.

⁷³⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 212.

- martelo é considerá-lo ou vê-lo como um utensílio de martelar⁷³⁵;
- c) as leis de Newton, antes dele, não eram verdadeiras e nem falsas, o que não significa que a lei da gravidade não existia antes de sua descoberta, mas, sim, que a gravidade foi desvelada com a descoberta, pelo que descobrir é o modo de ser da verdade;
- d) quando o ser humano empreende uma experiência com um objeto, significa que ele não vê corretamente as coisas como elas são, mas que após a experiência ele se dá conta de como elas realmente são, e isso representa não uma reprodução, e sim uma produção de saber, de conhecimento⁷³⁶;
- e) se vejo um apetrecho pelo conceito de violino, é porque não tenho a pré-compreensão de um violino;
- f) um sociólogo tem compreensão do ser humano diferente da visão do economista, porque ele vai olhar para o comportamento social das pessoas, e não para o comportamento econômico⁷³⁷;
- g) se alguém, na minha ausência, modifica o local dos móveis de meu quarto, de tal forma que aquilo que se localizava na direita passou para a esquerda, ao nele entrar no escuro eu não estou orientado sobre a posição dos móveis. Isso significa, diz Heidegger, que eu me oriento em um mundo e a partir de um mundo já *conhecido*, cujo conjunto instrumental deve ter sido dado previamente, o que quer dizer que “se o mundo pode, de certo modo, evidenciar-se, é porque ele já deve ter-se aberto”⁷³⁸.

Para Gadamer, “compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”, querendo dizer que compreensão é interpretação e interpretação é compreensão. Essa fusão entre compreensão e interpretação faz com que tenha sido expulso da hermenêutica o momento da aplicação, uma vez que, na leitura gadameriana, “compreender é sempre também aplicar”, ocorrendo “algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete”.

Esse pensamento filosófico demonstra o equívoco que transita entre o senso comum dos juristas, quando se afirma que o julgador primeiro decide para depois buscar a

⁷³⁵ INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 19.

⁷³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 462.

⁷³⁷ INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 99, citando os exemplos dos itens “e” e “f”.

⁷³⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 119 e 158.

fundamentação. Quando ele decide é porque já encontrou o fundamento, o modo de ser-no-mundo-genético-des-afetivo-ontológico, não sendo a interpretação, e sim a pré-compreensão que o leva a julgar, pelo que, antes de julgar, de fundamentar, de justificar, ele já pré-compreendeu, havendo, com isso, não várias etapas de interpretação, e sim um processo hermenêutico único⁷³⁹.

É dizer, o ser humano só interpreta quando e porque compreende algo antes, pois, o contrário disso, o levaria ao abismo da dualidade metodológica⁷⁴⁰, significando que compreensão, interpretação e aplicação não são três, mas, sim, um evento unitário de igual importância e essencialidade na hermenêutica filosófica. Concluindo suas idéias, o autor percebe que “o conhecimento de sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário”, transpassando, com isso, a distância que separa o intérprete do texto e superando a alienação de sentido que o texto experimentou.

De acordo com Heidegger, “sentido é aquilo que pode articular-se na abertura da compreensão. O sentido não pode ser definido como algo que ocorre em um juízo ao lado e ao longo do ato de julgar”, uma vez que a compreensão está sempre articulada antes de qualquer interpretação⁷⁴¹. O intérprete não conhece o texto como um universal, porque é a tradição que constitui o sentido e o significado do texto, mas sem ignorar a si mesmo e, principalmente, relacionar o texto com a situação hermenêutica, com o caso concreto, à medida que compreender é aplicar algo geral a uma situação concreta e particular⁷⁴².

Numa só palavra, a compreensão, a interpretação e a aplicação do texto, para a hermenêutica tradicional, são momentos distintos, mas, para a hermenêutica filosófica, são instantes simultâneos, porque, na esteira gadameriana, a interpretação é a forma explícita da compreensão e a aplicação é o próprio ato de compreender, pelo que não se compreende primeiro para depois aplicar o compreendido a algo, mas compreende-se aplicando, visto que *só se pode aplicar o que já se possui previamente*⁷⁴³.

Em Gadamer, a pré-compreensão transforma-se em preconceito, mas não no sentido

⁷³⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 1, p. 409.

⁷⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 228.

⁷⁴¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 208, 211 e 219.

⁷⁴² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 406-409, 411 e 426.

⁷⁴³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 1, p. 418.

depreciativo, negativo, recebido da tradição Iluminista⁷⁴⁴, sem fundamentação e com o sentido legitimado racionalmente, mediante um método, o qual não deixa espaço para outros modos de certeza, já que o juízo prévio não tem um fundamento na coisa, sendo um juízo sem fundamento. Para compreender o sentido do preconceito, Gadamer⁷⁴⁵ desvelou o seu conceito também *no sentido positivo*, à medida que existem preconceitos (conceitos prévios) autênticos (puros, legítimos claros) e inautênticos (impuros, ilegítimos, turvos).

Isso quer dizer que a palavra pré-juízo, preconceito, pré-conceito, juízo prévio, conceito prévio, não possui conotação apenas negativista, mas também no sentido positivista, formando-se na pré-compreensão, portanto antes da compreensão do texto (da família, do ser humano), motivo pelo qual o conceito formado na pré-compreensão precisa sempre ser revisto, re-projetado. Isso quer dizer que o termo preconceito não significa, em princípio, um falso juízo, com conceito prévio negativo, *e sim um juízo que se forma antes da efetivação da compreensão, podendo ser valorado positiva ou negativamente*⁷⁴⁶.

O preconceito é um espaço aberto no modo de ser-no-mundo tridimensional, a condição de possibilidade para a compreensão, já que todo ser humano é portador de preconceito autêntico e inautêntico, não havendo um ser humano puro, totalmente autêntico. Nas palavras de Heidegger, a pessoa e o essencial das coisas tendem para o disfarce ou estão efetivamente encobertos, em vista do primado da tendência para o encobrimento, significando que ideologia, interesse, repressão, alienação, reificação, são modos de totalização que comandam as teorias sobre o ser humano e a história⁷⁴⁷.

O reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão não é possível ser descoberto mediante um método, que se funda na razão, na subjetividade. Gadamer afirma que o preconceito é desvelado pelo diálogo entre o passado e o presente (tradição), do todo à parte e da parte ao todo (círculo hermenêutico), da suspensão dos preconceitos e da fusão de horizontes (cosmovisão dos preconceitos), cujo confronto é tarefa permanente, incompleta, para que seja possível rever, reavaliar, reprojeter as posições prévias, os juízos prévios, os conceitos prévios.

Para que o intérprete possa distinguir os preconceitos legítimos e ilegítimos, para

⁷⁴⁴ TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica filosófica e história*. Passo Fundo: Ed. UPF, 2004. p. 52. O autor lembra a formulação de Kant: “tenha coragem de te servir de teu próprio entendimento”, expressando o princípio fundamental do Iluminismo, rechaça a autoridade por ser uma fonte de pré-juízos. Por não passar pelo crivo da razão, a autoridade apresenta-se fora da legitimidade conferida por ela.

⁷⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 360.

⁷⁴⁶ TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica filosófica e história*. Passo Fundo: UPF, 2004. p. 50-52.

⁷⁴⁷ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 69.

tornar possível a compreensão, é indispensável o tempo, a historicidade, uma vez que, na visão gadameriana⁷⁴⁸, “o tempo não é primeiramente um abismo que se deve ultrapassar porque separa e distancia”, mas é o fundamento que sustenta o acontecer, no qual se enraíza a compreensão atual. Importa é o acolhimento da distância temporal “como uma possibilidade positiva e produtiva da compreensão”, a qual é preenchida pela “continuidade da origem e da tradição, em cuja luz se nos mostra tudo o que nos é transmitido”. Quer-se dizer que o intérprete autêntico forma sua compreensão pela tradição histórica, que abarca os preconceitos puros e impuros, que poderão ser descobertos e suspensos com o encontro da tradição. Por isso, complementa o autor,

para se destacar um preconceito, como tal, é necessário certamente suspender-lhe a validade; pois, à medida que continuamos determinados por um preconceito, não temos conhecimento dele e nem o pensamos como um juízo. Dessa forma, não conseguirei colocar um preconceito no aberto, diante de mim, enquanto este estiver constante e inadvertidamente em jogo, mas somente quando, por assim dizer, ele é incitado. O que permite incitá-lo, dessa forma, é o encontro com a tradição, uma vez que aquilo que provoca a compreensão já deve ter-se imposto em sua alteridade. O primeiro elemento com que se inicia a compreensão é o fato de que algo nos interpela. É a primeira de todas as condições hermenêuticas.

É preciso que o texto se deixe mostrar, dizendo alguma coisa ao intérprete, diz Gadamer, porque ambos têm seus próprios horizontes e pré-conceitos autênticos e inautênticos, que se localizam dentro de um só horizonte da compreensão, e tendo em vista que são as coisas que se revelam ao ser humano, e não o humano quem as indica⁷⁴⁹. O intérprete autêntico é aquele que promove uma cultura da compreensão histórica da tradição, “um desenvolvimento e uma continuação daquilo que recebemos como sendo o elo concreto entre todos nós”⁷⁵⁰, pelo que o ser (in)autêntico depende do ser humano⁷⁵¹. Reconhecer a morte é a mais autêntica das condutas humanas, mas a sua rejeição é um modo de ser inautêntico, isso porque ninguém pode substituir o humano no inevitável e derradeiro leito de sua morte, único bem de que, na verdade, ele tem a propriedade e a posse⁷⁵².

A hermenêutica, anota Gadamer, “inclui sempre um encontro com as opiniões do

⁷⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2004. p. 79-80.

⁷⁴⁹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes, Construir a constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os Mitläufers Jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o Direito*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 81.

⁷⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 44.

⁷⁵¹ DOWELL, João A. Mac. *A Gênese da ontologia fundamental de M. Heidegger*. São Paulo: Loyola, 1993. p. 149.

⁷⁵² HUISMAN, Denis. *História do existencialismo*. Tradução: Maria Leonor Loureiro. Bauru: EDUSC, 2001. p. 116.

outro, que vem, por sua vez, à fala”, devendo haver a vinculação do intérprete ao texto e à tradição histórica, na medida em que sem essa espiral hermenêutica, sem esse vínculo, não pode haver diálogo⁷⁵³. Quem quiser compreender um texto deverá realizar um projeto, continua o autor, lançando, de antemão, um sentido da parte e do todo, com base em seus preconceitos autênticos e inautênticos, em que o primeiro sentido do texto se mostrará com certas perspectivas, dependendo do que já sabe sobre o que está pesquisando. Esse sentido preliminar é um projeto prévio, que sofre uma constante revisão com o aprofundamento no sentido do texto⁷⁵⁴, tornando inviável a reprodução de sentido⁷⁵⁵.

Em toda a compreensão do texto do direito de família, o intérprete sempre coloca em jogo os seus preconceitos límpidos e turvos, não existindo um ser humano puro (da criança ao idoso), isento de prejuízos (preconceitos). Não é a vontade do intérprete ou do texto que deve se impor, e sim o dialogar entre o texto e o intérprete, os quais já estão inseridos, previamente, em um mundo pré-posto, pré-lançado, que é a compreensão histórica da tradição. A esse respeito, Gadamer fala dos pré-conceitos que pesam sobre a visão dos fatos históricos, afirmando que os pré-juízos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, são a realidade histórica de seu ser⁷⁵⁶, havendo necessidade de purificá-los, pelo seguinte:

- a) parte dos pré-conceitos não é eliminada, e fingir-se não tê-los “significa permanecer mais gravemente suas vítimas e prisioneiros; ou então se permanece vítima do mais perigoso de todos, o preconceito de neutralidade, o presumir não ter preconceitos”;
- b) os preconceitos são os meios para agilizar o nosso encontro com a realidade do mundo, são o pré-julgar e o pré-ver que orientam o nosso juízo e o nosso olhar⁷⁵⁷. A compreensão de um texto mediante a espiral hermenêutica significa que o intérprete está blindado por um preconceito autêntico, mas por meio de um método interpretativo, como ocorre na dogmática jurídica, é o mais inautêntico preconceito, visto que compreendido na limitada subjetividade e na impossibilidade de purificar os preconceitos dados pelo modo de ser-no-mundo tridimensional.

⁷⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução: Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 57.

⁷⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 75.

⁷⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 207.

⁷⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, 2005. p. 163.

⁷⁵⁷ D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 414. (Coleção idéias).

É por isso que Gadamer vai dizer que quem quiser compreender um texto não pode, de antemão, abandonar-se cegamente à causalidade de suas opiniões, aos seus preconceitos, não ouvindo a opinião do texto, porque *quem quiser compreender um texto está disposto a deixar que ele diga alguma coisa*. Isso não significa a subjugação, neutralidade, auto-anulamento ao texto, esquecendo as opiniões sobre o que se pretende compreender, e sim a suspensão dos conceitos prévios (pré-conceitos, pré-juízos), um modo de abertura para o texto, ao contexto, à opinião do outro, à tradição histórica, uma atitude hermenêutica receptiva para a alteridade do texto. Os preconceitos que não são notados são os que nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição, querendo dizer que “o intérprete não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam e que levam a mal-entendidos”⁷⁵⁸.

O intérprete, prossegue o autor de Marburgo, deve permanecer neutro e receptivo ao texto, deixando que ele se apresente a si mesmo em sua alteridade, “de modo a possibilitar o exercício de sua verdade objetiva contra a opinião própria”⁷⁵⁹, mantendo a necessária distância histórica e uma abertura para diálogo entre quem compreende e quem busca compreender⁷⁶⁰, porquanto é no palavrear com outras pessoas, textos e culturas que os preconceitos são corrigidos⁷⁶¹, inclusive porque “cada texto tiene su propia unidad de intención, que no es siempre ni necesariamente la intención del que lo escribe”⁷⁶².

Nossos prejuízos, lembra Streck, estão alicerçados em uma cultura liberal-individualista, em que as leis infraconstitucionais não sofreram a indispensável e necessária filtragem hermenêutico-constitucional, fazendo com que os pré-conceitos estejam “tomados por um histórico de jurisdição constitucional que beira ao surrealismo”⁷⁶³. Para Maria Luísa⁷⁶⁴, o ser humano parte sempre de sua memória histórica, de uma pertença a tradições, devendo, por isso, efetivar uma reabilitação do conceito de pré-conceito, reconhecendo que existem pré-juízos legítimos e ilegítimos. Em seguida, a articulista acrescenta que

⁷⁵⁸ GAMADER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 391.

⁷⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 76.

⁷⁶⁰ ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. O ideal da Europa. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, fase 3-4, v. 56, p. 324, jul./dez. 2000.

⁷⁶¹ SILVA, Rui Sampaio da. Gadamer e a herança Heideggeriana. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, fase 3-4, v. 56, p. 526, jul./dez. 2000.

⁷⁶² GADAMER, Hans-Georg. *Acotaciones hermenéuticas*. Traducido: Ana Agud y Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2002. p. 249.

⁷⁶³ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (*ereignen*) da Constituição. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2000. p. 106 e 116.

⁷⁶⁴ SILVA, Maria Luísa Portocarrero. Razão e memória em H.-G. Gadamer. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, fase 3-4, v. 56, p. 343-344, jul./dez. 2000.

a temática do preconceito (ou o primado do recebido) constitui assim o núcleo da hermenêutica da finitude de Gadamer. Ou significamos com outros ou não fazemos mais sentido. Por isso ‘os preconceitos de um indivíduo exprimem, muito mais do que seus juízos, a realidade histórica do seu ser. Não são juízos necessariamente errados, mas categorias dialécticas que só no diálogo fazem sentido. Pertence, pois, ao seu conceito a possibilidade de virem a ser apreciados positiva ou negativamente.

Concluindo, a autora enfatiza que uma das condutas autênticas do ser humano reside “no ouvir o que nos diz o outro e nos deixar que isso seja dito”, porquanto é na linguagem que se alcança a dimensão do comum e do universal. Quer dizer, o preconceito autêntico é compreendido quando o ser humano se sente responsável por sua existência, não se tornando um estranho para si mesmo, mas se colocando a serviço dos outros, vivendo a vida, expressando os próprios sentimentos, buscando a realização de seus desejos.

Para Gadamer, lembra Sampaio da Silva⁷⁶⁵, o ser humano é constituído de preconceitos, motivo por que, na compreensão do texto do direito de família, deve colocar em jogo os seus pré-conceitos até que se tornem conceitos e linguagem. Com a filosofia passa-se o mesmo, continua o autor, visto que o significado de uma filosofia só pode ser outra filosofia; o significado de um poema só pode ser outro poema. Como o jogo não é jogo sem os jogadores, o texto não é texto sem o intérprete, o autor do texto e a tradição. Assim como o jogador submete-se às regras do jogo, o intérprete deve ater-se às regras do texto, da circularidade, da tradição, da fusão de horizontes e dos preconceitos, visto que “o acontecimento hermenêutico não é nosso agir sobre a coisa, mas o agir da própria coisa”. Embora não seja o intérprete quem controla o jogo da verdade e da compreensão, ele não é totalmente passivo, pois, se assim fosse, o jogo também deixaria de ser jogo⁷⁶⁶.

O significado de um texto somente pode ser o de outro texto, porque a compreensão não será o resultado do intento do autor, nem do intérprete, mas, sim, do círculo hermenêutico entre ambos com pertinência ao que dizem o texto e os preconceitos autênticos e inautênticos do texto e do intérprete, a fusão de horizontes e a tradição. Como os preconceitos do

⁷⁶⁵ SILVA, Rui Sampaio da. Gadamer e a herança Heideggeriana. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, fase 3-4, v. 56, p. 538, jul./dez. 2000. DUBOIS, Christian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 91, afirma que “pensar a diferença é portanto pensar a verdade como desvelamento, acontecimento do próprio ser que se fecha em si mesmo”.

⁷⁶⁶ SILVA, Rui Sampaio da. Gadamer e a herança Heideggeriana. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, fase 3-4, v. 56, p. 522, jul./dez. 2000. O articulista informa que a distinção entre a verdade e o método, na obra de Gadamer, pode ser entendida como uma nova versão da diferença ontológica. STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 81. O autor refere que “a diferença ontológica nasce da tentativa de resolver o problema epistemológico. O ente é objeto do conhecimento científico e o ser, objeto da filosofia. A filosofia fundamenta a ciência. O conhecimento do ser é a condição de possibilidade do reconhecimento do real. Somente à medida que conheço o ser, conheço algo do real”.

intérprete, do texto e da tradição estão se movendo continuamente, cada leitura do texto do direito de família é uma nova compreensão da família, o que torna impossível a reprodução do Direito. O intérprete cuidadoso “fortalece as visões do texto tanto quanto possível, a fim de testar a verdade referente às suas próprias visões”, havendo necessidade de serem evitadas as fusões *diretas* de horizontes do texto e do intérprete, porque reduzir a “velocidade do processo de assimilação é distinguir cuidadosamente entre seu próprio horizonte e o horizonte do texto”⁷⁶⁷.

Como em todo o texto devem estar em jogo os preconceitos, não há como negar que é estranho que a Constituição do País não seja vista pelo prisma do estranhamento, do assombro, da diversidade humana tridimensional, dos preconceitos do intérprete e da compreensão da tradição histórica do direito de família. Esse evento constitucional é um modo de ser-no-mundo, um existencial, um momento, tendo rompido com tudo o que havia anteriormente, sendo um novo marco histórico, uma nova Era do constitucionalismo brasileiro.

O discurso da dogmática jurídica “é o desde-já-sempre e o como-sempre-o-Direito-tem-sido”, propiciando, em linguagem heideggeriana, uma ‘tranquilidade tentadora’⁷⁶⁸, que é sentida na rejeição da totalidade dos modos de ser-no-mundo-genético-afetivo-ontológico e da principiologia constitucional. Não há dúvida de que é bem mais cômodo prosseguir com o desde-já-sempre, evitando a exposição dos preconceitos do intérprete e a garimpagem de um exaustivo trabalho hermenêutico do mais importante texto do País.

É por isso que os paradigmas do direito de família são difíceis de serem combatidos, uma vez que o ser humano não admite ser portador de preconceito inautêntico, de que algum dia tenha sido ridículo, praticado alguma violência, uma infâmia ou, pelo menos, um pecado venial, ao acreditar, cega e hipocritamente, ser o único ser Ideal, campeão e semideus⁷⁶⁹. Essa é uma das razões da comunidade jurídica e o legislador resistirem aos avanços do direito de família tridimensional, o que representaria a aceitação de suas falhas, de seus preconceitos adulterados, de que somos humanos impuros, pelo que “aceder à autenticidade da existência é um combate que nunca está definitivamente ganho”⁷⁷⁰.

Fazer uma parada obrigatória diante do texto do direito de família é uma pré-condição

⁷⁶⁷ KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Tradução: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 260.

⁷⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, 2000. p. 108 (rodapé).

⁷⁶⁹ PESSOA, Fernando. *Poesias*. Seleção de Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1997. p. 85-87.

⁷⁷⁰ HOTTOIS, Gilberto. *História da filosofia*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2002. p. 327.

para deixá-lo que diga alguma coisa, porque quanto mais próximo o intérprete estiver do existente, do evento, do momento, mais distante estará da verdade hermenêutica-ontológica⁷⁷¹, (des)afetiva e genética. O texto deverá dizer alguma coisa ao intérprete, o qual perguntará o que há de novo, o que mudou e qual o sentido da estrutura dessa revolucionária Carta Cidadã, colocando em jogo (em questão, no caso em concreto) os preconceitos. Embora o texto deva dizer alguma coisa, o intérprete precisa vincular-se a ele, porque onde não há vínculo não há diálogo⁷⁷², fazendo deixar a linguagem familiar falar.

É preciso des-objetivar a Constituição, mediante a superação do paradigma metafísico do senso comum dos juristas, indagando pelo sentido e a linguagem do constitucionalismo, seu papel histórico-social no terceiro milênio⁷⁷³. A linguagem não é somente o local em que ocorre a compreensão, mas é o que torna ela possível, o meio pelo qual se transmite a realidade do mundo, em que todo o processo de compreensão, interpretação e aplicação realizam-se, simultaneamente, mediante a linguagem⁷⁷⁴.

No campo do direito de família, a compreensão que o intérprete deve ter é de que ela não apenas é o que consta da normatização genética, mas também com as incontáveis circunstâncias dos fantásticos modos de ser-no-mundo tridimensional, o que exige a interpretação da família não mediante um método subjetivo, e sim universal, em que o intérprete mergulha na tradição, na história do direito de família, procurando compreendê-la, atualizada pelo contexto histórico de suas (re)voluções.

Com efeito, no Brasil, por longos séculos, imperaram os paradigmas da discriminação, da hierarquia, da desigualdade, da opressão familiar e da manutenção do casamento em detrimento da felicidade de seus membros. A Constituição Cidadã desfez tudo isso, fazendo prevalecer os direitos de todos os membros da família, substituindo a hierarquização, a violência, o totalitarismo, pelo modo de ser-no-mundo democrático, humano, solidário, protetivo, genético, afetivo e ontológico. Quer dizer, a pré-compreensão do intérprete deve ser no sentido de que houve uma revolução do paradigma familiar, em que tudo foi mudado, tudo se tornou digno, democrático, hermenêutico, solidário, a ser compreendido pela jurisdição constitucional e pela condição humana tridimensional.

⁷⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova visão crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 234.

⁷⁷² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 2, p. 139.

⁷⁷³ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, 2004. p. 183.

⁷⁷⁴ ROCHA, Acílio da Silva E. O Ideal da Europa. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, fase 3-4, v. 56, p. 326, jul./dez. 2000.

4.6.6 O Círculo Hermenêutico na Compreensão do Direito de Família

O círculo da compreensão está umbilicalmente ligado à temporalidade, com a consciência dos limites do ser humano, com os quais pode contar⁷⁷⁵, cuja espiral não poderá ser rompida, no plano ontológico, por nenhuma intervenção ôntica, como o intelecto ou a iluminação divina⁷⁷⁶, porque faz parte da condição humana⁷⁷⁷. Por isso, o alerta de Streck⁷⁷⁸, de que, ao examinar um texto (Constituição, o evento, a família, o ser humano), o intérprete já está imbuído da pré-compreensão do que é um texto, que “não é um elemento objetivo, separado do intérprete, fora da circularidade hermenêutica”. Para dar-se o círculo hermenêutico (círculo da compreensão, espiral hermenêutica), “toda interpretação que se segue à compreensão precisa ter já compreendido o que vai expor”, porque toda interpretação se funda existencialmente na compreensão⁷⁷⁹, significando que a compreensão é global, não nascendo da interpretação, que é singular, local⁷⁸⁰. Concluindo o pensamento, o autor alerta que, no interior do círculo hermenêutico, “o compreender não ocorre por dedução: não se deduz uma coisa de outra; o cânone ou método sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da realidade”⁷⁸¹.

A espiral da compreensão não se fecha, superando a divisão da relação sujeito-objeto, enfatiza Gadamer, sugerindo uma estrutura do ser-no-mundo, porquanto há um sentido que se antecipa, tendo em vista que, “quem sabe usar uma ferramenta, não a converte em objeto, mas trabalha com ela”⁷⁸². Quer dizer, a compreensão do sentido do texto do direito de família promove-se mediante um vaivém “entre as partes que o compõem e a totalidade que ele é,

⁷⁷⁵ STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à Filosofia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 160, anota o seguinte sobre a finitude humana: “A finitude não é um elemento negativo da condução humana. Ela é a própria essência do homem. Sem ela o homem não seria homem. Se assim é, todo o vôo que quisesse deixá-la de lado deveria ser considerado como uma tentativa que não respeita a finitude. Não que a finitude deva ser abandonada, mas, sim, o vôo que não quer suportá-la. Vista de outro ângulo, a finitude com sua resistência é, antes de mais nada, aquilo que possibilita o vôo; querer eliminá-la seria destruir a própria possibilidade do vôo [...]. Por isso, toda transcendência é, sempre novamente, uma experiência da finitude, isto quer dizer, uma tentativa de penetrar em seus fundamentos [...]. O homem, portanto, não é finito porque tem um fim, porque termina. É finito porque é o único ser que sabe de seus limites, que pode contar positivamente com eles”.

⁷⁷⁶ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001. p. 245.

⁷⁷⁷ STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. In: *Martin Heidegger. Sobre a essência do fundamento. Conferências e escritos filosóficos*. Tradução: Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 290.

⁷⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 234 e 268.

⁷⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. v. 1. p. 211.

⁷⁸⁰ INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 99.

⁷⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 265.

⁷⁸² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 382.

mas também entre ele próprio e a totalidade maior de que ele não é senão uma parte”, cuja dialética é ilimitada, em que “o texto remete para o livro que remete para a obra que remete para um contexto existencial e cultural que remete para uma época, uma história”⁷⁸³.

O exemplo a seguir descrito, citado por Christian Dubois, em que Heidegger identifica o ser de um par de sapatos em uma obra de Arte de van Gogh, é o que melhor fotografa o que é o círculo da compreensão. A essência da Arte não é compreendida pelo cultor de Artes, e sim é a Arte que se deixa ver, que se mostra ao cultor, de sua pré-compreensão como obra de Arte. Esse círculo não pode ser rompido para nele entrar, fazendo a experiência pensante do círculo. Como fazer essa experiência? Se relacionando com a obra, deixando-a ser, visto que um par de sapatos na obra pode parecer como uma coisa entre tantas outras, já que pendurado na parede pode ser equiparado a um objeto, a uma arma de caça, por exemplo.

Poderia ser dito que o par de sapatos se desvela como instrumento ao alcance da mão, que remete em última instância à mundanidade do mundo. O círculo hermenêutico dos sapatos na obra de Arte de Van Gogh, descrito por Heidegger, não de forma ôntica, e sim ontológica, foi traduzido no Brasil⁷⁸⁴, nos seguintes termos:

Na obscura intimidade do oco do sapato está inscrita a fadiga dos passos do labor. No peso rude e sólido do sapato está contida a lenta e teimosa marca através do campo, ao longo dos sulcos sempre semelhantes, estendendo-se ao longe sob o vento. No couro reinam a umidade e a riqueza do solo. Sob a sola encontra-se a solidão do caminho do campo que se perde quando a noite cai. Nesses sapatos vibra o apelo silencioso da terra, seu dom silencioso do grão que amadurece, sua secreta recusa de si mesma no árido pousio dos campos inverniais. Por meio desse instrumento perpassa a muda preocupação com a segurança do pão, a alegria sem palavras de novamente sobreviver à escassez, o frêmito do nascimento iminente, o tremor diante da morte que passa. Esse instrumento pertence à terra, e está ao abrigo no mundo da camponesa. No seio desse pertencimento protegido, o instrumento repousa em si mesmo.

Com pertinência ao autêntico desvelamento dessa obra de Arte, Dubois anota que o quadro mostra a verdade do instrumento em sua dimensão de mundo, e que “não é mais o filósofo que determina o ser da obra, é a obra que lhe permite descobrir o ser do instrumento”, querendo-se dizer que, no compreender, há uma circularidade, “um proceder necessário do já compreendido ao compreendido, e vice-versa”⁷⁸⁵.

⁷⁸³ HOTTOIS, Gilberto. *História da filosofia*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2002. p. 343.

⁷⁸⁴ DUBOIS, Christian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 168-169.

⁷⁸⁵ D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 400. (Coleção idéias).

Autores espanhóis traduziram de forma mais ampla a visão ontológica de Heidegger do par de sapatos na obra de Arte de van Gogh⁷⁸⁶, nos seguintes termos:

En la boca del gastado interior del zapato está grabada la fatiga de los pasos de la faena. En la ruda y robusta pesadez de las botas ha quedado apresada la obstinación del lento avanzar a lo largo de los extendidos y monótonos surcos del campo mientras sopla un viento helado. En el cuero está estampada la humedad y el barro del suelo. Bajo las suelas se despliega toda la soledad del camino del campo cuando cae la tarde. El en zapato tiembla la callada llamada de la tierra, su silencioso regalo del trigo maduro, su enigmática renuncia de sí misma en el barbecho del campo invernal. A través de este utensilio pasa todo el callado temor por tener seguro el pan, toda la silenciosa alegría por haber vuelto a vencer la miseria, toda la angustia ante el nacimiento a la *tierra* y su refugio es el *mundo* de la labradora. El utensilio puede llegar a reposar en sí mismo gracias a este modo de pertenencia salvaguardada en su refugio.

Pero tal vez todas estas cosas solo las vemos en los zapatos del cuadro, mientras que la campesina se limita sencillamente a llevar puestas sus botas. Si fuera tan sencillo como parece! Cada vez que la labradora se quita sus botas al llegar la noche, llena de una dura pero sana fatiga, y las vuelve a poner apenas empieza a clarear al alba, o cada vez que pasa al lado de ellas sin ponérselas los días de fiesta, sabe muy bien todo esto sin necesidad de mirarlas ni de reflexionar en nada. Es cierto que el ser-utensilio del utensilio reside en su utilidad, pero a su vez ésta reside en la plenitud de un modo de ser esencial del utensilio. Lo llamamos su fiabilidad. Gracias a ella y a través de este utensilio la labradora se abandona en manos de la callada llamada de la tierra, gracias a ella está segura de su mundo. Para ella y para los que están con ella y son como ella, el mundo y la tierra solo están ahí de esa manera: en el utensilio. Décimos *solos* y es un error, porque la fiabilidad del utensilio es la única capaz de darle a este mundo sencillo una sensación de protección y de asegurarle a la tierra la libertad de su constante afluencia.

Momento seguinte, Heidegger registra que o ser-sapato do par de sapatos apareceu, desvelou-se, desocultou-se pelo simples fato de o intérprete ter-se plantado diante da obra de Arte, não sendo o intérprete, e sim a obra que fala, levando o intérprete a um lugar distinto daquele que ocupa habitualmente diante do texto. Aduz o autor que a Arte se ocupa com o belo e a beleza, e não com a verdade. É por isso que as Artes que produzem essa espécie de obra denominam-se Belas Artes, em oposição às Artes artesanais, que são meros utensílios.

Na obra *Caminhos da Floresta*, Heidegger⁷⁸⁷ assim se manifesta sobre a pintura do par de sapatos na obra de Arte de van Gogh:

Pela pintura de van Gogh nem sequer podemos determinar onde estão (nem a quem

⁷⁸⁶ HEIDEGGER, Martin. *Caminhos de bosque*. Tradução: Helena Cortés; Arturo Leyte. Madrid: Aliança editorial, 2000. p. 23-25.

⁷⁸⁷ HEIDEGGER, Martin. *Caminhos da floresta*. Tradução: Irene Borges Duarte et al. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 28-29.

pertencem) estes sapatos. À volta deste par de sapatos de camponês não há nada a que possam pertencer nem aonde, apenas um espaço indeterminado. Nem sequer estão pegados a eles torrões de terra do campo de cultivo ou dos carreiros, o que poderia ao menos apontar para o seu uso. Um par de sapatos de camponês e nada mais. E, apesar disso [...]

Da abertura escura do interior deformado do calçado, a fadiga dos passos do trabalho olha-nos fixamente. No peso sólido, maciço, dos sapatos está retida a dureza da marcha lenta pelos sulcos que longamente se estendem, sempre iguais, pelo campo, sobre o qual perdura um vento agreste. No couro, está (a marca) da humildade e da saturação do solo. Sob as solas, insinua-se a solidão do carreiro pelo cair da tarde. O grito mudo da terra vibra nos sapatos, o seu presentear silencioso do trigo que amadurece e o seu recusar-se inexplicado no pousio desolado do campo de Inverno. Passa por este utensílio a inquietação sem queixume pela segurança do pão, a alegria sem palavras do acabar por vencer de novo a carestia, o estremecimento da chegada do nascimento e o tremor na ameaça da morte. Este utensílio pertence à *terra* e está abrigado no *mundo* da camponesa. É a partir desta pertença abrigada que o próprio utensílio se eleva ao seu repousar-em-si.

Mas talvez apenas observemos tudo isso a respeito dos sapatos no quadro. A camponesa, pelo contrário, anda simplesmente com os sapatos – como se este simples andar com (eles) fosse assim tão simples. Todas as vezes que a camponesa, já noite dentro, põe de lado, no seu cansaço dorido, mas são, os sapatos e, estando ainda escura a madrugada, os volta logo a tomar para si, ou quando, nos dias de descanso, passa junto deles, ela sabe tudo isso sem quaisquer considerações ou observações. É certo que o ser-utensílio do utensílio reside nesta serventia. Porém, esta serventia ela mesma repousa na plenitude de um ser essencial do utensílio.

[...]

O ser-utensílio do utensílio foi encontrado. Mas como? Não mediante uma descrição e um comentário a respeito de uns sapatos efectivamente presentes; não mediante um relatório acerca do processo de confeição de calçado; nem tão pouco pela observação da utilização efectiva de calçado aqui ou ali, *mas apenas pelo facto de nos termos posto perante a pintura de van Gogh. Ela falou. Na proximidade da obra, estivemos, subitamente, num lugar que não aquele em que habitualmente costumamos estar* (o grifo do nosso). A obra de arte deu a conhecer aquilo que o calçado verdadeiramente é.

No ato em que o intérprete está compreendendo, ele não está reivindicando uma posição superior, e sim confessando a necessidade de colocar à prova a verdade que supõe própria⁷⁸⁸, motivo pelo qual, na linguagem heideggeriana⁷⁸⁹, o círculo hermenêutico contribui para o desvelamento do conhecimento originário, que pode ser apreendido de forma autêntica, isso “se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é a de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e ‘chutes’”. A expressão conceitos ingênuos e chutes quer dizer que o intérprete deve afastar-se de seus prejuízos, os conceitos prévios, falsos, inautênticos, impuros, aqueles que cegam, evitando o cometimento de arbitrariedades, como os chutes e o caráter limitado de hábitos inadvertidos.

⁷⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 2, p. 141.

⁷⁸⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 210.

A esse respeito, Gadamer⁷⁹⁰ narra que o sentido do círculo hermenêutico - esse todo e essa parte - é o fundamento para toda compreensão, precisando ser integrado por outra determinação, que ele denomina de concepção prévia da perfeição, significando que “só é compreensível aquilo que realmente apresenta uma unidade de sentido completa”. Salienta que o relevante no círculo da compreensão é “reconhecer a distância temporal como uma possibilidade positiva produtiva da compreensão”, em que são mostrados ao intérprete tudo o que é transmitido pelo mundo da vida, inclusive distinguindo os preconceitos verdadeiros dos falsos, que serão suspensos pela estrutura da pergunta, cuja essência é colocar possibilidades e mantê-las em aberto, à medida que o preconceito só entra em jogo quando ele está em jogo, em questão.

O círculo hermenêutico perfectibiliza-se mediante o método fenomenológico, na relação entre a antecipação do todo e a construção das partes, um entorno ao texto e ao contexto e à formação da compreensão histórica da tradição em que vive o intérprete, purificando os seus preconceitos e os do texto⁷⁹¹. A espiral hermenêutica, esclarece Gadamer, não é de natureza formal, subjetiva ou objetiva, e sim o espaço entre o texto e o intérprete que, como mediador, evitará que o círculo se torne vicioso, como na hermenêutica tradicional, em vista do espelho deformante da subjetividade, não deixando que os seus conhecimentos e suas concepções prévias se imponham. Com isso, assegura a elaboração de um “primeiro projeto que se vai corrigindo, progressivamente, à medida que progride a decifração”, tendo como início uma reflexão do intérprete “sobre as suas idéias preconcebidas que resultam da situação hermenêutica em que ele se encontra”. O intérprete deve legitimar esses pré-conceitos mediante uma investigação de sua origem e de seu valor, para que o texto possa aparecer em sua diferença e manifestar a sua versão em contraste com os nossos preconceitos que a ele são impostos antecipadamente⁷⁹².

Na visão de Almeida⁷⁹³, o projeto hermenêutico não se inicia no vazio, porque faz parte de uma *situação hermenêutica*, em que o intérprete é portador de perspectivas de uma prévia formação histórica, herdadas da tradição, estando marcado “por uma prévia estrutura que condiciona qualquer compreensão”, não sendo um livro em branco, nem partindo de um grau zero de compreensão. O círculo da compreensão estabelece patamares interpretativos que, cada vez

⁷⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 74-80.

⁷⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 13.

⁷⁹² GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução: Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 61-62 e 64.

⁷⁹³ ALMEIDA, Custódio Luís S. de. *Hermenêutica e Dialética. Hegel na perspectiva de Gadamer*. In: *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. In: _____; FLICKINGER, Hans-georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 62. (Coleção Filosofia, 117).

mais, lançarão as luzes sobre os pré-conceitos turvos e límpidos, ocorrendo a fusão de três horizontes: um, o horizonte de quem quer compreender o texto; outro, o horizonte do texto; o terceiro, o horizonte da tradição histórica.

Na fusão dessa *tridimensionalidade hermenêutica* surge a compreensão, o diálogo, a retórica entre intérprete-interpretado, em constante interação entre o passado, o presente e o futuro, não permitindo a reprodução do sentido do texto. Essa distância temporal justifica as máximas de Heráclito, de que:

- a) “é impossível banhar-se duas vezes na mesma água do rio”⁷⁹⁴;
- b) “aqueles que descem aos mesmos rios recebem águas sempre novas”;
- c) “descemos e não descemos aos mesmos rios”;
- d) “somos e não somos”;
- e) “a vida e a morte, a juventude e a velhice, a vigília e o sono são a mesma coisa, porque estes transformam-se naquelas e inversamente aquelas transformam-se nestes”⁷⁹⁵, o que significa que a cada compreensão nasce um novo texto, um novo ser humano, uma nova família.

Informa, Rohden, que o círculo da compreensão se torna vicioso quando compreendido unilateralmente, subjetivamente, tendo em vista que a pré-compreensão é condição, não empecilho, de filosofar, e a cada nova compreensão é acrescentada ao mundo do intérprete, enriquecendo e aprofundando a sua pré-compreensão, à medida que o círculo da compreensão não é fechado, mas, sim, aberto para novas compreensões, ampliando novos horizontes⁷⁹⁶.

Tudo isso ocorre porque a pré-compreensão é um acontecer, um existencial, um modo de ser-no-mundo tridimensional, em que os preconceitos estão em constante mudança no

⁷⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica) e estado democrático de direito: uma análise crítica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado*, São Leopoldo, 1999. p. 105. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 275. O autor anota o seguinte: [...] “Por isso, o processo hermenêutico de compreensão é uma violência, é um roubo, como acentua Heidegger, onde as ‘res furtivae’, isto é, o ente desvelado em seu ser (a coisa mesma) deve ficar sob a guarda do intérprete. Não se olvide que o ser se desvela e se vela, porque, afinal, nunca nos banhamos na mesma água do rio [...]”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2004. p. 59-60, nos diz, a esse respeito, o seguinte: “Heidegger nos ensinou o que significa para o pensamento do ser o fato de a verdade precisa ser arrebatada da ocultação, do velamento das coisas como um roubo. A ocultação e o velamento pertencem ao mesmo fenômeno. As coisas mantêm-se por si próprias em estado de ocultação: ‘a natureza ama esconder-se’, teria dito Heráclito. Mas também o velamento pertence à ação e ao falar próprios dos seres humanos, pois o discurso humano não transmite apenas a verdade, mas conhece também a aparência, o engano, a simulação. Há um nexos originário, portanto, entre ser verdadeiro e discurso verdadeiro. A desocultação do ente vem à fala no desvelamento da proposição”.

⁷⁹⁵ BRUN, Jean. *Os Pré-Socráticos*. Tradução: Armindo Rodrigues. Lisboa: Edições 70. p. 45-47, citando os itens *b* a *d*.

⁷⁹⁶ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002. p. 170-171.

círculo hermenêutico, fazendo com que cada instante seja um novo evento; cada compreensão é um novo choque hermenêutico; cada descida ao rio é formatada com nova água; cada evento é um novo evento aos membros da família, sendo, por isso, que somos outro a cada instante, diferentes de nós mesmos a todo o momento, uma nova compreensão do texto do direito de família, porquanto, no segundo banho hermenêutico, estarão contidos os preconceitos autênticos e inautênticos do primeiro e do segundo banhos e, assim, sucessivamente.

Isso significa que o passado, o presente e o futuro da tridimensionalidade humana não persistem isoladamente, estando relacionados um com o outro, em constante mutação, pela transformação da família, que está mudando a cada instante, por se encontrar em constante movimento circular e levar em conta a constituição histórica e temporal do ser humano, fazendo com que a espiral hermenêutica seja o princípio basilar da hermenêutica filosófica⁷⁹⁷.

De acordo com Coreth⁷⁹⁸, o círculo hermenêutico é formado por quatro estruturas: da compreensão, do horizonte, do diálogo e da mediação. Contudo, Rohden discorda dessa idéia, porque essa espiral não tem ligação com nenhuma estrutura da compreensão, constituindo-se em estrutura do filosofar como um todo, não havendo interpretação única, última e definitiva, “como também não há um ponto final no filosofar”, uma vez que, embora o humano seja finito no tempo (um ser para a morte, diria Heidegger), tem infinitude no saber.

Para o autor, é possível compreender o círculo da compreensão como o *enquanto* da hermenêutica, constituindo-se em um espaço que instaura o sentido histórico, uma vez que ele ocorre no tempo e no espaço, vinculado à coisa transmitida, mantendo um nexos com a tradição. Nesse choque hermenêutico, o sentido acontece, não sendo extraído simplesmente, interessando mais a pergunta, que abre novas possibilidades de conhecer e de pensar que a resposta. Esse *enquanto* da compreensão, conclui o articulista, dá a entender uma idéia de movimento, sem ponto fixo, inapreensível, em que fim e princípio se encontram, apontando um algo ainda não-dito a se dizer.

Lembra Stein, na esteira de Heidegger⁷⁹⁹, que a “pedra não tem mundo, o animal é pobre de mundo e o ser humano é formador de mundo”, querendo dizer que o *mundo natural* pode existir para os seres vivos não humanos, e que o ser humano é formador do mundo, não havendo, em decorrência, um mundo natural, objetificado, metódico, genético, como quer a dogmática jurídica. Desde que o ser humano fala em mundo nele sempre está envolto, situado

⁷⁹⁷ D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 400-401. (Coleção idéias).

⁷⁹⁸ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 161, 166 a 169.

⁷⁹⁹ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 116-125.

em seu contexto histórico de conhecimento, “da familiaridade e do lidar, com que lhe tira o caráter simplesmente objetivo e lhe impõe o caráter de algo significado, vindo então o mundo ao nosso encontro com o caráter de significabilidade”.

Isso quer dizer que Constituição do País, a lei, a família, o ser humano, não podem ser compreendidos como um comportamento, dentro do mundo dos seres vivos (genético), mas, sim, como uma forma, uma circunstância de ser dentro do mundo humano tridimensional. Isso ocorre porque o humano se transforma em humano quando evolui para além do mundo dos demais seres vivos, passando a se relacionar com os mundos afetivo e ontológico, em cujos mundos ele adquire a linguagem.

Conforme Heidegger, o ser humano tem uma abertura de caráter triplo: “para si, para os outros e para as coisas”. Aplicado esse pensamento ao direito de família, pode-se afirmar que a compreensão do ser humano não é efetivada unicamente pelo mundo genético (das coisas, dos objetos), mas, sim, compreendido como um acontecer, um existencial, um momento nos mundos genético (abertura às coisas), afetivo (abertura para os outros) ou desafetivo (fechamento para os outros) e ontológico (abertura para si). É por isso que a hermenêutica filosófica evita a objetificação do ser humano, porque ele perde o viés solitário, unitário, a visão parcial da normatização genética, para ser compreendido como um ser em sua abertura total, no acontecer de sua tridimensionalidade.

Com razão Stein, ao pontificar que a objetificação torna tudo comum, igualando o ser humano e as coisas, mas o acontecer da hermenêutica filosofia é um modo de evitar essa coisificação. É nesse acontecer que se encaixa o círculo hermenêutico e a diversidade genética, (des)afetiva e ontológica, porque transpassam a relação sujeito-objeto pela antecipação de sentido do texto do direito de família, impedindo o objetivismo e o subjetivismo, constituindo-se na linguagem da compreensão do ser humano e, ao mesmo tempo, concedendo o espaço de seu acontecer, representando “o teorema que precede qualquer distinção entre sujeito e objeto e, onde esta distinção for usada, ela já sempre repousa sobre um acontecer e um vir-ao-encontro”⁸⁰⁰.

4.6.7 A Fusão de Horizontes no Direito de Família

A fusão de horizontes ocorre sempre que o ser humano compreende alguma coisa do

⁸⁰⁰ STEIN, Emildo. *Pensar é pensar a diferença*: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 17-18.

passado, na participação, na distância e no domínio da tradição, à medida que o velho e o novo crescem juntos para uma validade repleta de vida⁸⁰¹. É a partir da fusão de horizontes que se dá o acontecer da interpretação, assevera Streck, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo. Para interpretar, o ser humano precisa compreender, e, para compreender, deve ter uma pré-compreensão, “constituída de estrutura prévia do sentido - que se funda essencialmente em uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia - que une todas as partes do ‘sistema’”. O compreender é a categoria pela qual o ser humano se constitui, sendo “pelo nosso modo de compreensão enquanto ser no mundo que exsurgerà a ‘norma’ produto da ‘síntese hermenêutica’, que se dá a partir da faticidade e da historicidade do intérprete”. O autor⁸⁰² conclui seu pensamento nos seguintes termos:

O sentido do texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete. Não se percebe o texto primeiramente enquanto “ser-objeto”. Há um mundo circundante onde acontece essa manifestação. Ao vislumbrar o texto, já há um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição.

De acordo com Gadamer, a fusão de horizontes abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de determinado ponto, em que a estreiteza do horizonte pode ser ampliada, visualizando novos horizontes, que não são fechados, desclocando-se ao passo de que se move. Com isso, o autor quer dizer que o horizonte do passado, em que habita a vida humana, a montanha da vida, que se apresenta sob a forma de tradição, está sempre em movimento, não tendo sido a consciência histórica quem iniciou esse movimento, porque “nela esse movimento não faz mais que tomar consciência de si mesmo”⁸⁰³.

A cosmovisão dos preconceitos é obtida pela fusão de horizontes, da tradição (horizonte do passado), do acontecer do tempo, do conjunto de experiências historicamente transmitidas, resolvendo a questão entre o horizonte do texto, do intérprete e da tradição histórica, os quais se fundem em um único horizonte, em um novo texto do direito de família. São, portanto, três horizontes que estão imbricados no momento da compreensão: um, o horizonte que o intérprete leva com ele no encontro com o texto e com a tradição; outro, o horizonte do autor do texto; o terceiro, o horizonte histórico da tradição, ocorrendo um

⁸⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 207-208.

⁸⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.170 e 175.

⁸⁰³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 399 e 402.

alargamento do horizonte do intérprete quando da leitura do texto, nascendo, então, uma nova compreensão do texto do direito de família. É o que ensina Gadamer⁸⁰⁴, no sentido de que todos esses horizontes juntos

formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que abarca a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. Na realidade, trata-se de um único horizonte que engloba tudo quanto a consciência histórica contém em si. O nosso próprio passado e o dos outros, ao qual se volta a consciência histórica, faz parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana, esse horizonte que a determina como origem e tradição.

O horizonte não é fixo, mas móvel, em constante movimento, pelo que o horizonte do presente não se forma sem o horizonte do passado, e nem ambos são constituídos sem um horizonte do futuro, uma vez que “compreender é sempre um processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”⁸⁰⁵. Não ter horizonte, lembra Gadamer, é ter uma visão reduzida, delimitada, obstruída, compreendendo demasiadamente o que está próximo em detrimento do que está à distância, ou desvalorizando o que está distante em detrimento do que está próximo. Ter horizonte é valorizar de forma equânime o que está perto e o que está longe, a família antiga e a nova, a parte (genética, afetividade, ontologia), o todo (tridimensionalidade), a fração e o inteiro, aprendendo “a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele, mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos”, mediante a espiral do diálogo, em que o horizonte é enriquecido, nascendo um outro texto, uma nova compreensão⁸⁰⁶.

O texto sempre necessita de interpretação para a sua aplicação prática, comportando função hermenêutica, à medida que é na fusão dos horizontes que o texto desaparece⁸⁰⁷, *nascendo outro texto*. É por isso que Gadamer afirma que o discurso do intérprete não se constitui em um texto, mas serviria ao texto, fazendo com que “a compreensão de um texto tende a integrar o leitor no que diz o texto”⁸⁰⁸. Quer dizer, a doutrina, a jurisprudência, a lei, a súmula, o enunciado, a fala da autoridade, o fato, o ser humano, não são textos em que está a norma, mas servem ao texto do direito de família, para que deles seja extraída a respectiva

⁸⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 402.

⁸⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 404.

⁸⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 400 e 403.

⁸⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 399 e 405.

⁸⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?: comentário sobre o ciclo de poemas*. Hausto-Cristal de Paul Celan. Tradução e apresentação: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2005. p. 11.

norma, ocorrendo, a cada nova compreensão, um novo texto, uma nova norma do direito de família.

Razão assiste a Streck ao verberar que “o sentido não está no texto. O sentido será dado pelo intérprete. Não há um sentido ‘a priori’, que seja anterior e independente do respectivo contexto em que ele se insere”⁸⁰⁹, porque o sentido do texto será buscado pela contextualização, pela fusão de horizontes, pelo dialogar, pelo entrar em jogo entre o intérprete, o texto, o círculo hermenêutico, a suscitação dos preconceitos e a tradição da família, afastando-se o texto anterior, ante o surgimento de um sentido novo, mas, sempre “partindo de seus aspectos familiares para iluminar o que nele se apresenta como estranho ou obscuro”⁸¹⁰. Quer dizer que “nenhuma palavra faz sentido sem o seu contexto”, motivo pelo qual cresce a importância de (re)ler o texto, suspendendo os preconceitos, tendo em vista que é no ler e no reler o texto (de direito de família) que a compreensão acabará por acontecer⁸¹¹.

Toda experiência, diz Gadamer, é um confronto, porque ela opõe o novo ao antigo, em vista das resistências encontradas, as quais, muitas vezes, permanecem por muito tempo após ter-se instalado o novo, em vista do paradigma dominante. Mas o novo tem de triunfar sobre a tradição, sob pena de fracassar, deixar de ser novo, uma vez que, por ser novo, se deve firmar contra alguma coisa⁸¹². Heidegger diria que o texto precisa ser visto pelo estranhamento, pelo assombro, porque é pelo espanto que o intérprete pára, retrocede, regride, permanece suspenso, atraído e fascinado pelo fato de o teor do texto ser assim e não de outra maneira. Esse espanto, que o intérprete deve ter diante do texto, quer dizer

que reconhecemos nossa ignorância e exatamente por isso podemos superá-la. Nós nos espantamos quando, por meio de nosso pensamento, tomamos distância do nosso mundo costumeiro, olhando-o como se nunca o tivéssemos visto antes, como se não tivéssemos tido família, amigos, professores, livros e outros meios de comunicação que nos tivessem dito o que o mundo é; como se estivéssemos acabando de nascer para o mundo e para nós mesmos e precisássemos perguntar o que é, por que é e como é o mundo, e precisássemos perguntar também o que somos, por que somos e como somos⁸¹³.

⁸⁰⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 331. 2006.

⁸¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?: comentário sobre o ciclo de poemas*. Hausto-Cristal de Paul Celan. Tradução e apresentação: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2005. p. 13.

⁸¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?: comentário sobre o ciclo de poemas*. Hausto-Cristal de Paul Celan. Tradução e apresentação: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2005. p. 159.

⁸¹² GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução: Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 14.

⁸¹³ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2004. p. 18.

O texto, mesmo quando estiver próximo à nossa mão e visão, deve ser analisado e visto como texto, ver algo como algo, o texto como texto, a família como família, o ser humano como ser humano, dirigindo-se ao encontro deles, não deixando que eles sejam mera representação subjetiva do intérprete⁸¹⁴. O horizonte de sentido da compreensão não é realizado pelo que tinha em mente originariamente o autor e nem pelo horizonte de sentido do intérprete⁸¹⁵, e sim a fusão em um único horizonte dos horizontes do texto, do intérprete e da tradição.

A esse respeito, Gadamer disse que quem quiser compreender um texto está disposto a deixar que ele diga alguma coisa⁸¹⁶. O intérprete compreenderá o texto se não o interpretar no horizonte de sua subjetividade, e sim deixar que ele lhe diga alguma coisa, dentro da circularidade hermenêutica, da fusão de horizontes, da tradição e dos preconceitos. O coágulo de sentido é um momento de encontro consigo mesmo, com o texto, com o autor do texto, com a tradição, com a intersubjetividade hermenêutica, portanto, uma fusão de vários horizontes⁸¹⁷.

A compreensão do texto do direito de família é uma leitura com base no horizonte compreensivo do presente, que é a noção de círculo hermenêutico, destinado a combater a ingenuidade do historicismo e demonstrar que a história se compreende como um acontecimento, uma experiência, um acontecer, um evento, um desvelar do passado no presente e com visão para o futuro⁸¹⁸. Essa fusão de vários horizontes faz com que o acesso do ser humano ao mundo se concretize a partir de sua situação hermenêutica, que é um posicionar-se diante dos fenômenos, aos instantes, às experiências trazidas da história, da tradição, do mundo da vida. O ser humano não está isolado do e no mundo e nem seu horizonte está hermeticamente fechado, e sim hermeneuticamente edificado por conflitos e perspectivas, “no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho”, deslocando-se os horizontes ao passo de quem se move⁸¹⁹.

A fusão de horizontes é uma apreensão de discursos, presentes no vínculo entre texto-intérprete-tradição, pela linguagem, em que são lançadas perguntas e respostas, mediante um

⁸¹⁴ CANCELLO, Luiz A. G. *O fio das palavras*. 4. ed. São Paulo: Summus, 1991. p. 91; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. v. 1. p. 212.

⁸¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. v. 1. p. 511-512 e 76.

⁸¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 2, p. 76.

⁸¹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. O estrangeiro, a exceção e o direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Direito de Psicanálise*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 65.

⁸¹⁸ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002. p. 163.

⁸¹⁹ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 174.

diálogo, um choque hermenêutico, em que toda relação de pergunta e resposta se move inevitável e constantemente em círculo⁸²⁰. Por isso⁸²¹ que “não é a consciência histórica que põe em movimento o horizonte, mas *na* consciência histórica este movimento se faz consciente de si mesmo”, pelo que essa circularidade hermenêutica *na* consciência histórica demonstra que o ser humano tem acesso ao mundo, que não é natural, e sim um mundo forjado pelo humano, um mundo humano, tornando-se desnaturalizado, e passando a ser a forma como o ser humano é: *ser-no-mundo*⁸²² tridimensional.

Nessa cosmovisão hermenêutica são resgatados a pré-compreensão, a antecipação prévia de sentidos e os preconceitos (des)contaminados, decorrentes da tradição e da história em que se encontra o ser humano, pelo que diante da temporalidade intrínseca humana não existe a possibilidade de compreensão fora da tradição, do acontecer do tempo e do conjunto de experiências historicamente transmitidas, que levam à historicidade de toda a pré-compreensão humana⁸²³. Pressuposto da fusão de horizontes é sempre outro ser humano, o horizonte do diálogo, que é formatado pela linguagem, “pois, assim como o sujeito pertence à linguagem, o texto também pertence, delineando um horizonte comum entre ambos – o que Gadamer denomina de consciência histórica operativa”⁸²⁴.

O ser humano está localizado dentro de uma situação e de um tempo particular, afiança Kusch⁸²⁵, mas essa situação é limitada, cuja “fusão de horizontes, que ocorre na compreensão, é o próprio atingimento da linguagem”, pelo que

‘o horizonte é o alcance da visão que inclui todas as coisas que podem ser vistas de um determinado ponto de vista’. Como Gadamer fala da fusão de tais horizontes, mais precisamente da fusão do horizonte do intérprete com o horizonte do texto, levanta-se a questão sobre quem é o agente ou o sujeito autor da ação de fundir. Em alguns contextos, a resposta de Gadamer, em consonância com as passagens anteriores, parece ser a fusão de horizontes, longe de ser de autoria do intérprete, é obra da tradição ou, mais especificamente, da linguagem: ‘A idéia-guia [...] é que a fusão de horizontes que ocorre na compreensão é o próprio atingimento da linguagem’.

⁸²⁰ HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Tradução: Gabriela Arnhold; Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 64.

⁸²¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 33.

⁸²² STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 120.

⁸²³ PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 38, lembrando Gadamer.

⁸²⁴ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 182.

⁸²⁵ KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Tradução: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 256-257.

O autor atesta que, para Gadamer, essa fusão de horizontes não é fixada pelo intérprete, nem pelo texto e nem pelo autor do texto, porque eles devem aceitar essa dependência da tradição, da linguagem. Os interesses do intérprete, “com relação a certas questões e respostas a determinado texto, são pré-delineados pela ‘história de efetuação’ como a soma de interpretações anteriores e/ou do impacto geral da tradição”. É por isso que ter horizonte significa não estar limitado ao que está mais próximo de nós, mas, sim, poder ver além⁸²⁶, estar mergulhado na linguagem universal do direito de família.

Os preconceitos autênticos e inautênticos são recebidos de herança pelo ser humano, compulsoriamente, na qualidade de ser histórico, dos quais é impossível se desvencilhar, sendo incorporados pelo direito de família. Esses preconceitos são prévios, em que a compreensão do que será extraído do texto dependerá da elaboração desse projeto prévio, o qual deverá ser revisto na mesma profundidade que o intérprete mergulha no texto do direito de família, evitando que o seu preconceito prevaleça sobre aquilo que se pretende compreender.

Quando do encontro e da conversação com o texto não se exige que os preconceitos do intérprete sejam afastados, ou acolhidos os do texto, e sim que o intérprete esteja aberto ao novo, à alteridade textual, à opinião do texto. Isso não significa neutralidade, o maior dos preconceitos, pois a compreensão é dirigida à coisa que se quer compreender, e não ao autor do texto. É nessa fusão de horizontes que o texto, as opiniões do intérprete e as do autor do texto desaparecem, nascendo uma nova compreensão do texto do direito de família, e, por essa razão, é impossível a *reprodução* do Direito. Contudo, esse novo texto, mesmo com a universalidade da hermenêutica filosófica, não será compreendido totalmente, ficando sempre algo de fora, o inacessível, o não-dito, já que, em sendo a compreensão algo produtivo, e não reprodutivo, a nova compreensão será diferente, tudo dependendo do momento histórico, da linguagem em que se localiza o intérprete.

É por isso que Gadamer afirma que o intérprete não pode propagar que compreendeu melhor o texto do que Outro, porque, quando se logra compreender, compreende-se de modo diferente, cada época a partir de seus preconceitos, da tradição, da linguagem. Mesmo antigo, o texto é sempre atual, novo, que se apresenta a cada leitura diferente em sua concretização. Isso é efetivado pela linguagem (comunicação em geral), que é um “médium” universal em que se realiza a compreensão, o acesso ao mundo pelo ser humano, na relação entre o universal e o particular, pelo que, sem linguagem não há compreensão, tendo razão Gadamer

⁸²⁶ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (*ereignen*) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2000. p. 115.

quando afirma que *ser que pode ser compreendido é linguagem*⁸²⁷, que não só é a casa do ser, como diz Heidegger, mas também a casa do ser humano, “na qual ele vive, se instala, se encontra a si, se encontra a si no Outro”⁸²⁸, na qual o mundo se apresenta⁸²⁹.

Aplicada a fusão de horizontes ao direito de família, pode-se afirmar que a súmula, a doutrina, a jurisprudência, o verbete, a fala da autoridade não têm poder de modificar a realidade da vida, porquanto, alerta Streck, “as palavras não refletem as essências das coisas, assim como as palavras não são as coisas -, mas, sim, que é ele mesmo, o juiz, o intérprete, que faz uma fusão de horizontes para dirimir o conflito”⁸³⁰. Momento seguinte, o autor, invocando Gadamer, diz que existem sempre dois mundos de experiência no qual ocorre o processo de compreensão:

o mundo de experiência no qual o texto foi escrito e o mundo no qual se encontra o intérprete. O objetivo da compreensão é fundir esses dois mundos, em um determinado contexto, que é a particularidade do caso, a ‘partir da historicidade e da faticidade em que estão inseridos os atores jurídicos. Por isto, acrescento, fusão de horizontes não é acoplagem de universais a particulares, da generalidade à particularidade. Isto seria subsunção, e a justificação, nos moldes em que se deseja no Estado Democrático de Direito, não tem lugar nos raciocínios subsuntivos/dedutivos.

Quer dizer que o texto do direito de família não pode ser compreendido em sua normatização genética, mas em sua universalidade e singularidade tridimensional, pela fusão de horizontes entre a época da produção do texto e da qual se encontra o intérprete, mediados pela tradição histórica, compreendendo a totalidade da linguagem da família. A cultura jurídica brasileira ainda está mergulhada nos preconceitos do século XVIII, em que a função da família patriarcal era a de assegurar a transmissão da vida, dos bens e do nome, mas sem envolvimento afetivo⁸³¹, muito menos ontológico. Esse passado lembra a discriminação e a violência doméstica e familiar, que golpeavam o próprio filho biológico em sua paternidade/maternidade, que não podia ser reconhecido se não havido na constância do casamento, que era o único meio de constituição da família.

⁸²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 612.

⁸²⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Tradução de António Hall. Lisboa-Portugal: Capa de Edições 70, 1989. p. 132.

⁸²⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 581.

⁸³⁰ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, 2005. p. 178.

⁸³¹ ARIÈS, Philippe. *História Social da criança e da família*. 2. ed. Tradução: Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981. p. 193.

A robusta proteção constitucional à família, a partir do século XX, com lastro na linguagem igualitária, democrática, laica, hermenêutica, genética, afetiva e ontológica, é manifestamente mais humana do que a família arquitetada sob a teoria patriarcal. Essa fusão de horizonte demonstra que não é mais possível conviver e compartilhar em família sem desvelar a linguagem tridimensional, visto que compreender é sempre uma fusão de horizontes presumivelmente dados por si mesmo, que se dá na vigência da tradição, da linguagem, em que a família velha e a nova crescem juntas.

Não se compreende a família com o horizonte do presente, *ou* do passado *ou* do futuro, mas, sim, com a fusão dessa tridimensionalidade temporal, cujo projeto é um só acontecer, um só momento, um só instante na efetivação da compreensão, da interpretação e da aplicação, que ocorrem, simultaneamente. A compreensão não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recuperando no horizonte compreensivo do agora⁸³². Numa só palavra, a compreensão precisa ser formatada pelo seu sentido, deixando que o texto, o ser humano, a família digam alguma coisa, não separando o tempo passado, presente futuro, e sim desvelando essa temporalidade no momento em que é aplicada, lida, investigada, interpretada, em que se forma a “estrutura universal da experiência hermenêutica”⁸³³.

4.6.8 A Compreensão da Tradição no Direito de Família

Para Gadamer, a tradição tem uma importância especial, sendo *a verdade mais originária*⁸³⁴, porque, a partir dela, se desvelam as experiências passadas, desembocando no presente e possibilitando um projeto de futuro, significando que a família não é algo pronto, perfeito, fixo, e sim um *continuum*, que se vai formando na história, trazendo a pré-compreensão como condição de possibilidade de toda compreensão, evitada de faticidade, do modo prático de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

A compreensão do texto do direito de família não é obtida de forma objetiva ou subjetiva, e sim pelo movimento da tradição, que sempre está agindo, não para subjugar,

⁸³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 404-405.

⁸³³ DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Verbete GADAMER, Hans-Georg. 1900-2002. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 373.

⁸³⁴ DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Verbete GADAMER, Hans-Georg. 1900-2002. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 375.

porquanto é um processo de mediação e de compreensão entre a tradição, o texto e o intérprete. Quando Gadamer diz que o texto ou a tradição fala ao ser humano, ele não quer dizer que isso ocorre de forma direta, e sim no sentido do modo de ser-no-mundo (genético-des-afetivo-ontológico), uma vez que a tradição sempre é um momento de liberdade da história, necessitando ser concretada, assumida, cultivada, urbanizada, sendo ela essencialmente conservação, atuando nas mudanças históricas, motivo pelo qual, mesmo nas transformações mais revolucionárias, como ocorreu com a Constituição do Brasil de 1988, em que tudo mudou, tudo ficou novo em família, em que o antigo se conserva bem mais presente do que se poderia crer, integrando-se com o novo, numa nova forma de validade.

É por isso que o ser humano sempre está mergulhado na tradição, não de forma objetiva, como se ela pudesse ser pensada como estranha ou alheia, mas, pelo contrário, o dizer da tradição é uma transformação espontânea e imperceptível⁸³⁵, a qual é a “plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião”, que se manifesta a todo momento, não julgando o passado com base na vida presente, mas, sim, “pensar expressamente o horizonte histórico coextensivo à vida que vivemos e seguimos vivendo”⁸³⁶.

Quando o intérprete procura compreender o fenômeno histórico a partir da distância histórica, não é uma distância temporal, *e sim a distância hermenêutica como um todo*, aduz Gadamer, na medida em que ele se encontra sob os efeitos da história efetual, que determina, de antemão, o que mostra questionável e o que se constitui em objeto de investigação, motivo por que se o intérprete toma o fenômeno imediato como toda a verdade, ele se esquece praticamente da metade de toda a verdade desse fenômeno⁸³⁷. A consciência da história efetual é a consciência da situação hermenêutica em que está o intérprete, pelo que “todo o encontro com a tradição, realizado com consciência histórica, experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente”⁸³⁸.

Nesse sentido, Tiburi⁸³⁹ lembra que, enquanto Heidegger fala numa história do ser, Gadamer substitui essa linguagem por humano, afirmando que a verdade “será um acontecer efetivo-histórico dentro do qual o homem (o ser humano) está e ao qual se manifesta um

⁸³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 373-4.

⁸³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução: Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 18.

⁸³⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 397.

⁸³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 243.

⁸³⁹ TIBURI, Márcia. Nota sobre hermenêutica: a linguagem entre o sujeito e o objeto. *Veritas. Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS*, Porto Alegre, v. 45, n. 2, p. 287-288, jun. 2000.

sentido”. Mas, na compreensão desse passado, continua a autora, não se apresenta de modo direto, pois o que importa é a forma com que ele é recebido no presente e o que ele provocou, precisando ser analisado o seu caminho, “a via pela qual cada evento se transformou ao longo de sua existência que é a história”.

Não é por meio de um método, e sim por um acontecer da tradição que se encontra algo que o ser humano compreende, afirma Gadamer, não se cuidando de uma compreensão da história como um transcurso, mas de uma compreensão daquilo que vem ao encontro da história, interpelando e concernindo o intérprete. O ser humano está sempre no meio da história, que não deixa a nossa consciência livre ao modo de uma contraposição ao passado⁸⁴⁰. Essa vinculação do ser humano com a história, o fato de poder falar da historicidade, ocorre “por sermos nós mesmos seres históricos, que nos permite o retorno do passado à vida”⁸⁴¹. O ser histórico quer dizer “não se esgotar nunca no saber-se, porque todo saber-se provém de um dado histórico prévio”⁸⁴², o quer dizer que “la misma palabra mañana apunta al hecho de que en la formula entre el hoy y el mañana no se hace un corte arbitrario en el tiempo, sino que se parte de una articulación de la experiencia del tiempo que es la propia de todo ser vivo”⁸⁴³.

O fato de o ser humano ser um ser-no-mundo tridimensional faz com que tenha a idéia de um mundo que circula, um mundo com espiral hermenêutica, no qual estão imersos os fatos históricos do mundo, sendo, por isso, que pode ser ponderado que o mundo, a filosofia, o ser humano, a família, a genética, a (des)afetividade, a ontologia, o texto, a lei, a doutrina, a jurisprudência, a súmula etc. são, na verdade, eventos, acontecimentos, momentos, instantes, existenciais hermenêuticos. A pertença à tradição é viável pela estrutura circular da compreensão, que permite a antecipação de sentido⁸⁴⁴, mas é necessário ser cauteloso quando da compreensão do texto do direito de família, porque os preconceitos podem comprometer o verdadeiro reconhecimento do passado, mas que são necessários para o conhecimento histórico, que pode confirmar ou modificar a tradição, significando que a compreensão histórica não é um projeto livre, sendo necessário a purificação de seus preconceitos turvos⁸⁴⁵.

⁸⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p.169-170.

⁸⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 43.

⁸⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 208-209.

⁸⁴³ GADAMER, Hans-Georg. *Acotaciones hermenêuticas*. Traducido: Ana Agud y Rafael de Agapito. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 266.

⁸⁴⁴ HERMANN, Nadja. *Hermenêutica e educação*. Porto Alegre: DP&A, 2003. p. 47.

⁸⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução: Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 12.

O ser humano, na condição de ser-no-mundo-genético-(des)-afetivo-ontológico, é marcado pela tradição, sendo lançado/projetado em um mundo pré-existente, pré-formado, pré-constituído, mas que por ele é absorvido. Dependendo da forma que assimilará os seus preconceitos, a compreensão histórica terá grande influência sobre ele, que incorpora a tradição, o modo de ver as coisas de outra forma. Dessa forma, assim como o peixe não pode viver fora da água, uma vez que não é a água que está dentro dele, mas, sim, é ele que está dentro da água, assim também a família e o ser humano não podem viver fora da história, da linguagem e do mundo, sendo ela que está dentro da linguagem, da história e do mundo. É por isso que, na hermenêutica filosófica, o ser humano passa ser um ser-no-mundo-histórico, com linguagem e com mundo humano, um acontecer, um momento do tempo⁸⁴⁶.

Para compreender o direito de família e o ser humano é preciso primeiro compreender a sua história, linguagem e mundo, pois “estar junto significa estar junto no mesmo mundo; e conhecer significa conhecer no contexto do mesmo mundo⁸⁴⁷, um dos modos de ser, fundados na estrutura permanente do ser-no-mundo”⁸⁴⁸. É por isso que Gadamer divulga que a compreensão “deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição”, em que o passado e o presente se intermedeiam, e não mediante a idéia dos procedimentos de um método. Em vista dessa mediação do passado e do presente na hermenêutica é que se dá a compreensão do todo a partir do individual e o individual a partir do todo, o que significa dizer que “a antecipação de sentido que visa ao todo chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes, que se determinam a partir do todo, determinam, por sua vez, esse todo”⁸⁴⁹.

Entretanto, Heidegger percebe que o intérprete, devido à tradição, *sempre chega tarde, só depois de acontecido o momento histórico*, à medida que existe algo antes de nós que nos coloca no mundo, que nos projeta como continuidade⁸⁵⁰, pelo que depois do ocorrido e de ser fato concreto determinado pela história e pela cultura é que o ser humano começa a

⁸⁴⁶ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969. p. 111. O autor fala o seguinte sobre o homem e o tempo: “Em todo tempo o homem era, é e será, porque o tempo só se temporaliza (*zeitigt*), enquanto o homem é. Não houve tempo algum em que o homem não fosse, não porque o homem seja desde toda e por toda a eternidade, mas porque tempo não é eternidade, porque tempo só temporaliza num tempo, entendido como existência histórica do homem”.

⁸⁴⁷ MAY, Rollo. *A Descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. Tradução: Cláudio G. Somogyi. 4. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 129.

⁸⁴⁸ DOWELL, João A. Mac. *A Gênese da ontologia fundamental de M. Heidegger*. São Paulo: Loyola, 1993. p. 193, lembrando: *Sein und Zeit*, p. 62b.

⁸⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 385.

⁸⁵⁰ LUCAS, Douglas César (Coord.). *Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”*. In: _____. *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 37.

compreender, pois ele é intransparente, limitado a algo, que vem de outro lugar, um projeto projetado, um jogo jogado, motivo pelo qual não é possível recuperar toda a compreensão da tradição, toda a verdade do texto do direito de família. Isso quer dizer, continua Heidegger, que os fatos históricos e a cultura, que sempre estão pré-postos, pré-existentes quando o ser humano vem ao mundo, são, “por um lado, um peso que limita a nossa compreensão, mas, por outro lado, explicitados, analisados e interpretados, passam a ser a própria alavanca do desenvolvimento de nossa compreensão”⁸⁵¹.

Por dezenas de anos, lembra Stein⁸⁵², Gadamer buscou localizar o caminho para a consciência histórica, numa ocupação da tradição que mantivesse a força do compromisso. Esse caminho, diz o autor,

a hermenêutica filosófica explora na crítica da falsa autocompreensão metodológica das ciências do espírito. O filósofo pretende salvar a substância da tradição mediante uma apropriação hermenêutica. É assim que a Filosofia Hermenêutica de Gadamer encontra, na força civilizatória da tradição, a autoridade de uma razão diluída do ponto de vista da história efetual. Gadamer, portanto, não traz de volta a metafísica, nem mesmo uma ontologia salvadora, o que lhe importa é mostrar como a razão deve ser recuperada na historicidade do sentido, e essa tarefa se constitui na autocompreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da tradição histórica.

De acordo com Gadamer, o ser humano está imerso na tradição, que é “o tecido conectivo que nos permite dialogar entre nós e com o passado”, possibilitando a interpretação mediante uma conversação com os fatos históricos, com os preconceitos, com uma fusão de horizontes, dentro do círculo hermenêutico e do método fenomenológico. Um exemplo é citado por D’Agostini, ao lembrar que “não sou só eu a olhar, avaliar, ler; nem o livro, o monumento, o quadro, se oferecem a mim ‘sozinhos’. Em mim vive a minha pertença à história, o diálogo dos seres humanos no decurso do tempo”⁸⁵³. Toda compreensão envolve uma pré-compreensão, anota Streck, a qual, por sua vez, é pré-traçada pela tradição em que vive o intérprete, programando os seus pré-juízos autênticos e inautênticos⁸⁵⁴, sendo, por isso, que “toda compreensão hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o

⁸⁵¹ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2004. p. 68-69.

⁸⁵² STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. p. 50.

⁸⁵³ D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 415-416. (Coleção idéias).

⁸⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 216.

círculo hermenêutico”⁸⁵⁵.

A importância que Gadamer atribui à tradição não é no sentido de submissão, de passividade, de sujeição do intérprete na compreensão da recompilação entre a cultura de uma época e sua tradição, e sim de aplicação da compreensão que transcende as limitações temporais das diferentes épocas, vivificando “a relação entre o mundo e os indivíduos, tomados colectivamente; não é circunscrita aos subjectivismos dos indivíduos e ao relativismo próprio de cada época. Entre intérprete e objecto produz-se uma conversação, numa participação que é fusão de horizontes”⁸⁵⁶.

Compreendido o sentido da existência, o intérprete parte para a atualização do texto do direito de família, embarcando na tradição (distância hermenêutica entre passado, presente e futuro), na fusão de horizontes (do texto, do autor, do intérprete), no círculo hermenêutico (da parte ao todo e do todo à parte). Com isso, ele pode descobrir o sentido do texto (da norma) familiar, e assim dar-lhe (novo) sentido⁸⁵⁷, uma vez que não é possível compreender nada sem compreender a totalidade⁸⁵⁸.

Por meio do diálogo com a tradição são esclarecidas as questões e freia-se o arbítrio⁸⁵⁹, sendo por isso que “o indivíduo compreende-se a si mesmo através da consciência que tem de sua situação histórica. A esta idéia de *situação* ligam-se, por sua vez, as idéias de *tradição* e de *horizonte*”⁸⁶⁰, em que o ser humano, desde sempre, está jogado no mundo pré-dado, recebendo o legado da tradição, que é compulsório, sem possibilidade de a ele renunciar⁸⁶¹, não sendo, em decorrência, um ser humano cognoscente, uma mônada psíquica⁸⁶², que pode

⁸⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 209-210.

⁸⁵⁶ ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. O ideal da Europa. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, fase 3-4, v. 56, p. 325, jul./dez. 2000.

⁸⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 214. Informa o autor que, “sustentado no paradigma da linguagem e na medida em que rompe com a possibilidade de saberes reprodutivos, fica muito claro que a tarefa de interpretar a lei passa a ser uma tarefa criativa, de atribuição de sentido (*Sinngebung*). Neste contexto, Gadamer acentua que a interpretação da lei é uma tarefa criativa”.

⁸⁵⁸ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 61-62.

⁸⁵⁹ HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Tradução: Gabriela Arnhold; Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 63.

⁸⁶⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 32.

⁸⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 206.

⁸⁶² CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto: os domínios do homem*. São Paulo, 2002. v. 2. p. 389, esclarece o que é mônada psíquica, nos termos: “No quadro de uma cisão absoluta e em absoluta interdependência, surgem simultaneamente a mônada psíquica, essencialmente ‘louca’, a-real, criação efetuada de uma vez por todas e fonte de uma criação perpetuamente continuada, o Abismo em nós mesmos, fluxo representativo/afetivo/intencional indeterminado e incontrolável, psique em si mesma radicalmente inadaptada à vida, e o social-histórico [...]”.

ficar imune aos fatos da história.

Não há como compreender um texto de direito de família imerso no mundo subjetivo do intérprete, e sim assentado nos arraiais da compreensão histórica da tradição. Isso porque a filosofia explica e justifica a realidade como um todo, um universal, um entorno hermenêutico, em que o ser humano faz parte dessa realidade histórica como um todo, não podendo ser imparcial, comentando o espetáculo, porque ele é parte do espetáculo da vida.

Significa que o pressuposto na compreensão do texto do direito de família é conhecer os avanços da linguagem da história, que foi e será (re)transmitida pelas gerações por aqueles que fazem parte da história, do mundo, da realidade, da filosofia e da vida. É devido a esse Direito vivo, que habita em toda a compreensão histórica da tradição, que pensadores, como Heráclito, Sócrates, Platão, Aristóteles, Heidegger e Gadamer, apenas para citar alguns, continuam sendo seguidos e (re)lembrados como verdadeiras potências históricas, produzindo referências de sentidos e de significações.

Trasladada a hermenêutica filosófica à fenomenologia no direito de família, pela linguagem familiar genética, (des)afetiva e ontológica, é possível historiar que a comunidade jurídica brasileira e o mundo ocidental recebeu o legado de milhares de anos de compreensão da tradição, do modo de vida familiar, de desigualdade, de discriminações, de hierarquização, de sacralização, de arbitrariedade e de violência doméstica e familiar dos homens/maridos/pais, da sociedade e do Estado em detrimento das pessoas, das famílias, principalmente das mulheres, das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Alguns preconceitos do direito de família podem ser listados, por exemplo:

- 1) a mulher era considerada incapaz (artigo 6, I);
- 2) o domicílio dos incapazes era o de seus representantes e, por esta razão, o domicílio da mulher casada era o do marido (artigo 36, parágrafo único);
- 3) os filhos eram classificados em legítimos ou ilegítimos (artigo 183, parágrafo 4), espúrios, naturais (artigo 184, parágrafo único);
- 4) a vontade do pai prevalecia em detrimento da vontade da mãe, pois ele detinha o pátrio poder com relação aos filhos (artigos 186 e 380, parágrafo único);
- 5) o defloramento da mulher, ou seja, o fato de não ser mais virgem, quando ignorado pelo marido, possibilitava a anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge (artigo 219, parágrafo 4);
- 6) a criação da família legítima decorria somente do casamento (artigos 229 e 332);
- 7) foi criada a idéia de culpa de um dos cônjuges pelo fim do casamento por anulação

ou desquite, devendo o culpado ser penalizado com a perda de todas as vantagens havidas pelo cônjuge inocente (artigo 232, I e II);

- 8) o marido era o chefe da família e a mulher mera colaboradora (artigo 233), cabendo a ele a representação, administração e fixação do domicílio. A manutenção da família estava entre os deveres do marido, cabendo a ele, ademais, autorizar a profissão da mulher, bem como sua residência fora do teto conjugal (I, II, III, IV e V);
- 9) a mulher tinha parte de seus rendimentos particulares seqüestrados judicialmente se abandonasse o lar conjugal (artigo 234);
- 10) a mulher não podia, sem a autorização do marido, exercer profissão (artigo 242, VII);
- 11) a instituição do regime dotal (artigo 278 e ss.), costume herdado dos portugueses, imprimia conotação contratual ao casamento, sendo utilizado pelos pais para casarem suas filhas, tornando-as mais atrativas aos olhos dos pretendentes;
- 12) a influência da Igreja Católica, ao serem previstas taxativamente as hipóteses de desquite (artigo 317): o adultério, tentativa de morte, sevícia, ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos. Contudo, em nome da indissolubilidade do casamento, o adultério deixava de ser motivo para o desquite se o cônjuge traído tivesse concorrido para que o outro o cometesse (culpa concorrente) ou se, então, perdoasse o adúltero (artigo 319, I e II);
- 13) os filhos incestuosos e os adúlteros não podiam ser reconhecidos (artigo 358);
- 14) ninguém podia ser adotado por duas pessoas, salvo se fossem marido e mulher (artigo 370);
- 15) era possível a dissolução do vínculo da adoção (artigo 374);
- 16) o filho adotado, fora os casos de impedimentos matrimoniais, não possuía relação de parentesco com os demais parentes do adotante (artigo 376);
- 17) se o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, o filho adotado não tinha direito à sucessão hereditária (artigo 377);
- 18) a preferência pelos parentes paternos e pelo sexo masculino na nomeação de tutores (artigo 409, I, II e III).

Na bíblia católica, na Lei de Moisés, no Código Hamurábi e no Código de Manu também são encontrados alguns preconceitos (conceitos prévios), quais sejam:

- 1) a herança cabia ao filho primogênito, oriundo do casamento, em detrimento dos

demais irmãos;

- 2) na ausência desse filho, as mulheres herdavam, desde que se casassem com os seus primos (filhos dos tios), para que a herança permanecesse na família;
- 3) o maior castigo da mulher casada era não ter filhos, pois era obrigada a consentir que seu marido pudesse ter um filho com sua serva;
- 4) os impedimentos matrimoniais nasceram na Lei de Moisés, em que foi proibida a relação sexual entre pais e filhos, irmãos, padrasto/enteada; madrastra/enteado, sogra/genro; sogro/nora, sobrinho/tia; sobrinha/tio e entre cunhados;
- 5) a homoafetividade, na legislação mosaica, era tida como abominável, sob pena de morte;
- 6) a mulher, até o casamento, permanecia sob a guarda do pai; quando casada, sob a guarda do marido e, na velhice, sob a proteção dos filhos, jamais alcançando a capacidade plena e nem tendo o direito de fazer prevalecer a sua vontade. É dizer, qualquer que fosse a situação, a mulher estava sujeita à autoridade de um homem, fosse seu pai, irmão, marido, sogro, filho ou tutor;
- 7) as causas suspensivas do casamento originam-se da Lei das Doze Tábuas, em que o filho nascido após a morte do pai era considerado legítimo, isso se nascesse dez meses após o falecimento de seu pai;
- 8) a mulher não tinha o direito ao prazer sexual, não podendo o homem sequer excitá-la.

É possível perceber que os legados históricos influenciaram na elaboração das diretrizes da família republicana brasileira, já que estabeleceu o patriarcalismo, a incapacidade da mulher diante da figura opressora do homem, a monogamia, a família como sinônimo de casamento, que era indissolúvel, a desigualdade entre os filhos.

Esses preconceitos familiares, históricos, sólidos, negativos e paradigmáticos não se desmancham no ar tão facilmente, não se tornando líquidos de uma hora para a outra, nascendo, com isso, a necessidade de o intérprete fazer uma pausa, uma profunda meditação sobre o passado, o presente e o futuro da família, tendo em vista que a compreensão da tradição histórica atesta que foi penosa a travessia da patriarcalidade à família laica, democrática, hermenêutica, a um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. É necessário quebrar o dorso do paradigma da opressão, da intolerância e dos preconceitos impuros, para que ela possa atracar no porto seguro da comunhão plena de vida tridimensional, cuja caminhada foi iniciada com a

promulgação do texto constitucional de 1988.

Ainda é eminentemente lenta a laicização, a democratização e a humanização da família, devido à resistência *do homem* em suspender os preconceitos violentos, espúrios e imundos legados pela tradição histórica. Por isso, a condição de possibilidade da compreensão do direito de família é conhecer a tradição histórica, em que o seu contexto é marcado por discriminação, hierarquia, intolerância e violência, podendo-se citar algumas (r)evoluções do direito de família, por exemplo:

- a) a família antiga⁸⁶³ era numerosa, resultante de um ancestral ou uma divindade comum⁸⁶⁴;
- b) no direito romano, a família era unidade religiosa, jurídica e econômica⁸⁶⁵, em que o pai tinha o poder de vida e de morte sobre os filhos, a mulher e os escravos;
- c) no mundo ocidental, a organização familiar foi arquitetada com lastro no direito romano, patriarcal, monogâmica, hierarquizada, impessoal, em que a figura paterna era incontestável, predominando a manutenção do casamento, como única forma de legitimar a família, mesmo que em prejuízo da felicidade de seus membros;
- d) no Brasil, de acordo com o Código Civil de 1916, a família era compreendida como um conjunto de pessoas que descendiam de tronco ancestral comum, pelos laços sanguíneos, unidos entre si pelo matrimônio, pela filiação genética e a adoção;
- e) no Brasil, a contar do texto constitucional de 1988, a família passou a ser nuclear, pluralizada, desencarnada, democratizada e dessacralizada, um gênero que envolve várias formas de unidade familiar, como conjugal, convivencial, monoparental, unipessoal, socioafetiva, anaparental, reconstituída etc., estando estruturada para o desenvolvimento pessoal de seus membros, representando “um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano, lar onde se sobressaem a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor”⁸⁶⁶.

A hierarquia foi substituída pela democracia, demonstrando que deveriam prevalecer os supremos interesses de todos os membros da família, a comunhão plena de vidas, de afeto, de solidariedade, de felicidades,

⁸⁶³ Sobre a cidade antiga, ver COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁸⁶⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 321.

⁸⁶⁵ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 36.

⁸⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade/maternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 22.

recanto sagrado da promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana ⁸⁶⁷, princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático do Brasil (artigo 1º, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988).

- f) a Constituição do País também possibilita uma visão tridimensional da família, rompendo com todo o passado objetificado, intolerante, hierarquizado, preconceituoso, visto que não se caracteriza somente um comportamento, um modo de agir normatizado, mas, sim, um modo de ser, um jeito de ser, uma condição de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

Com essa novel linguagem familiar é afastado o conceito dogmático - de que a família seria um contrato, uma instituição ou contrato-instituição -, uma vez que não é possível normatizar o modo de ser-no-mundo tridimensional, motivo por que “a força normativa da Constituição começa a partir da concepção que se tem acerca de seu texto (que ex-surgirá sempre como uma norma), mas que não será uma norma qualquer, ao ‘gosto’ do intérprete”⁸⁶⁸.

Para que a Constituição do Brasil, que é um acontecer, possa realmente constituir⁸⁶⁹, é preciso que ela seja compreendida como condição de possibilidade de produzir sentido/aplicação vinculante à sociedade⁸⁷⁰. Em outras palavras, a norma é o resultado da atribuição de sentido do texto⁸⁷¹, não sendo o intérprete quem atribui sentido, pois ele se comunica com ele, deixando que diga alguma coisa, sendo as palavras do texto que desvelam

⁸⁶⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 36, “o sentido da dignidade humana alcança, assim, a própria distinção entre Estado e Sociedade Civil, ao configurar o espaço de cidadania, que não se vê absorvida nem por um nem por outro, mas deve ser reconhecida como um pressuposto de ambos. Significa que, constitucionalmente, está reconhecido que o homem tem um lugar no mundo político em que age”.

⁸⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais. Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. v.1. p. 109.

⁸⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 287. O autor propõe a eliminação do caráter de ferramenta da Constituição, porquanto “a Constituição não é ferramenta – é constituinte. Temos de des-objetivar a Constituição, tarefa que somente será possível com a superação do paradigma metafísico que (pré)domina o imaginário dos juristas”. A seguir, argumenta que há necessidade de ser aberta uma clareira no Direito, para des-ocultar caminhos, porquanto “é na abertura da clareira, no aberto para tudo que se apresenta e ausenta, é que se possibilitará que a Constituição se mostre como ela mesma, que se revele e se mostre em si mesma, enquanto fenômeno”. A Constituição do País, acrescenta, deve se desnudar, “deixando vir à presença o ente (constitucional/constitucionalizado) no seu ser (isto é, em seu estado de des-coberto), conduzindo o discurso jurídico ao próprio Direito, des-ocultando-o, deixando-o visível”, à medida que “constituir alguma coisa é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é co-produtora. Desse modo, violar a Constituição ou deixar de cumpri-la é descumprir essa constituição do contrato social”.

⁸⁷⁰ LUCAS, Douglas Cesar. *Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”*. In: _____ (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 55.

⁸⁷¹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes, Construir a constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os Mitlaufers Jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o Direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 116.

o mundo da linguagem, o mundo da vida, o mundo da realidade, e sem linguagem não há mundo, já que “ser que pode ser compreendido é linguagem”⁸⁷².

A tridimensionalidade do direito de família é compreendida a partir do desvelamento da tradição, que demonstra a inexistência de espaço para o mundo familiar prático, ao diálogo, à conversação, à discussão, acerca de conflitos familiares e sociais, cujo preconceito não faz parte do Direito e nem foi pauta na Constituição do País. Afirma Streck⁸⁷³, que é preciso suscitar, suspender esses pré-juízos, conceitos prévios, os quais tornam o ser humano surdo para a coisa mesma, por meio do encontro com a tradição e o atual momento constitucional, isso porque “não será possível desvelar um pré-juízo enquanto ele agir continuada e subrepticamente, sem que saibamos, e sim somente quando ele for, por assim dizer, suscitado”.

A hermenêutica filosófica é filosofia da história na história, que é tradição e, fundamentalmente, linguagem, cujo diálogo hermenêutico “é uma *fusão de horizontes de sentido* (passado e presente): surge um sentido novo que é o produto dessa fusão. A fusão de horizontes é a operação dialógica ou hermenêutica graças à qual a tradição se enriquece de significados e de verdades novas”⁸⁷⁴, em que a transmissão não implica opiniões prévias arbitrarias, porque representam tradições, cuja pré-compreensão é sempre atualizada pelos novos aspectos que ocorrem na sociedade, significando que a interpretação é sempre algo produtivo. É por isso que o intérprete, “criado numa determinada tradição cultural e de linguagem, vê o mundo de uma maneira diferente daquele que pertence a outras tradições”⁸⁷⁵.

O intérprete não estabelece sentido ao texto do direito de família fora da História, e sim compreende a partir das possibilidades de sentido pré-constituídas em uma determinada tradição, do martelo do tempo, da qual o ser humano sofre influência, não havendo um encontro neutro, um grau zero, um ponto cego de compreensão do direito. Por meio dos pré-juízos, os conceitos prévios, apresentados pela tradição, é que o intérprete poderá acessar as coisas como elas são, mediante a linguagem, que desvela o mundo humano.

Isso significa que a Constituição do País somente pode *constituir* se for compreendida como um existencial, um momento, um evento histórico, uma condição de possibilidade de

⁸⁷² ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira e SALDANHA, Jânia Maria Lopes, construir a constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os Mitläufers Jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o Direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 123.

⁸⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 237.

⁸⁷⁴ HOTTOIS, Gilberto. *História da filosofia*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2002. p. 344-5.

⁸⁷⁵ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes, construir a constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os Mitläufers Jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o Direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 101, 105 e 113.

produzir sentido/aplicação vinculante dentro do ordenamento jurídico e da sociedade⁸⁷⁶. Isso ocorre porque o intérprete não domina a tradição, e seus sentidos não são obtidos mediante a subjetividade, mas, sim, pela intersubjetividade, que ocorre na e pela linguagem, havendo, em decorrência, a interdição dos sentidos arbitrários⁸⁷⁷.

4.7 Considerações Finais do Capítulo Direito de Família Ontológico

Nesse terceiro capítulo foi visto que o direito de família não pode ser compreendido pela normatização genética e nem afetiva, mas, sim, pela tridimensionalidade humana, abandonando-se a família objetificada, coisificada, da relação sujeito-objeto, de um comportamento, para compreendê-la como um modo de ser-em-família, acarretando uma mudança de paradigma.

De acordo com Kuhn, a mudança de paradigma é denominada revolução científica⁸⁷⁸, não se caracterizando um processo cumulativo, mas, sim, um redimensionamento, uma harmonização “da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como de seus métodos e aplicações”.

A dogmática jurídica fixou paradigma genético de parte do modo de ser-no-mundo-genético e confiscou a totalidade dos mundos afetivo e ontológico, normatizando, há séculos, a práxis humana, como se o ser humano fosse um objeto, uma coisa entre tantas outras coisas, esquecendo-se que o direito é vida, é gente, é sociedade, não devendo a regra escrita ter “o dom de aprisionar e destruir a vida, de estiolar e sufocar o que de especificamente humano há no homem; de conter os desejos, as angústias, as emoções, as realidades, as inquietações”⁸⁷⁹.

Nos artigos 2º e 3º, I, da Constituição do País, está dito que os três Poderes são independentes e harmônicos entre si, tendo cada qual a obrigação de cumprir as promessas fundamentais e sociais da modernidade, como a construção de uma sociedade livre, justa e

⁸⁷⁶ LUCAS, Douglas César (Org.). *Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”*. In: _____. (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 42, 47 e 55.

⁸⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 363.

⁸⁷⁸ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p.122 e 116.

⁸⁷⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 12-13.

solidária. Esse poder/dever não significa conduta subversiva à obediência civil, como quer Hobbes⁸⁸⁰, nem substituir o legislador, porquanto a produção do Direito, mediante a compreensão intersubjetiva, não significa quebra do princípio da separação de poderes⁸⁸¹.

Há muito tempo foi superada a desconfiança⁸⁸² que pesava sobre os ombros da Magistratura, do “período da justiça de arbítrio e de gabinete e, por outro lado, a adoração da lei animada por um espírito racionalista”⁸⁸³. O Magistrado, no Estado Democrático de Direito, não é um subordinado, oráculo ou servo do legislador, como ocorria no século XVIII, e sim um poder da República, com a finalidade de compreender hermeneuticamente o Direito com vinculação social.

Com esse paradigma da família tridimensional, o Judiciário não é obrigado a buscar as verdades eternas, a segurança jurídica, a previsibilidade do resultado da demanda judicial, assumindo postura neutra diante da demanda judicial, e sim examinar o Direito pela jurisdição constitucional, porque “ninguém tenha dúvida de que o Direito, como ‘ciência da compreensão’, exista no ‘fato’, hermeneuticamente interpretado”⁸⁸⁴, deixando de se submeter humildemente ao controle do Governo, como ocorria nos séculos XVII e XVIII, uma vez que a separação de poderes não significa sujeição, mas, sim, independência, harmonia e igualdade⁸⁸⁵.

É por isso que o Judiciário, ante a omissão dos demais poderes da República, tem a obrigação constitucional de excluir do ordenamento jurídico o racionalismo jurídico, promovendo uma autêntica compreensão do Direito pela vinculação social. Isso evita que a dogmática jurídica se ocupe unicamente com os termos genéticos da lei, evitando, mediante a efetivação da jurisdição constitucional, que a neutralidade do julgador continue sendo o reflexo da neutralidade do Estado, *reproduzindo*, assim, o mais grave preconceito contra o

⁸⁸⁰ SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. Tradução: Vera Ribeiro. São Paulo: Ed. Unesp e Cambridge University Press, 1999. p. 419.

⁸⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p.73-74.

⁸⁸² Essa desconfiança, afirma Engisch, foi produzida pelos próprios Juízes, “no período da justiça de arbítrio e de gabinete e, por outro lado, a adoração da lei animada por um espírito racionalista” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução: J. Baptista Machadi. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 206). O juiz de primeiro grau perde sua legitimidade cada vez que sua sentença é recorrível, lembra Baptista da Silva (SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 239-241).

⁸⁸³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução: J. Baptista Machadi. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 206.

⁸⁸⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36.

⁸⁸⁵ SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 87. O autor lembra que, “para os homens do século XVIII, valeu como *idéia* o esquema da igualdade de nível entre os poderes, mas a sobrevalência do Legislativo valeu como *crença*”.

texto do direito de família.

Não se nega que parte do Poder Judiciário brasileiro tem promovido, com base no Estado Constitucional, uma silenciosa e fantástica transformação hermenêutica dos textos legais, afastando a univocidade da lei, proclamando o conceito autêntico de Direito. Todavia, muitos avanços estão estagnados na limitação do método da dogmática jurídica, que é individual, subjetivo, surgindo necessidade de ser ampliado esse movimento hermenêutico e social, principalmente no direito de família, para colocar em pauta a compreensão tridimensional, o que ainda não ocorreu pelo seguinte, por exemplo:

- a) o racionalismo moderno engessou o Direito no conceito de lei, que decorre da vontade do legislador, sendo imune às transformações históricas e ao mundo real da vida, exigindo que a família tenha sentido unívoco, capaz de demarcar as fronteiras do justo e do injusto⁸⁸⁶;
- b) a dogmática é uma teoria jurídica, um raciocínio matemático, “mediante o qual, dadas certas premissas, extraem-se necessariamente certas conclusões”, em que o intérprete é dotado de cálculos racionais⁸⁸⁷;
- c) o racionalismo separou o *Direito do fato*, “tendo o Direito como uma proposição *normativa* – portanto lógica –, tudo o que se fizer no domínio da realidade, enquanto *fato*, não exercerá a menor influência sobre o *conceito*”⁸⁸⁸, tendo-se esquecido que o Direito é o modo de resolver casos concretos, aderindo à realidade da vida⁸⁸⁹;
- d) o pensamento único da dogmática jurídica é o império da objetificação, atesta Stein, que continua detido ao estreito domínio da positividade, promovendo uma “espécie de descompasso entre o funcionamento do Direito na realidade e as formulações nos códigos, na Constituição e as respectivas interpretações”⁸⁹⁰.

Em decorrência, normatizou o mundo genético e sequer lembra dos mundos afetivo e

⁸⁸⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 116.

⁸⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Tradução: Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 38, referindo-se à razão de Hobbes, que “nada tem a ver com a faculdade de conhecer a essência das coisas: é faculdade de raciocínio, entendido o raciocínio como cálculo”.

⁸⁸⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 125 e 144.

⁸⁸⁹ CORDEIRO, António Menezes. Apresentação da obra de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. xxiv.

⁸⁹⁰ STEIN, Ernildo. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade. Apresentação à obra “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito”, de Lenio Luiz Streck. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 12 jun. 2006.

ontológico, pelo fato de a sentença, para a dogmática jurídica, ser reprodutora, e não produtora do Direito, impedindo que sejam examinados os fatos sociais, a existência, não se envolvendo com os problemas da vida real, quaisquer que sejam as suas calamidades, (de)limitando-o estritamente aos termos da lei, da abstração, obedecendo à vontade cega do legislador, transformando a lei em pensamento único.

Por meio da Constituição do País deve ser promovido o afastamento da desvalia normativo-genético da família, percorrendo os caminhos da bastardia à igualdade, da opressão à igualdade entre todos os seus membros, da violência ao afeto doméstico e familiar, do sistema patriarcal à igualdade entre todos os membros familiares. O texto constitucional deve legitimar a pluralidade das famílias, como conjugal, convivencial, monoparental e demais modos de ser-em-família, em que o sentido da compreensão histórica da tradição é condição de possibilidade da compreensão da atual igualdade material constitucional.

Compreender o texto de família não se faz pelo passado ou pelo presente, e sim pela fusão de horizontes do passado, do presente e do futuro, fundando-se a tridimensionalidade dos horizontes do texto, do intérprete e da tradição histórica da família, arquitetando a compreensão mediante o horizonte da temporalidade/historicidade⁸⁹¹.

Por essas razões, a Constituição do País não deve ser compreendida como uma mudança, e sim como uma revolução constitucional e hermenêutica, uma vez que a mera mudança do pensamento dogmático não será capaz de remover todos os açoitamentos do passado e descobrir a correspondência entre passado, presente e futuro da família. É preciso vislumbrar, em cada artigo do texto constitucional, as violências do passado, do presente e a expectativa da não reificação dessas tristes lembranças no futuro.

A Constituição do País será compreendida pela tridimensionalidade humana se forem afastadas as condutas preconceituosas do passado, ainda pendentes no presente, mas que também podem manifestar-se no futuro, caso não sejam revistos, efetivando-se uma fusão de horizontes e uma compreensão histórica da tradição. Pela leitura gadameriana⁸⁹², a tradição não é simplesmente um acontecer que se aprende a conhecer e a dominar pela experiência, e sim uma linguagem, que fala por si mesma, sendo o que torna possível a liberdade do conhecer.

⁸⁹¹ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000. p. 291. A autora acrescenta, na p. 292, que “o intérprete consciente da história efectual sabe da outreidade do texto e, por isso, busca realizar o projeto de um horizonte histórico que se desdobra na fusão de horizontes e se atualiza na compreensão”.

⁸⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 467, 471-472.

A experiência é fundamental no direito de família, na medida em que permite uma abertura para o outro ser humano, essencialmente ao pai, ao filho, irmão, cônjuge, convivente, parente, às pessoas que estão convivendo e compartilhando, permanecendo interligados pela linguagem. Essa abertura não se dá unicamente quando o ser humano permite que alguém lhe fale, mas quando esse humano permite que algo lhe seja dito, estando aberto a ouvir, a assimilar a réplica, aceitando que algo lhe seja proferido por outrem, cuja ausência dessa abertura faz desaparecer o verdadeiro vínculo humano.

Quando os seres humanos se compreendem, sustenta Gadamer, não significa olhar de forma hierarquizada, pois *escutar alguém* não significa realizar às cegas o que o Outro quer, porquanto significaria ser submisso, implicando mais no “reconhecimento de que devo estar disposto a deixar valer em mim algo contra mim, ainda que não haja nenhum outro que o faça valer contra mim”. Isso porque, finaliza o filósofo, “desde que somos um diálogo, somos a história una da humanidade”. É por essa razão que a arte de conduzir uma conversa é a arte do entendimento, do consenso, da compreensão⁸⁹³, da incorporação da leitura de nossa tridimensionalidade humana.

Na visão unilateral da dogmática jurídica importam as relações que ocorrem no mundo comum a todos os seres vivos em geral (o mundo genético), sendo necessário procurar compreender a família também no mundo social e familiar (mundo afetivo) e no mundo exclusivo de cada ser humano, o mundo do diálogo consigo mesmo (mundo ontológico). Dentro de um imenso mundo, o ser humano habita, ao mesmo tempo, esses três mundos, que precisam ser compreendidos em um só mundo, deixando valer contra ele mesmo a tradição histórica em suas pretensões, admitindo a violência do passado e reconhecendo que a tradição histórica da família tem algo a nos dizer, principalmente da revolução familiar produzida pelo Pacto Constitucional de 1988.

Nessa Carta Magna, consta a condição humana tridimensional, que constitui limite aos Poderes da República, significando que o direito de família não poderá ser compreendido à margem da Constituição do País, em que não basta compreender as regras, mas, sobretudo, os princípios, na medida em que eles contribuem para o desvelamento e do fechamento do processo interpretativo.

⁸⁹³ GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 11-12, 57 e 118.

5 ALGUNS EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA FENOMENOLOGIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

No decorrer da pesquisa, foi sustentado que o ser humano, para ser compreendido como humano, e não como uma coisa, precisa habitar o mundo humano tridimensional, da genética (*Umwelt*), da (des)afetividade (*Mitwelt*) e da ontologia (*Eingenwelt*). Nesse sentido, emerge a conversação com May⁸⁹⁴, no sentido de que esses mundos estão sempre inter-relacionados, condicionando-se uns aos outros, mundos diferentes, mas, ao mesmo tempo, um único mundo, um modo, jeito, peculiaridade, condição de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, pelo seguinte:

- a) o mundo biológico é o mesmo em todos os seres vivos, dos objetos a nossa volta, o mundo natural, dos organismos, das leis e ciclos naturais de dormir, acordar, nascer, morrer, desejo, alívio, determinismo, necessidade biológica, impulso, instinto, o mundo em que o ser humano existe mesmo que não tivesse autoconsciência;
- b) o mundo (des)afetivo é o dos inter-relacionamentos entre os seres humanos em família e na sociedade, em que, por exemplo, ele não deve insistir para que o outro membro familiar se ajuste a ele ou ele ao outro, porque, nesse caso, ambos não estarão convivendo e compartilhando no mundo afetivo, e sim no mundo genético, no mundo do instinto, das necessidades dos seres vivos em geral. É no mundo afetivo que o humano deixa de ser um mero ser vivo, passando a ser humano, a ser pessoa, tendo em vista que mergulha no mundo da linguagem;
- c) o mundo ontológico é o da percepção de si mesmo, do auto-relacionamento, do autoconhecimento, o significado que uma coisa ou outro ser humano tem para ele, e não para os outros, a percepção do senso da realidade como ela é, e não como ela nos é imposta pela cultura jurídica do mundo ocidental, numa relação entre sujeito e sujeito (de humano para humano).

Os efeitos jurídicos dissecados neste capítulo são propostas de alterações que merecem maior atenção por parte do legislador e da comunidade jurídica, porque a família é compreendida menos de uma terça parte de sua totalidade, ao permanecer atrelado unicamente

⁸⁹⁴ MAY, Rollo. *A descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. Tradução: Cláudio G. Somogyi. 4. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 139-141.

ao mundo biológico normatizado, ao mundo dos demais seres vivos.

Embora a tese não tenha necessidade de delimitar os efeitos jurídicos, segui o caminho trilhado por Gadamer, ao ensinar que “a essência da reflexão hermenêutica consiste justamente em que ela deve surgir da práxis hermenêutica”. Isso porque hermenêutica é filosofia e, enquanto filosofia, filosofia prática⁸⁹⁵, não se podendo, em decorrência, cindir teoria e prática, nem fato e direito, para que o direito seja compreendido no sentido da concretude do mundo da vida. O compreender, segundo o autor, é possível quando aquele que compreende coloca em jogo, na coisa mesma, seus próprios preconceitos, o que pode ser efetivado pela linguagem, uma vez que não apenas no discurso, na escrita, mas “em todas as criações humanas encontra-se um ‘sentido’ a ser descoberto pela hermenêutica”⁸⁹⁶.

Pretendo buscar a fonte da compreensão e da aplicação do texto do direito de família não pelo mundo normatizado genético, como sempre tem ocorrido no mundo ocidental, mas, sim, pela linguagem da genética, da afetividade e da ontologia. Para tanto, é preciso denunciar que o casamento, a união estável, enfim, todas as formas de ser-em-família não se alojam só no mundo biológico, o mundo da natureza, dos instintos sexuais, da preservação do patrimônio e da indissolubilidade do matrimônio, mas também nos mundos afetivo (no mundo do relacionamento entre as pessoas e da família) e ontológico (em que ocorre o relacionamento do ser humano consigo mesmo).

Será visto que todos os efeitos jurídicos (salvo o da união estável homoafetiva) poderão ser acolhidos pela cultura jurídica sem qualquer emenda constitucional, bastando aplicar a jurisdição constitucional, com base, por exemplo, nos seguintes princípios: da liberdade, da cidadania, da laicização, da proteção integral e absoluta da criança, adolescente e idoso, da razoabilidade, da proporcionalidade, da igualdade entre todos os membros da família, da dignidade e da condição humana tridimensional.

5.1 A Desnecessidade de Processo de Adoção aos Brasileiros

A adoção tinha a finalidade de eternizar o culto doméstico, direito concedido a quem não tivesse filhos, para que não cessassem as cerimônias fúnebres, cujo novo vínculo de culto

⁸⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Tradução: Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 76.

⁸⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Rio de Janeiro: 2004. p. 10, 132-133, 135- 136.

substituía o parentesco, mas o gesto de adotar não tinha qualquer conotação afetiva⁸⁹⁷.

Historia-se⁸⁹⁸ que, em Atenas, na Antiga Grécia, a adoção era ato solene, exigindo a intervenção do Magistrado, pelo que desde aquela época ela era judicial (mediante um processo).

A adoção era prevista nas Leis de Manu, entre um homem e um rapaz da mesma classe, e no Código de Hamurábi, 1.500 anos antes de Cristo, constava que esse instituto era irrevogável⁸⁹⁹, tendo sido acolhido no direito romano, mas, na Idade Média, caiu em desuso, chegando a desaparecer. O Direito Canônico não o recepcionou, mas constou do *Code Civile* da França e das Ordenações do Reino de Portugal, vindo a ser inserida no Brasil, por exemplo, no Código Civil de 1916⁹⁰⁰, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e no Código Civil de 2002.

No Brasil, para adotar é preciso cumprir o seguinte calvário processual:

- a) pedido de habilitação, em qualquer Comarca;
- b) certidões negativas cíveis, policiais e criminais da Justiça Comum e Especial;
- c) atestado médico de saúde física e mental;
- d) estudo psicossocial para aferir as condições pessoais, econômicas, intelectuais, emocionais, morais, psíquicas e afetivas, com inspeção na residência, para examinar o conceito, a idéia e a imagem que o adotando faz de si mesmo, a respeito de filhos, e de suportar a série de contratemplos, dificuldades, abnegações e doação pessoal;
- e) comprovação de residência;
- f) prova da idoneidade moral e financeira;
- g) qualificação dos requerentes e dos pais do adotando;
- h) indicação do parentesco entre adotantes e adotado; i) certidões originais ou fotocópias autenticadas de nascimento ou de casamento do(s) adotante(s) e do adotado;
- i) declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos financeiros em nome do adotando;
- j) xerocópia da carteira de identidade;
- k) fotografia recente;

⁸⁹⁷ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 50-1.

⁸⁹⁸ CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 49.

⁸⁹⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. Será verdadeiramente plena a adoção unilateral? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 5, 2004. 1 CD-ROM

⁹⁰⁰ TAVARES, José de Farias. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 45-46.

- l) visitas periódicas, tudo isso para evidenciar alguma anormalidade mental ou de comportamento e formatar total e minucioso levantamento das condições de vida dos adotantes⁹⁰¹ (artigos 1.618 a 1.629 do CCv e 39 a 52 e 165, I a V, e parágrafo único, do ECA).

Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, mesmo com a implantação da igualdade formal e substancial entre a perfilhação (artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição do País), continua obrigatório o *processo* de adoção para que o filho afetivo possa conviver e compartilhar em família.

Todavia, o processo, que, desde a Grécia Antiga, era condição de possibilidade para o filho afetivo conviver em família, tornou-se desnecessário desde a Constituição do Brasil de 1988, por três razões: a primeira, o texto constitucional proíbe a discriminação filial (artigo 227, parágrafo 6º); a segunda, o texto constitucional não prevê o processo de adoção para brasileiros, mas, apenas, aos estrangeiros (artigo 227, parágrafo 5º); a terceira, o conviver e o compartilhar em família não se faz por meio de um processo judicial, que é a objetificação do ser humano, e sim pela linguagem tridimensional de ser-em-família (artigo 227, “caput”, da Constituição), já que “todo o pensar permanece ligado ao mundo e à linguagem”⁹⁰².

É, pois, equivocada a leitura do artigo 227, parágrafos 5º e 6º, da Constituição do País, efetivada pelo legislador ordinário e pela comunidade jurídica nacional, ao manter o processo de adoção, pelas seguintes razões:

A primeira, no parágrafo 5º do artigo 227 da Constituição consta que “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiro”. Esse texto continua sendo compreendido pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência pelo preconceito impuro da exigência do *processo* de adoção para alguém conviver e compartilhar em família, significando que, depois de milhares de anos, ainda é sustentado que o processo de adoção é condição de possibilidade para o filho afetivo ter o direito de ser-no-mundo-afetivo e ontológico.

Quer dizer, pela leitura do senso comum dos juristas, tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros é obrigatório o processo de adoção, que deverá ser dificultado para o estrangeiro, em vista da prevalência dos interesses dos pretendentes brasileiros. Segundo Gadamer, quem quiser compreender um texto está disposto a deixar que ele diga alguma coisa⁹⁰³, sendo

⁹⁰¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 1, p.882-886.

⁹⁰² ZILLES, Urbano. Filosofia e linguagem. *Veritas. Revista da PUCRS*, Porto Alegre, t. 19, n. 17, p. 77, jun. 1974.

⁹⁰³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 2, p. 76.

vedado ao intérprete examinar o texto constitucional com base nos conceitos da legislação anterior à Constituição, quando o processo de adoção era o único meio do filho afetivo (não genético) ser-em-família.

Esse equívoco ainda ocorre devido ao engessamento na vida dos conceitos prévios (um processo de adoção), que cegam a compreensão humana, tendo em vista que, ao nascer, somos jogados no pré-mundo, um mundo já existente, com significados e valores, cabendo ao intérprete purificar, identificar e separar esses pré-conceitos⁹⁰⁴.

O texto deve ser lido com base na compreensão da tradição histórica do direito de família, à medida que, quando da promulgação da Constituição do País de 1988, havia absoluta desigualdade entre todos os seus integrantes, inclusive entre os filhos biológicos, mas, a contar desse evento, o texto constitucional aboliu toda discriminação no modo de ser-em-família tridimensional.

Com a leitura da família pelo viés ôntico ou ontológico, o parágrafo 5º do artigo 227 da Constituição pode ser lido de várias formas, extraindo-se a mesma compreensão, de que não há necessidade de processo de adoção aos brasileiros para o filho afetivo conviver e compartilhar em família.

Primeira leitura ôntica do artigo 227, parágrafo 5º, da Constituição: *A adoção, **por parte de estrangeiros**, será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação.*

Nessa ótica, não houve alteração do texto constitucional, e sim a recolocação das palavras do artigo, extraindo-se o sentido de que *somente* ao estrangeiro é obrigatório o processo de adoção;

Segunda leitura ôntica do artigo 227, parágrafo 5º, da Constituição: **Por parte dos estrangeiros**, a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação.

Aqui também não se modificou sequer uma letra do texto original da Constituição, tendo sido alterada a ordem das palavras: a parte final – por parte dos estrangeiros – foi posta no início do parágrafo. Como ocorreu no item anterior, não há qualquer leitura nesse texto que pudesse extrair a necessidade de um processo para alguém exercer o direito ao mundo afetivo; Terceira leitura ôntica do artigo 227, parágrafo 5º, da Constituição: O parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição diz o seguinte: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações

⁹⁰⁴ D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003. p. 476 e 414, lembrando a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.

discriminatórias relativas à filiação”. Esse parágrafo, embora faça referência ao filho nascido na constância do casamento ou por adoção, não deve ser lido com os pré-conceitos turvos do passado, porque essas expressões foram utilizadas para esclarecer que o modo de ser-em-família passa a ter os mesmos direitos e qualificações.

Numa leitura em que são afastados os preconceitos opacos com pertinência aos filhos (adotivos e genéticos), o parágrafo 6º do artigo 227 deve ser compreendido de forma a excluir a explicação e elaboração textual prolixa do legislador (havidos ou não na constância do casamento, ou por adoção), passando-se para a seguinte leitura: “Os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Sequer precisaria constar no texto constitucional qual a origem dos filhos (genéticos ou adotados) e nem que são proibidas quaisquer designações discriminatórias, porque, ao mencionar a expressão discriminação, o texto está incorrendo em preconceito, induzindo o intérprete a vislumbrar o texto com os seus preconceitos da desigualdade familiar, pelo que o parágrafo 6º deve ser compreendido da seguinte forma: *Os filhos terão os mesmos direitos e qualificações.*

Destarte, reescrevendo, no sentido ôntico, os parágrafos 5º e 6º do artigo 227 da Constituição, resultam as seguintes leituras: Parágrafo 5º: *A adoção aos estrangeiros será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação*; Parágrafo 6º: *Os filhos terão os mesmos direitos e qualificações.*

Também pela *leitura ontológica* da Constituição do País é aferida a desnecessidade de um processo de adoção judicial aos brasileiros para o filho afetivo relacionar-se em família. Com efeito, se o intérprete deixar que o texto constitucional lhe diga alguma coisa, sem um pré-conceito familiar, concluirá que o parágrafo 5º do artigo 227 exige o processo de adoção unicamente aos estrangeiros. Contudo, como o intérprete está mergulhado nos preconceitos impuros do passado, não se dá conta de que foi extinto o meio, a condição de possibilidade (processo de adoção) pelo qual era possível, antes da Constituição, o compartilhamento em família do filho afetivo.

Desde o novel sistema constitucional de 1988, *todos os filhos*, não importando se brancos, pretos, genéticos, afetivos, incestuosos, legitimados, nascidos ou não na constância de uma família, por meio de relacionamento sexual ou assexual, todos eles podem ser reconhecidos voluntariamente, *sem processo algum*, isso porque a normatização, *o processo, objetifica o ser humano, mantendo a milenar discriminação e coisificação.*

A cultura jurídica, ao exigir a adoção judicial para o reconhecimento voluntário da paternidade/maternidade, não compreende o texto constitucional nem pela linguagem ôntica,

muito menos ontológica, tendo em vista que no artigo 227, parágrafos 5º e 6º, da Constituição, não está inserida a adoção judicial aos brasileiros, mas aos estrangeiros.

O texto constitucional de 1988 trouxe para o direito de família brasileiro uma autêntica revolução de paradigma - do processo de adoção para o acolhimento do ser humano pelo modo de ser-em-família -, compreendendo a genética juntamente com os mundos (des)afetivo e ontológico. O fenômeno constitucional mudou, tendo nascido uma nova família, um novo texto, um novo ser humano, um novo instante histórico, motivo pelo qual esse evento é a “experiência de uma passagem que não garante a continuidade, mas que demonstra, ao contrário, uma descontinuidade e representa o encontro com a realidade da história”⁹⁰⁵.

É dizer, para que a nova família republicana, democrática, hermenêutica, laica, digna, genética, afetiva e ontológica possa nascer, é preciso que, antes, haja o falecimento do patriarcalismo, da intolerância, do preconceito, da desigualdade, da tirania, da opressão, da violência doméstica e familiar. Pela realidade do mundo da vida, o preceito constitucional da igualdade material continua vigendo formalmente, porque a comunidade jurídica e o legislador exigem um processo de adoção para o filho afetivo conviver e compartilhar em família, pelo que *o filho afetivo continua a adquirir a qualidade de filho, como está a ocorrer há milhares de anos, unicamente por meio de um processo judicial, ainda objetificado, coisificado, monetarizado, compreendido no limitado mundo genético-normativo*.

Nesse sentido, calha invocar o contratualista J.J. Rousseau, ao sentenciar, há mais de um século, que “os pais, a família, a sociedade, o Estado, não devem ter preferências quanto aos filhos” à medida que “todos os filhos são igualmente filhos”. Esses filhos, segundo ao autor, merecem os mesmos cuidados, afeto e ternura, sendo por isso que, “quem não pode cumprir os deveres de pai não tem direito de tornar-se pai. Não há pobreza, trabalhos nem respeito humano que o dispensem de sustentar seus filhos e de educá-los ele próprio”⁹⁰⁶.

Não é sem razão o libelo efetivado por Streck, no sentido de que o direito continua refém do pensamento metafísico-objetificante, pelo fato de ter uma compreensão meramente ôntica do fenômeno da Constituição⁹⁰⁷. No caso do direito de família, a cultura jurídica brasileira não está compreendendo nem a linguagem ôntica, muito menos a ontológica do maior evento constitucional de nossa história.

⁹⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 2, p. 167.

⁹⁰⁶ ROUSSEAU, J.J. *Emílio ou da educação*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 27 e 34.

⁹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 286.

Como diz Paulo Bonavides⁹⁰⁸, as regras vigem e os princípios valem, o que quer dizer que eles só valem se *não* forem procedimentalizados, sob pena de se tornarem regras, pois os princípios são condição de possibilidade de compreensão das regras, sendo dotados de normatividade e superioridade tanto formal quanto material. A regra é um pequeno facho de luz e o princípio o próprio sistema solar, o hierarca da regra formal e material, sendo normas-chaves de todo o sistema jurídico e o centro dos critérios valorativos da Constituição, cuja superioridade deve irradiar efeitos sobre os demais textos, querendo dizer que a regra que se contrapõe a um princípio não tem validade⁹⁰⁹.

A comunidade jurídica e o legislador ordinário, ao exigirem um processo de adoção judicial, continuam com a compreensão procedural do princípio da igualdade entre a perfilhação, transformando-o em regra infraconstitucional, tentando afastar esse princípio que dá vida, sustentação, base e alicerce às regras. Significa dizer que a exigência de um processo de adoção aos brasileiros, por não reconhecer o afeto e a ontologia como valores jurídicos, causa ofensa à República e ao Estado Democrático, Laico, Hermenêutico, de Direito, porque, como bem diz Streck⁹¹⁰, a Constituição *constitui*, não obstante a negação peremptória da dogmática jurídica e do legislador (infra)constitucional.

Além disso, o sistema constitucional é um existencial, um acontecer, um instante, um momento, um fenômeno histórico, um modo de ser-no-mundo-genético, um jeito de ser-no-mundo-(des)afetivo e uma condição de ser-no-mundo-ontológico, cujo descumprimento significa solapar o próprio Contrato Social, a condição e a dignidade humana, motivo pelo qual a Carta Magna precisa ser compreendida pelos planos ôntico e ontológico⁹¹¹.

⁹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 260.

⁹⁰⁹ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *O acesso à jurisdição e a garantia do crédito-débito tributário para impugnar a execução fiscal: uma releitura hermenêutica*. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.revista.doutrina.trf4>. Acesso em: 12 jul. 2005.

⁹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito: ainda é possível falar em constituição dirigente? *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2001. p. 90, 110-111.

⁹¹¹ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Afiliada, 2004. p. 204. A autora anota a distinção entre as expressões ôntico e ontológico, cunhadas por Heidegger, nos termos: “Ôntico se refere à estrutura e à essência própria de um ente, aquilo que ele é em si mesmo, sua identidade, sua diferença em face de outros entes, suas relações com outros entes. Ontológico se refere ao estudo filosófico dos entes, à investigação dos conceitos que nos permitam conhecer e determinar pelo pensamento em que consistem as modalidades ônticas, quais os métodos adequados para o estudo de cada uma delas, quais as categorias que se aplicam a cada uma delas”. A autora cita alguns exemplos: a) Estruturas ônticas: “1. os entes materiais ou naturais que chamamos de coisas reais (frutas, árvores, pedras, rios, estrelas, areia, o Sol, a Lua, metais; b) os entes materiais artificiais que também chamamos de coisas reais (nossa casa, mesas, cadeiras, automóveis, telefone, computador, lâmpadas, chuveiro, roupas, calçados, pratos, talheres etc.)”. Momento seguinte, a autora demonstra como passamos da estrutura ôntica para a ontológica, nos termos: “Quando aquilo que faz parte de nossa vida cotidiana se torna problemático, estranho, confuso; quando somos surpreendidos pelas coisas e pelas pessoas, porque acontece algo inesperado ou imprevisível; quando desejamos usar certas coisas e não sabemos como lidar com elas; enfim, quando o significado costumeiro das coisas, das ações, dos valores ou das pessoas perde sentido ou se mostra obscuro e confuso, ou quando o que nos foi dito, ensinado e transmitido sobre eles já não nos satisfaz e queremos saber mais e melhor”.

A Constituição do País não é só um conjunto de regras, “mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência”⁹¹². As regras são normas⁹¹³ que, cumpridos determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem alguma coisa em termos definitivos, sem qualquer exceção, afirma Canotilho, ao passo que princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”⁹¹⁴, tendo vida e valor substantivo, estejam ou não inscritos nos Códigos.

Como as regras não se esgotam em si mesmas, carecendo, para viger, de um princípio, que “servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios”⁹¹⁵, as disposições legais, ao imporem o processo judicial para o filho afetivo conviver em família, estão sobrecarregadas com pré-conceitos espúrios do passado, afastando exatamente a sua base principiológica⁹¹⁶, que é o princípio da igualdade material entre a filiação, retratada no artigo 227, cabeça e parágrafo 6º, da Constituição do Brasil.

Esse é o novel pensamento do constitucionalismo, uma vez que os princípios incidem diretamente sobre o Direito, “sem a necessidade de regras decorrentes de ‘interpositio legislatoris’”, sendo esse um dos três aspectos que “diferenciam o positivismo - sustentado em regras - do neoconstitucionalismo - sustentado em princípios (atrás de cada regra tem um princípio)”⁹¹⁷. As regras infraconstitucionais, o texto, o evento, o ser humano, a família, a doutrina, a jurisprudência, a súmula, a genética, a afetividade e a ontologia precisam banhar-se pelo processo de filtragem do texto constitucional⁹¹⁸. Com isso, será possível se despir dos preconceitos impuros da normatização parcial da genética, da procedimentalização humana, ao exigir um processo, a objetificação, para o filho afetivo exercer a sua tridimensionalidade humana.

⁹¹² DIAS, Maria Berenice. União homossexual, aspectos sociais e jurídicos. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, 1 CD-ROM.

⁹¹³ BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 15, afirmando que “os princípios são normas como todas as outras”.

⁹¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1999. p. 1177.

⁹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 52.

⁹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 101. “A superioridade jurídica, a superlegalidade, a supremacia da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. É ela que confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido”.

⁹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Quando um caso em concreto não é um caso concreto: um caso prático*. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 11 nov. 2005.

⁹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica) e estado democrático de direito: uma análise crítica*. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 1999. p. 117.

Esses modos de ser do legislador e da comunidade jurídica têm relegado o direito constitucional a um plano secundário, que Streck denomina de baixa constitucionalidade⁹¹⁹ ou de baixa compreensão⁹²⁰, o que vem ocorrendo exatamente com o não reconhecimento da tridimensionalidade humana.

No texto constitucional consta, de forma expressa, a igualdade material entre as perfilhações⁹²¹ e que a adoção judicial destina-se somente aos estrangeiros (artigo 227, parágrafos 5º e 6º), mas, mesmo assim, continua sendo reproduzido o milenar processo para um filho afetivo ser-em-família, como se a comunidade jurídica não tivesse conhecimento da existência do fenômeno da Constituição do País de 1988. Falta ao intérprete mostrar-se receptivo à alteridade do texto, visto que o preconceito falso faz com que seja ocultado o sentido da Constituição do Brasil, que *não* exige um processo de adoção para alguém declarar voluntariamente a paternidade/maternidade sociológica.

Dessa forma, todos os textos (Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente etc.) que reclamam um processo judicial para a adoção são inconstitucionais, uma vez que nenhum texto tem sentido válido se não estiver de acordo com a Constituição, pelo que os filhos, *todos os filhos*, podem ser reconhecidos sem qualquer intervenção judicial, mediante a declaração voluntária da paternidade/maternidade, na forma do artigo 1.609 do Código Civil: no registro do nascimento, por escritura pública ou escrito particular, por testamento ou perante qualquer Magistrado, ou por meio de ação de investigação de paternidade afetiva, em que o afeto é a causa de pedir.

A cultura jurídica e o legislador ordinário preferem cumprir o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente à Constituição do País, não sendo sem razão o desabafo do pensamento crítico no sentido de que, no Brasil, se “obedece à lei, mas não se obedece à lei das leis...!”⁹²², numa clara demonstração de que não foi superado o paradigma epistemológico de que a regra teria um poder de alcance geral, quando, na verdade, a regra

⁹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?* uma resposta a partir do Ontological Turn. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 224.

⁹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 263.

⁹²¹ ROUSSEAU, J.J. *Emílio ou da educação*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 27 e 34. Os pais, a família, a sociedade, o Estado, não devem ter preferências quanto aos filhos (genéticos e afetivos), à medida que, na visão do autor, “todos os filhos são igualmente filhos”, merecendo os mesmos cuidados, afeto e ternura, sendo por isso que, “quem não pode cumprir os deveres de pai não tem direito de tornar-se pai. Não há pobreza, trabalhos nem respeito humano que o dispensem de sustentar seus filhos e de educá-los ele próprio”.

⁹²² STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 231, 2006.

não explica, mas esconde o sentido do texto (a norma), mas o “princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo auto-suficiente)”, querendo dizer que, “por de trás de cada regra, passa a existir um princípio”⁹²³, na medida em que o princípio é condição de validade da regra.

Calha invocar, a propósito, a idéia heideggeriana, no sentido de que “tomar aquilo que ‘é’ por uma presença constante e consistente, considerado em sua generalidade, é resvalar em direção à metafísica”⁹²⁴, pelo que tomar o milenar processo de adoção como presença constante e consistente para que o filho afetivo conviva em família é deslizar nas profundezas da metafísica, nos cegos e turvos pré-conceitos do passado, legados pela tradição, ignorando a condição humana tridimensional, pelo seguinte:

- a) no Brasil, milhões de crianças e adolescentes estão institucionalizados, sem qualquer perspectiva de conviver e compartilhar a tridimensionalidade humana, esquecendo-se a realidade da vida, transformando-se em verdadeiros *filhos de ninguém, ninguentades*⁹²⁵;
- b) os pais *biológicos* podem, independentemente de processo, reconhecer seus filhos, não importando se estão doentes, pobres, negros, brancos, com antecedentes criminais, *cujo direito é (só)negado aos pais afetivos*, em que é exigido longo e penoso processo de adoção, inclusive com o devastamento de sua vida pessoal, com a realização de estudo social, comprovação de residência, renda, atestado de saúde, negativas policiais e criminais etc.;
- c) a Constituição garante a igualdade entre todos os filhos (genéticos e afetivos), não exigindo processo de adoção aos brasileiros, mas somente aos estrangeiros, mas ele ainda é efetivado devido ao universal e milenar preconceito contra a perfilhação.

A respeito da necessidade da passagem do texto legal pelo filtro da Constituição do País, Streck⁹²⁶ tem dito que o texto tem dois âmbitos: vigência e validade, não bastando que o

⁹²³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 266.

⁹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, 2005. p. 181, lembrando: HEIDEGGER, Martin. *Escritos e conferências*.

⁹²⁵ BRUM, Argemiro J. *O Desenvolvimento econômico brasileiro*. 20. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 1999. p. 144. Como consequência da multiplicidade de relacionamentos sexuais do homem branco com as índias, escravas e mestiças, resultou o nascimento de filhos e a impossibilidade de descobrir o verdadeiro pai. A discriminação dos filhos no Brasil tem início com a chegada do europeu, uma vez que, para os indígenas, a mulher “não tinha participação efetiva na formação do filho, sendo apenas um recipiente adequado onde o homem depositava a semente para a germinação, desenvolvimento e geração do fruto”, pelo que os filhos nascidos de mãe índia com pai desconhecido eram chamados de *filhos de ninguém, ninguentades*.

⁹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. In: *Apelação nº 70000284455*. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. 09/02/2000. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 31 maio 2006.

texto seja vigente, e sim que tenha validade, porquanto, embora vigente, o texto será válido se de acordo com o texto constitucional, em sua materialidade e substancialidade. Noticia o autor que é por isso que o legislador ordinário (por exemplo, do ECA e do Código Civil) não é livre para estabelecer leis, que deverão passar sempre pela “necessária filtragem hermenêutico-constitucional do sistema jurídico, fazendo com que todo o ordenamento fique contaminado pelo ‘vírus’ constitucional”.

O autor lembra que, devido a essa ausência de antivírus constitucional, Jiménez de Azúa chegou a afirmar que, ao ser promulgada uma nova Constituição, “todos os Códigos deveriam ser refeitos, para evitar o mau vezo de se continuar a aplicar leis não recepcionadas ou recepcionadas apenas em parte pelo novo topos de validade, que é o texto constitucional”. Em vista da ausência da validade da lei diante da Constituição do País, caberá ao Poder Judiciário promover as correções, com base em sua “função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito”, utilizando-se, para tanto, de mecanismos hermenêuticos, como “a interpretação conforme à Constituição, a nulidade sem redução de texto e a declaração da inconstitucionalidade das leis incompatíveis com a Constituição”.

A Constituição do Brasil, ao introduzir a igualdade entre *todos os filhos*, deveria ter sido seguida materialmente pelas leis infraconstitucionais. Mas, mas não foi o que aconteceu, porque o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil desvirtuaram o texto constitucional, ao continuarem exigindo um processo de adoção para que o ser humano possa estar-em-família afetiva.

Nessa questão, Gadamer diz que “a person is not an intelligent animal, but rather a human being”⁹²⁷, dizendo que o ser humano não é um *animal* inteligente, um ser-genético-normatizado, e sim um ser-genético, um ser-(des)afetivo e um-ser-ontológico. No mundo genético vivem os seres vivos em geral, inclusive os humanos, mas nesse mundo o humano não é um ser humano, e sim tão-só ser vivo, visto que o humano se transforma em humano nos mundos afetivo e ontológico, tendo, pois, o direito à dignidade e à condição humana tridimensional.

Na parte relativa à exigência de um processo de adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil são textos legais vigentes, *mas não válidos diante da Constituição do País*, por causarem ofensa à materialidade e à substancialidade do texto constitucional e da tridimensionalidade humana. Numa só palavra, as crianças e os

⁹²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *The enigma of health*. Tradução: Jason Gaiger and Nicholas Walker. Stanford University Press: California, 1996. p. 60. Tradução livre para o português: O ser humano não é um *animal* inteligente, mas, sim, um humano.

adolescentes, ao serem obrigados a percorrer o calvário processual da adoção, para ser-em-família, continuam sendo (des)cuidados como ocorria antes do texto Constituinte de 1988, (re)publicamente desterrados e perseguidos pelos pais genéticos, pela sociedade e pelo próprio Estado, porque se encontram fora do albergue hermenêutico do legislador ordinário e da comunidade jurídica, embora legítima e validamente abrigados pela Constituição Cidadã.

Isso quer dizer que, em vista da ausência de previsão no texto constitucional, poderá ser sustentada a inconstitucionalidade do processo de adoção, mediante o que Streck⁹²⁸ denomina de *nulidade parcial sem redução de texto*, para que sejam expungidos os sentidos de uma ou de parte da legislação. Com isso, o julgador poderá declarar a inconstitucionalidade, não de todo o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, e sim das partes que exigem o processo de adoção aos brasileiros, isso porque, lembra Streck, todo ato judicial é ato de jurisdição constitucional, sendo “dever do magistrado examinar, antes de qualquer coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição”⁹²⁹.

Outrossim, caso o legislador não possa conter a sua impulsividade de normatizar o modo de ser-no-mundo humano, poderá, por exemplo, depois de autorizar o reconhecimento voluntário da paternidade/maternidade socioafetiva, na forma do artigo 1.609 do Código Civil, portanto *sem processo*, fixar certo lapso temporal para promover o acompanhamento psico-social, não para eventual revogação da paternidade/maternidade afetiva, que é manifestamente irrevogável, mas, sim, para contribuir no entrelaçamento dos laços genético, (des)afetivo e ontológico.

5.2 A União Estável Homoafetiva

Com o advento da Constituição do País de 1988, o casamento deixou de ser a única condição de possibilidade de edificação de uma família, incorporando a conjugalidade, a

⁹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Apelação Criminal nº 70007387608*. Quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 11 de fevereiro de 2004. Relator: Aramis Nassif. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 31 maio 2006. O autor explica a diferença entre a inconstitucionalidade de lei *conforme a constituição* e *nulidade parcial sem redução de texto*, nos termos: “enquanto na interpretação conforme a constituição há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto há uma abdução de sentido”, cuidando-se, portanto, de uma “decisão de acolhimento parcial qualitativa (e não quantitativa, porque o texto permanece na íntegra) da norma”.

⁹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Manifestação na apelação criminal nº 70009422833, da 5ª CCr. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Em 13.08.2004. Relator: Luiz Gonzaga da Silva Moura. Disponível em: <www.lenio.streck.com.br>. Acesso em: 31 maio 2006.

convivencialidade, a monoparentalidade, a unipessoalidade, a socioafetividade, a anaparentalidade, a reconstituída e todas as demais formas, jeitos, modos de ser-em-família.

A família convivencial, de acordo com o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição do País, pode ser edificada *entre o homem e a mulher*, mas tem-se admitido essa espécie de família entre dois homens ou duas mulheres, denominada união estável homoafetiva, que busca o reconhecimento de direitos e deveres, iguais aos do casamento e da união estável entre homem e mulher, na medida nem que é um modo de ser-no-mundo-(des)afetivo que existe desde a Grécia, não deixando de existir na realidade atual.

Nesse sentido, em 1995, foi concedida medida liminar a um homossexual, garantindo-lhe o direito de continuar com a locação de um apartamento pertencente ao ex-convivente⁹³⁰, sob o argumento de que a ausência de normatização da união estável homoafetiva não significa que o relacionamento não possa gerar *efeitos patrimoniais*. Nos Países da Noruega, Hungria, Suécia, Holanda e Estados Unidos, especialmente em Nova Iorque, há legislação específica para esse segmento da sociedade, e, na Holanda, é admitida a adoção de crianças pelos casais homoafetivos, desde que a união esteja registrada⁹³¹.

5.2.1 Doutrina e Jurisprudência sobre União Estável Homoafetiva

No Brasil, os que não aceitam a homoafetividade⁹³² elucidam que o casamento e a união estável reclamam, obrigatoriamente, um vínculo entre pessoas de sexos diferentes (art. 226, parágrafos 3º e 5º, da Constituição), e que apenas com uma Emenda Constitucional poderá ser atendida a pretensão dos homossexuais⁹³³.

Os que têm apoiado a união estável homoafetiva invocam, por exemplo, os princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da intimidade, da pluralidade das famílias e da proibição por discriminação sexual, tendo em vista a necessidade de legitimar as

⁹³⁰ JORNAL Zero Hora, Porto Alegre, p. 39, 9 dez. 1995.

⁹³¹ REVISTA Consulex, ano 2, n. 16. p. 17, abr. 1998.

⁹³² LIRA, Ricardo César Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 96, “a união civil entre pessoas do mesmo sexo é matéria que não se põe no âmbito do Direito de família, devendo as questões dela decorrentes ser solucionadas estritamente dentro da portada do Direito das Obrigações”.

⁹³³ REALE, Miguel. A atualidade do direito de família no projeto do Código Civil à frente da Constituição de 1988. Disponível em: <jus.navigandi.com.br>. Acesso em: mar. 2000.

relações afetivas fora do casamento⁹³⁴. Isso porque, embora a sociedade se considere heterossexual, é preciso reconhecer e tutelar os direitos de grande parte da sociedade homossexual⁹³⁵, que, por viverem uma relação de afeto, devem ter seus relacionamentos cuidados pelo direito de família, e não pelo direito das obrigações.

Em 1991, a Anistia Internacional considerou violação dos direitos humanos a proibição da homossexualidade⁹³⁶, classificada como direito fundamental que se encontra sob a proteção do Estado Democrático de Direito. A sexualidade não seria um fenômeno somente natural, mas, também, influenciada pelo meio social e cultural, vivendo-se, hoje em dia, no signo da pluralidade, no nascimento de outras formas de entidades familiares, como as uniões homoafetivas⁹³⁷. Assegura-se, com essa roupagem jurídica, o direito fundamental ao pluralismo, no qual se verifica que a intimidade reclama o direito negativo de estar só e, sobretudo, a fixação de espaços de escolha e exercício da intimidade (artigo 5º, X, da Constituição)⁹³⁸.

A jurisprudência⁹³⁹ tem dito que, o fato de não existir lei que proteja a união homoafetiva, não faz com que desapareça o fenômeno social, a realidade da vida, o modo de ser-no-mundo dos homossexuais, pelo que a omissão do legislador não tem legitimidade de suprimir a homoafetividade.

Nesse sentido sinalizou a Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, ao editar o provimento nº 06, de 17 de fevereiro de 2004, incluindo um parágrafo único ao artigo 215 da Consolidação Normativa Notarial Registral, nos termos: “As pessoas plenamente capazes, independentemente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir

⁹³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 191-195. BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (Org.). As novas orientações do Direito de família. In: *O Direito de família descobrindo novos caminhos*. Canoas: La Salle, 2001. p. 10. “A partir do entendimento de que o afeto é a base da relação familiar, sustenta-se que é necessário reconhecer efeitos jurídicos a outras uniões, inclusive aquelas entre pessoas do mesmo sexo, pois estas consolidam, muitas vezes, relações duradouras, construindo um patrimônio comum por esforço mútuo, criando laços de responsabilidade e assistência que devem ser tuteladas pelo Direito”. RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁹³⁵ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: aspectos sociais e jurídicos. direito de família: a família na travessia do milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 162-169.

⁹³⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União entre pessoas do mesmo sexo. direito de família: a família na travessia do milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 147.

⁹³⁷ ARAÚJO, Maria de Fátima. Amor, casamento e sexualidade. *Revista de Psicologia, Ciência e Profissão*, Brasília, ano 22, n. 2, p. 75, 2002.

⁹³⁸ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 113.

⁹³⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 599075496. 8ª CCv. 17.06.1999. Relator: Breno Moreira Mussi. *Jornal da Síntese*. Porto Alegre: Síntese, 07/1999. p. 5.

uma união afetiva na forma anteriormente referida, também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito”.

No artigo 226, parágrafo 4º, da Constituição Cidadã, consta que se entende também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (monoparentalidade). A expressão *também* “é uma conjunção aditiva, a evidenciar que se trata de uma enumeração exemplificativa da entidade familiar”⁹⁴⁰. O artigo 4º, inciso II, da Constituição do País, protege os direitos dos homoafetivos, ao assegurar que a República, em suas relações internacionais, reger-se-á pela prevalência dos Direitos Humanos, cuja Declaração, de 1948, foi subscrita pelo Brasil, certificando que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que ao gozar desses direitos não pode haver distinção de qualquer espécie ou qualquer condição”⁹⁴¹.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu o relacionamento homoafetivo, determinando, contudo, que os direitos devem ser cuidados no âmbito do Direito das Obrigações⁹⁴². Em julgamento pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹⁴³, foi proferida decisão que admite a união estável homoafetiva, em igualdade de condições da união estável entre homem e mulher, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

Incontrovertida a convivência, duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário. A omissão do constituinte e do legislador, em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, impõe que a Justiça colmate a lacuna legal, fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada.

⁹⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. União homossexual, aspectos sociais e jurídicos. In: *Juris plenum*, Caxias do Sul, 1 CD-ROM

⁹⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul. *Relatório azul*. garantias e violações dos direitos humanos. Porto Alegre, 2000/2001. p. 188.

⁹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 148.897, 4ª Turma. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. DJU 06.04.1998. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 1, abr./jun. 1999, citando RE 84969/RJ – RTJ 80/260; RE 81099/MG, RTJ 79/229. Nesse último recurso, Moreira Alves enfatizou a diferença que deve ser feita entre “a sociedade de fato (que é de caráter puramente patrimonial) e comunhão de vida” (RTJ 79/236). Nesse Superior Tribunal de Justiça persistiu o mesmo pensamento, acentuando-se a sociedade de fato como pressuposto para o reconhecimento do direito à partilha do patrimônio comum dela resultante (REsp 45886/SP, 4ª Turma. Relator: Torreão Braz), constando da ementa do REsp 4599/RJ: “A criação pretoriana inscrita no verbete de nº 380 da Súmula do STF tem por referência os arts. 1.363 e 1.366 do Código Civil; os efeitos patrimoniais ali descritos, decorrem do direito das obrigações (3ª Turma, Rel. Nilson Naves)”.

⁹⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ac. nº 70003967676, 4º grupo de Câmaras Cíveis. 09.05.2003. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 20, p. 45, nov. 2003.

A principiologia constitucional abre espaços à positivação dos princípios, devido ao surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, com a característica especial da existência de uma Constituição que condiciona a legislação, a doutrina e a jurisprudência, influenciando diretamente nas relações sociais⁹⁴⁴. Com isso, não é possível concordar, sem emenda constitucional, com a decisão do Tribunal de Justiça gaúcho, pelas razões expostas no item seguinte.

5.2.2 (In)Constitucionalidade da União Estável Homoafetiva

Nesse aspecto, Streck⁹⁴⁵ pontifica que são equivocados os argumentos utilizados no acórdão sul-rio-grandense⁹⁴⁶, que reconheceu a união estável homoafetiva, uma vez que não é direito do Judiciário colmatar lacuna do Poder Constituinte originário e nem derivado, sob pena de se transformar em legislador e, de forma paralela, criar uma Constituição, “estabelecendo, a partir da subjetividade assujeitadora de seus integrantes, aquilo que ‘indevidamente’ não constou no pacto constituinte”. Aduz o autor que o argumento mais sólido da decisão judicial gaúcha precisa ser arredado, pelo fato de o Constituinte originário *ter restringido, de forma expressa, a união estável unicamente entre homem e mulher*, sendo o texto bem claro no sentido de inadmitir a união estável homoafetiva.

Em uma democracia laica e representativa, pontifica o autor, “cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário - via justiça constitucional - efetuar ‘correções’ à legislação não significa que possa, *nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção*, constituir decisões ‘legiferantes’” (destaquei). A esse respeito, o escoliasta ainda pondera que não é pelo simples fato de a Constituição do País não proibir a união estável homoafetiva que ela poderá ser acolhida via jurisdição constitucional, na medida em que, se assim fosse entendida, todas “as não proibições poderiam ser transformadas em permissões”, havendo a possibilidade, equivocada, de “um lado *b* da Constituição a ser ‘descoberto’ axiologicamente”.

A compreensão do Direito, refere Streck⁹⁴⁷, não é aplicação só do julgador, porque

⁹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 2.

⁹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 192.

⁹⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ac. nº 70003967676, 4º grupo de Câmaras Cíveis. 09.05.2003. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 20. p. 45, nov. 2003.

⁹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 252-255.

“nem a norma está previamente fundamentada, nem é o juiz que a ‘faz’”, pelo que a Idade dos princípios “não é - de modo algum - um *plus* axiológico-interpretativo, que veio para transformar o juiz (ou qualquer intérprete) em superjuiz, que vai descobrir os ‘valores ocultos’ no texto”. Nesse aspecto, Ohlweiler⁹⁴⁸ pondera que o intérprete/aplicador do Direito precisa ter uma postura de *Cuidado* Constitucional quando da compreensão do texto, para que “nunca falte a palavra constitucionalizante, ou seja, a palavra como um bem capaz de possibilitar o genuíno dizer, pois unicamente onde existir a palavra, existirá mundo”.

Como o País se encontra sob o abrigo da jurisdição constitucional, lembra Streck, a compreensão do texto “repudia um voluntarismo hermenêutico arbitrário e, portanto, também constitucionalmente ilegítimo”⁹⁴⁹, havendo, assim, limites no processo interpretativo, à medida que “as coisas têm nome; não que esse nome provenha de uma essência; mas também não advém do *cogito* solitário do intérprete”⁹⁵⁰. O autor assevera que a compreensão hermenêutica não é um salvo conduto à vontade do intérprete, cuja idéia é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo, visto que o “constitucionalismo coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista”.

Nessa linha, Oliveira⁹⁵¹ enfatiza que esse pensamento está arraigado na questão da democracia, já que a República está mergulhada em um Estado Constitucional, que “não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria jurisdição constitucional”. Lenio Streck⁹⁵² defende a harmonização do sistema de regras com os princípios constitucionais, visto que são os princípios que, ao introduzirem o mundo prático, garantem uma objetividade na interpretação, significando que, enquanto a regra promove uma abertura, o princípio garante o fechamento do processo interpretativo, querendo dizer com isso que

os princípios não “abrem” o processo interpretativo em favor de arbitrariedades; ao contrário, a *applicatio*, a partir dos teoremas fundamentais da hermenêutica (o

⁹⁴⁸ OHLWEILER, Leonel Pires. Verbete Ontologia Jurídica. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 622.

⁹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária a possível. In: _____ (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39.

⁹⁵⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 51.

⁹⁵¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva na argumentação jurídica de aplicação*. In: _____ (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizontes: Mandamentos, 2004. p. 50.

⁹⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 212.

círculo hermenêutico, que vai do todo à parte e da parte ao todo, do geral para o particular e do particular para o geral, a a diferença ontológica, que obstaculariza a dualização entre faticidade e validade) proporciona um “fechamento” da interpretação, isto é, *serve como blindagem contra a “livre atribuição de sentidos”*.

Com pertinência à obediência ao Estado Constitucional, Canotilho tem dito que o intérprete deve acatar a jurisdição constitucional, vinculando a vida política e jurídica aos termos da Constituição do País, citando, para tanto, o caso do Timor, aduzindo que não foram os juízes que deram a independência, mas, sim, “os homens e a resistência dos homens que deram Timor ao povo”⁹⁵³. Para o autor, a Constituição do Brasil é dirigente e vincula o legislador, na medida em que, para conservar a República, há necessidade de vinculação do legislador, pelo que “não há governo constitucional sem essa vinculação à Constituição, ainda que conforme diferentes graus de intensidade vinculativa”⁹⁵⁴, querendo dizer que a Constituição dirigente não substitui a política, mas, pelo contrário, “a Constituição dirigente nada mais faz do que sujeitar a política à fundamentação constitucional”⁹⁵⁵.

Desse pensamento não se afasta Bercovici, ao pontificar que as soluções não serão alcançadas pelo Judiciário com a limitação do Direito Constitucional às decisões judiciais, não se podendo deixar ao Tribunal a tarefa de resolver as questões de competência exclusiva do Legislativo e/ou do Executivo⁹⁵⁶. Isso quer dizer que as normas (regras e princípios) da Constituição vinculam o legislador⁹⁵⁷, o executivo, o judiciário, o intérprete, as instituições públicas, privadas e a sociedade em geral, visto que, na esteira de Eros Grau⁹⁵⁸, “o governo revolucionário instaura a Constituição; o governo constitucional preserva, respeita, a Constituição”.

No Brasil, desde o dia 05 de outubro de 1988, embora tenha cessado o momento evolucionário, permanece a vinculação à Constituição e, em decorrência, a implementação da jurisdição constitucional, cuja consciência jurídica nacional precisa ser cultivada, para que o

⁹⁵³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Desde a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 26. (1ª Parte, Videoconferência – 21/02/02 – UFPR).

⁹⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 9-10.

⁹⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 11.

⁹⁵⁶ BERCOVICI, Gilberto. Resenha do Prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p.7 6.

⁹⁵⁷ SCAFF, Fernando Facury. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 89. (2ª Parte, Mesa redonda - 22/02/2002 - Fazenda Cainã).

⁹⁵⁸ GRAU, Eros. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 98. (2ª Parte, Mesa redonda - 22/02/2002 - Fazenda Cainã).

Estado brasileiro se afirme como um *Estado constitucionalmente vinculado*⁹⁵⁹.

Não se afasta desse ideário Carvalho Netto⁹⁶⁰, ao deduzir que

a soberania popular só é soberania popular se ela for ocupada por alguém, se ela permanecer um hiato aberto, se ela não for, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal ou o Congresso ou o Presidente da República ou quem quer que seja. No dia em que o direito constitucional se fechar, completar-se, ele não mais será Direito Constitucional, e sim ditadura, exclusão.

Isso significa que a Constituição do País não pode ser substituída por nenhum intérprete, juiz, Tribunal, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal, porquanto “só é Constituição se não for apenas texto, ou seja, se for norma, se o sentido desses textos for internalizado e vivenciado intersubjetivamente por todos”⁹⁶¹, visto que “a Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional”⁹⁶².

Verbera, Canotilho, que todo aquele que se aventurar no descobrimento das raízes da historicidade, “verificará que, de uma forma nem sempre clara, a historicidade do direito - de todo o direito, incluindo o direito constitucional - nos remete sempre para essências ontológicas ou para um ‘apriori fenomenológico’”⁹⁶³. Por isso, o autor sustenta que a Constituição é um fenômeno do passado, do presente e do futuro, porque:

Em primeiro lugar, qualquer Constituição é o ‘presente do passado’, pois não deixa de ser ‘memória na história’ mesmo quando propõe rupturas (revolucionárias ou não) com o passado. Em segundo lugar, é o ‘presente do presente’, pois ela dedica sempre uma indispensável *attentio* à conformação da ordem jurídica actual. Pretende ser – nalguns casos, de forma utópico-pragmática –, o ‘presente do futuro’ ao proclamar tarefas e fins para o futuro, mas, sobretudo, ao antecipar expectativas de se converter em lei para as gerações futuras.

⁹⁵⁹ NUNES, António José Avelãs. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 118. (2ª Parte, Mesa redonda - 22/02/2002 - Fazenda Cainã).

⁹⁶⁰ CARVALHO NETTO, Monelick de. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 129. (2ª Parte, Mesa redonda - 22/02/2002 - Fazenda Cainã).

⁹⁶¹ CARVALHO NETTO, Monelick de. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 130. (2ª Parte, Mesa redonda - 22/02/2002 - Fazenda Cainã).

⁹⁶² STRECK, Lenio Luiz. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 81. (2ª Parte, Mesa redonda - 22/02/2002 - Fazenda Cainã).

⁹⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2006. p. 22 e 26.

Também François Ost⁹⁶⁴ posta-se contra a subjetividade do intérprete/julgador na jurisdição constitucional, ao asseverar que, na democracia e o aumento dos poderes do juiz constitucional, a representação é em benefício “de mecanismos reguladores que a Revolução entrevira sem conseguir pô-los em prática”. Mas, o autor lembra que esse projeto democrático “não deverá levar a que a opinião tome o lugar da representação, nem a que o juiz constitucional substitua a vontade dos eleitos pela sua. Trata-se de uma afinição e de um redobrar da representação, e não de sua liquidação”. Quer dizer, no momento em que o intérprete/julgador substituir a vontade da representação popular - aceitando, contra o texto constitucional, a homoafetividade como família -, estará legislando, liquidando, portanto, a representação do Poder Legislativo.

Pode ser dito que o legislador não tem a pretensão de lavrar emenda constitucional sobre a homoafetividade, mas é justamente por essa negativa da representação popular que o intérprete/julgador não tem o direito de substituir o legislador. É por isso que Ost conclui, afirmando que “o povo tem sempre o direito de rever, reformar e alterar a Constituição. Uma geração não tem o direito de sujeitar as gerações futuras às suas leis”, significando que *é o povo, e não o Poder Judiciário*, que tem o direito de promover a emenda constitucional sobre a possibilidade da homoafetividade ser um modo de ser-em-família.

Nessa direção, Streck afirma que a interpretação é dependente da compreensão, a qual depende de uma adequada pré-compreensão, pois interpretar é aplicar, pelo que o texto só existirá ‘como texto’ (*etwas als etwas*) “a partir da atribuição de sentido que lhe dará o intérprete, inserido em uma intersubjetividade, a partir do círculo hermenêutico, que rompe com o esquema sujeito-objeto”. A antecipação de sentido, que guia a compreensão acerca de um texto, segundo o autor, “não é um ato de subjetividade, mas, sim, um ato que se determina desde a comunidade que nos une com a tradição”.

Momento seguinte, o autor esclarece que texto e norma não são a mesma coisa, motivo por que a norma (o sentido do texto) não pode superar o texto, porque ela não é superior ao texto. É por isso que, “quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isso não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária”, mas, sim, que “a ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não podem dar azo a que este possa atribuir sentidos arbitrários. Afinal, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga

⁹⁶⁴ OST, François. *O Tempo do direito*. Instituto Piaget, 1999. p. 263.

algo!⁹⁶⁵.

Não é sem razão, portanto, que Gadamer vai dizer que quem quiser compreender um texto não pode de antemão abandonar-se cegamente à causalidade de suas opiniões, de seus preconceitos, não ouvindo a opinião do texto. É aí que o autor lembra que *quem quiser compreender um texto está disposto a deixar que ele diga alguma coisa*, o que não significa a subjugação, neutralidade, auto-anulamento do intérprete ao texto, esquecendo as opiniões sobre o que se pretende compreender, e sim a suspensão dos conceitos prévios (pré-conceitos, pré-juízos), um modo de ser-hermeneuta, uma abertura para o texto, ao contexto, à opinião do outro, à tradição histórica, deixando que ele se apresente a si mesmo em sua alteridade, “de modo a possibilitar o exercício de sua verdade objetiva contra a opinião própria”⁹⁶⁶.

Uma parada obrigatória deve ser efetivada diante do texto do direito de família e à Constituição do País, porque, quanto mais próximo o intérprete estiver do existente, mais distante estará da verdade hermenêutica-ontológica⁹⁶⁷, genética e (des)afetiva. Afastando-se do texto, o intérprete deixará que ele diga alguma coisa, perguntando-lhe o que há de novo, o que mudou e qual o sentido da estrutura dessa revolucionária Carta Cidadã, colocando em jogo (no caso jurídico) os preconceitos. Não se cuida, tão-só, de manifestação exclusiva do texto, e sim buscar a *vinculação entre ele, o autor do texto e a tradição da família*, porque, onde não há vínculo, não pode haver diálogo⁹⁶⁸, abrindo espaço à linguagem, à conversação, formando o círculo hermenêutico.

O texto sempre necessita de interpretação para a sua aplicação prática, comportando, portanto, função hermenêutica, visto que é na fusão dos horizontes que o texto desaparece⁹⁶⁹, nascendo outro texto. É por isso que Gadamer afirma que o discurso do intérprete não se constitui em um texto, mas serve ao texto, fazendo com que a compreensão passe a integrar o leitor no que diz o texto⁹⁷⁰, o qual, mesmo quando estiver próximo à mão e visão do intérprete, deve ser analisado e visto como texto, ver algo como algo, o texto como texto, a família como

⁹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais. Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v.1. p. 109-110, 2005.

⁹⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. t. 2, p. 76.

⁹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 234.

⁹⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2.ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 2, p. 139.

⁹⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 2, p. 399 e 405.

⁹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?: comentário sobre o ciclo de poemas Hausto-Cristal de Paul Celan*. Tradução e apresentação: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2005. p. 11.

família, o ser humano como ser humano.

Embora Cappelletti tenha sustentado que os juízes estão constringidos a serem criadores do direito, ele adverte que isso não significa que sejam legisladores⁹⁷¹, pelo que o Poder Judiciário tem a finalidade de modificar, adaptar, compreender hermeneuticamente o texto da Constituição do País, mas pela jurisdição constitucional, e não pela judicialização da Constituição, que significa interpretação judicial subjetiva e arbitrária, divorciada do Pacto Constitucional, como é o caso da união estável homoafetiva, na medida em que o texto constitucional é *expresso* ao admitir a união estável entre homem e mulher.

Numa só palavra, como a norma não pode superar o texto, já que é preciso deixar que o texto diga alguma coisa ao intérprete, não é possível afastar a principiologia do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição do Brasil (princípio da heteroafetividade), e a tradição histórica do direito de família, inclusive no século XXI. Esses eventos históricos – tradição da família e a Constituição do País de 1988 – mantiveram atrelados o princípio heterossexual na família, isso porque atrás de cada regra há um princípio, que, com relação à união estável, não prevê a homoafetividade.

Tendo em vista que o Estado Constitucional impõe obediência à *jurisdição constitucional*, e não à *judicialização ou politicização da Constituição*, não é possível compreender que no texto constitucional esteja acolhida a união estável homoafetiva, em vista de norma que admite a união estável somente heteroafetiva (artigo 226, parágrafo 3º), de que esse modo de ser-em-família se constitui *entre o homem e a mulher*. Entretanto, se no texto constitucional houvesse uma emenda, suprimindo a expressão *entre o homem e a mulher*, seria perfeitamente constitucional a compreensão da união estável homoafetiva, com base na principiologia constitucional da dignidade humana, da cidadania, da afetividade, da pluralidade, da proibição de discriminação em razão de sexo e da condição humana tridimensional.

Numa linguagem mais direta, onde o constituinte originário restringiu o texto não é possível colmatar a compreensão com a subjetividade do intérprete, mesmo quando o texto pareça contrariar a principiologia constitucional de igualdade, de afetividade, de proibição de discriminação, já que foi a Constituinte quem não admitiu que a homoafetividade pudesse ser elevada ao patamar de família, de casamento, de união estável. É certo que a hermenêutica filosófica defende intransigentemente a realidade da vida, mas, em um Estado Democrático de Direito, não prepondera a vontade subjetiva do intérprete, do julgador, e sim a vontade

⁹⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p.73-74.

intersubjetiva da representação popular, pelo que é preciso deixar que o texto diga alguma coisa, o qual permite a união estável exclusivamente entre homem e mulher.

Como não há texto sem norma e como a norma é o resultado de interpretação do texto, porque se o intérprete quiser saber algo sobre o texto deve deixar que ele diga alguma coisa, não é possível acolher a união estável homoafetiva, na medida em que *não há texto (infra)constitucional sobre a homoafetividade*, mas, pelo contrário, *há texto constitucional expresse* (artigo 226, parágrafo 3º), *admitindo a união estável heteroafetiva*, pelo que não pode haver norma acerca da homoafetividade. Decorre daí a pertinência da advertência de Paulo Bonavides, no sentido de que “a interpretação quando excede os limites razoáveis em que há de conter, quando cria ou ‘inventa’ ‘contra legem’ (contra Constituição), porque aparentemente ainda aí na sombra da lei, é perniciososa à garantia como à certeza das instituições”⁹⁷²

Por fim, quero dizer que seria mais simpático concordar com a cultura jurídica do País, que vem se firmando no sentido de admitir a homoafetividade, mas como em um Estado Democrático de Direito deve ser cumprida a representação popular, por exigência do princípio da separação de poderes, não posso concordar com o afastamento do princípio heteroafetivo na família, por opção do Constituinte e por força da tradição histórica, que admitem a constituição da família exclusivamente entre homem e mulher.

Isso decorre da compreensão da autoridade da Constituição, “sua exigência por obediência e sua força normativa que atua sobre as vidas de sucessivas gerações, perderia legitimidade ‘se ela fosse apenas um espelho para refletir as idéias e ideais dos seus leitores’”. A Constituição não pode ser aquilo que o intérprete/julgador quer que ela seja⁹⁷³, não se podendo “fundamentar metafisicamente um discurso objetificador sobre a dignidade humana, mas apenas indicar elementos de sentido”, e nem fazer tudo no Direito com base na bandeira da dignidade humana⁹⁷⁴.

⁹⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo*. Disponível em: <www.ihj.org.br>. Acesso em: 7 maio 2007, às 22h05min.

⁹⁷³ STRECK, Lenio Luiz. Interpretando a constituição: sísifo e a tarefa do hermeneuta. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 5, p. 131-132, 2007.

⁹⁷⁴ OHLWEILER, Leonel. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 171, 2007.

5.2.3 Movimentos Sociais em Favor da Homoafetividade

Concordo com Maria Berenice Dias⁹⁷⁵, ao denunciar que o Poder Judiciário foi transformado em palco de uma verdadeira encenação, porquanto se limita a chancelar a vontade das partes, isso porque, para casar, basta a manifestação da vontade, o que pode ser promovido até por procuração, pelo que, para descasar, não devem ser exigidas maiores formalidades do que para casar, havendo necessidade, assim, de

questionar a legitimidade do Estado em se opor à vontade de pessoas maiores, capazes e no pleno exercício de seus direitos. Não se pode olvidar que o cânone maior da ordem constitucional é o respeito à dignidade da pessoa humana, que se cristaliza no princípio da liberdade. Dizer que o bem maior é preservar os sagrados laços do matrimônio é proceder a uma inversão valorativa não chancelada pelos direitos humanos, que dão prevalência ao indivíduo, até porque o casamento não mais existe. Se livremente casaram, inquestionável que deveriam dispor da mesma liberdade para pôr fim ao casamento.

Esse pensamento tem adesão de Sérgio Gisckow Pereira, para quem, “sem a convivência, rompido de fato o vínculo, inexistente casamento gerando direitos e obrigações”⁹⁷⁶, na medida em que não é o procedimento de habilitação, a separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável, e sim o início e o fim do mundo afetivo que (des)constitui a família, pelo que não é razoável manter o liame jurídico entre duas pessoas que não dialogam pela linguagem afetiva, mas, mesmo assim, são mantidos acorrentados a um mundo que não mais existe.

Assim, o *afastamento* da união estável homoafetiva causa a objetificação humana, por denegar o direito à tridimensionalidade humana, principalmente do mundo afetivo, mas, como em um Estado Constitucional prepondera a democracia representativa, é preciso seguir a trilha da jurisdição constitucional e, ao mesmo tempo, promover protestos sociais para humanizar e constitucionalizar o direito de família.

Embora seja a tridimensionalidade que humaniza o direito de família, o intérprete nem sempre encontra todas as respostas que ele gostaria na Constituição do País, cujo texto, em um Estado Constitucional, não pode ser conspurcado, não havendo uma Constituição do

⁹⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. O fim do fim sem fim. In: WELTER; Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 245.

⁹⁷⁶ PEREIRA, Sérgio Gisckow. A separação de fato dos cônjuges e sua influência nos bens adquiridos posteriormente. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 56. p. 259-267.

Legislativo, em nome do povo (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição do Brasil), e outra do Judiciário, porque há limites no processo interpretativo, sob pena de a hermenêutica se tornar relativista.

Isso significa que não é possível acolher a união estável homoafetiva, uma vez que o texto constitucional restringe esse jeito de ser-em-família apenas entre homem e mulher. Como a realidade é mais humana do que a normatização, entendo que, embora a homoafetividade não possa ser aceita como união estável, ela, sem dúvida alguma, é uma forma de ser-em-família, porquanto, pela hermenêutica filosófica, existem várias condições de ser-em-família, como conjugal, convivencial, monoparental, unipessoal, socioafetiva, anaparental, reconstituída, homoafetiva etc.

Quer dizer, as circunstância de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico merecem a proteção estatal, visto que a hermenêutica filosófica tem como principal objetivo a procura da realidade da trajetória de vida, da realidade da história. Ninguém pode negar que a realidade do mundo da vida, da história do século XXI, é de que a homoafetividade está presente em milhares de vidas e de lares, em que gays e lésbicas desvelam seus sonhos em família, inclusive com filhos, mediante a adoção e a inseminação artificial.

Não há dúvida de que a homoafetividade é uma classe social da minoria, mas o Estado Constitucional, na visão de Ferrajoli, tem a missão de proteger as minorias, visto que

una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un *demos*, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto⁹⁷⁷

Com a hermenêutica filosófica, o Direito será compreendido dentro de um Estado Constitucional, mas deixando de ser um teorema, um axioma, uma verdade absoluta, sagrada e justa, um método de interpretação, como ocorre na dogmática jurídica, para transformar-se em uma discussão, uma espiral de diálogo, uma escuta à fala, um vaivém da palavra, uma abertura para ouvir a voz do que não tem voz⁹⁷⁸, a voz das minorias, dos excluídos dos laços

⁹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel Carbonell (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Paris: Trotta, 2005. p. 14, 16-21, 24 e 28.

⁹⁷⁸ TIBURI, Márcia. Nota sobre hermenêutica: a linguagem entre o sujeito e o objeto. *Veritas. Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS*, Porto Alegre, v. 45, n. 2, p. 278, jun. 2000.

sociais e dos modos de ser-no-mundo tridimensional, porquanto, como enfatiza Gadamer, “a possibilidade de o outro ter direito é a alma da hermenêutica”⁹⁷⁹.

Quer dizer, não é preciso que os humanos homoafetivos se dispam de todas as suas individualidades para serem aceitos (re)publicamente como iguais, na medida em que a igualdade constitucional precisa ser material, substancial, hermenêutica, democrática, que reclama, necessariamente, a aceitação, ao mesmo tempo, da igualdade e da diversidade tridimensional, motivo por que concordo que, “quem não é igual, não deve ter medo nem vergonha de assumir a sua condição de vida”, à medida que é manifestamente preconceituoso o afastamento do laço social “de quem encontrou na homoafetividade o seu jeito de ser”⁹⁸⁰.

Na verdade, a homoafetividade está relacionada, desde a Legislação Mosaica, como união familiar abominável⁹⁸¹, não podendo um homem se deitar com outro homem, como se fosse sua mulher, sob a pena de morte. É dizer, a condenação e a marginalização dos homossexuais têm origem religiosa, um modo-no-mundo-afetivo que ainda não foi laicizado, embora o País, há mais de um século, e o mundo ocidental, há mais de 500 anos, tenham-se afastado do direito canônico (secularização - separação entre Estado e Igreja). Isso significa que desde os tempos primitivos da humanidade já existia o relacionamento homoafetivo e o preconceito religioso, tradição familiar que se mantém até os nossos dias.

Proibida expressa e constitucionalmente a união estável homoafetiva, embora seja um modo de ser-em-família, é preciso incentivar os protestos sociais, para que haja, nesse sentido, a promulgação de emenda constitucional, outorgando ao ser humano o direito à convivência e ao compartilhamento em família, na medida em que faz parte da condição humana habitar os modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. A exigência de casar ou de conviver tão-só entre homem e mulher e a necessidade de separação e divórcio é decorrência do Direito Canônico e da normatização do mundo genético, o mundo dos seres vivos em geral, o que depõe contra o sentido de República, de Estado Democrático, Social e Laico de Direito e da tridimensionalidade do ser humano.

Sustentar que o mundo afetivo é habitado somente por seres humanos de sexos diferentes é causar ruptura aos princípios constitucionais da proibição da discriminação entre

⁹⁷⁹ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 189-190.

⁹⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. *Convivendo com a diversidade*. Disponível em: <www.intranet.mp.rs.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2006.

⁹⁸¹ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. *Levítico*: Uniões abomináveis: 18:22 “Com homem não te deitarás, como se fosse abominação”; e 20:13 “Se também um homem se deitar com outro homem, como se fosse sua mulher, ambos praticaram coisa abominável; serão mortos; o seu sangue cairá sobre eles”.

os sexos, da cidadania, da afetividade, da liberdade, da tolerância, da dignidade humana. Na negação da homoafetividade, reside, talvez, a maior tirania do legislador constituinte e derivado, porque destruiu os mundos afetivo e ontológico de milhões de brasileiros, fazendo com que essa intransigência se reflita no comportamento individual, familiar e social, visto que “quem não respeita o próximo na relação familiar, atuará da mesma forma na relação social em geral”⁹⁸².

Por isso, a importância de ser infundida a responsabilidade legislativa social, para compreender que a *democracia pressupõe tolerância*, não havendo regime democrático quando é exigido que todos os interesses e valores sejam aceitos como absolutos, eternos, iguais, formais e enquanto o ser humano não for capaz de conviver com a *diversidade*, com os valores do Outro. Tendo em vista que a jurisdição constitucional não se destina a substituir o legislador, cresce a importância do voto consciente e, principalmente, do protesto social, porquanto, na visão de Teubner, esses movimentos são “os candidatos natos a serem um potencial democrático na esfera mundial”⁹⁸³, que constituem “um visível Terceiro Setor da sociedade, de ação pública, sem fins lucrativos, de ponderável peso político”⁹⁸⁴.

Nessa questão, Gómez alerta que associações civis, movimentos sociais e fundações poderão contribuir na ampliação do debate democrático e na incorporação de uma dimensão participativa de cidadania nas instâncias e assuntos de governo⁹⁸⁵, visto que “o protesto social encontra na democracia um clima tolerante e compreensivo que facilita sua propagação”⁹⁸⁶.

A humanidade vive um momento social em que se impõe, já há algum tempo, os protestos sociais mundiais, à medida que “há limites objetivos da capacidade de tolerância das massas à degradação das suas condições de vida”⁹⁸⁷. O mundo universalizado é de alta complexidade cultural, tecnológica, democrática, em que o ser humano reclama, cada vez mais, a sua participação nas decisões políticas, tendo em vista que elas afetam a sua vida. Por tudo isso, surpreende que os movimentos sociais ainda não tenham se alastrado por todo o universo, uma vez que a sociedade necessita de práticas movimentistas, simultaneamente

⁹⁸² PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 51 a 53.

⁹⁸³ TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução: Brunela Vieira de Vincenzi et al. São Paulo: Ed. UNNimpe, 2005. p. 119-120.

⁹⁸⁴ WILHEIM, Jorge. Por que reformar as instituições? In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999. p. 20.

⁹⁸⁵ GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 103.

⁹⁸⁶ BORÓN, Atilio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo. As Políticas sociais e o Estado democrático*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 111.

⁹⁸⁷ PAULO NETTO, José. Repensando o balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo. As Políticas sociais e o Estado democrático*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 32-33.

locais e globais⁹⁸⁸, pois quanto mais passividade tanto pior para o povo⁹⁸⁹, pois “o protesto social encontra na democracia um clima tolerante e compreensivo que facilita a sua propagação”⁹⁹⁰.

5.3 Afastamento do Procedimento de Habilitação e de Celebração do Casamento

O procedimento de habilitação e de celebração do casamento é efetivado em três fases: a habilitação (artigos 1.525 a 1.532), a celebração (artigos 1.533 a 1.542) e o registro (artigos 1.543 a 1.547 do Código Civil). Antes do registro e da celebração, deve ter havido a prévia habilitação, para demonstrar a capacidade matrimonial e ausência de impedimentos e de causas suspensivas. A habilitação também é composta de três estágios: apresentação dos documentos; publicação dos editais (proclamas) e registro da habilitação, com a conseqüente extração da certidão.

O requerimento deverá ser assinado pelos nubentes ou por seu(s) procurador(es), com poderes especiais, e os respectivos documentos deverão ser entregues no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais do local do domicílio ou da residência dos nubentes ou, se diversos, em qualquer um deles, caso em que os editais de proclamas devem correr nos dois locais. Com a juntada ao procedimento de habilitação dos documentos citados no artigo 1.525, incisos I a V, do Código Civil, os autos serão remetidos ao Ministério Público, que não precisará designar audiência, bastando o exame dos documentos. Em caso de concordância, os autos serão encaminhados ao Juiz de Direito para homologar, ou não, a habilitação. Em caso de discordância, do Ministério Público ou do Magistrado, a manifestação será devidamente fundamentada e justificada, como garantia do Estado Democrático, Social e Laico de Direito.

Acolhido o pedido de habilitação, os autos volverão ao Oficial do Registro Civil para extração e publicação do edital de proclama (edital do casamento), no espaço reservado a publicações (átrio) do Cartório e na imprensa local de ambos os domicílios dos nubentes, durante o prazo de 15 dias, contados não da publicação na imprensa, e sim da afixação do edital em Cartório. Transcorrido esse prazo, e não tendo havido impugnação, de ofício ou por

⁹⁸⁸ THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo. As Políticas sociais e o Estado democrático*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 50

⁹⁸⁹ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 104.

⁹⁹⁰ BORÓN, Atilio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo. As Políticas sociais e o Estado democrático*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 111.

interessado, o Oficial declarará os nubentes habilitados a se casar, expedindo a competente certidão, que terá validade de noventa dias, contados da data da extração. Caso o casamento civil ou religioso (a certidão habilita os nubentes para esses dois casamentos) não for realizado nesse período, os nubentes deverão submeter-se a nova habilitação.

Duas testemunhas confirmarão a ausência de impedimentos, devendo ser maiores de idade e capazes, não necessariamente 18 anos, caso estejam sob o abrigo do parágrafo único do artigo 5º do Código Civil, podendo ser parente (até o infinito, na linha reta, e até o 4º grau, na linha colateral) ou não de um ou dos nubentes. A lei determina que a declaração, perante o Oficial de Registro Civil, por instrumento público ou particular (com firma reconhecida por autenticidade), deve destinar-se para provar a inexistência de impedimento. A lei silenciou quanto à espécie de impedimento, mas como eles são públicos e privados, o documento serve para indicar as causas de nulidade (artigo 1.521) ou as causas suspensivas do casamento ou da união estável (artigo 1.523 do Código Civil).

Com o certificado de habilitação, os nubentes escolherão o dia, horário e local para celebrar o casamento pelo Juiz de Paz, cuja competência é do lugar em que se processou a habilitação⁹⁹¹, não podendo ser substituída por outra pessoa, mesmo que de grau hierárquico mais elevado, salvo em caso de substituição, sob pena de anulação (e não de nulidade), conforme inteligência do artigo 1.550, VI, do Código Civil.

Os artigos 1.533 e 1.534 do Código Civil determinam que a data do casamento será agendada pela autoridade celebrante, durante o dia, nas dependências do Cartório de Registro Civil, cuja cerimônia poderá realizar-se à noite⁹⁹², já que a união estável e os demais modos de ser-em-família realizam-se a qualquer hora do dia ou da noite e em qualquer lugar, mesmo sem testemunhas.

De regra, o casamento deve ser realizado em dias úteis, nada impedindo que seja aos domingos e feriados, podendo ocorrer em edifício particular (casa, apartamento, clube, loja comercial, salões de festas, templos religiosos). O artigo 1.534, parágrafo 1º, do Código Civil, não informa se a realização do casamento em local particular é um direito ou um dever do celebrante. No silêncio da lei, e em não havendo a expressa proibição, em havendo pedido dos nubentes, o celebrante poderá se deslocar até o local particular, desde que fora do horário de expediente e pagas as custas decorrentes da locomoção.

Na celebração do casamento, as portas serão mantidas abertas, para que haja ampla

⁹⁹¹ DINIZ, Maria Helena. Direito de família. In: _____. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, p. 98.

⁹⁹² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de família. In: *Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 6, p. 84-5.

publicidade, podendo-se impedir a entrada de pessoas inconvenientes ao bom desempenho do serviço cartorário e das festividades. Presenciarão o ato solene pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos nubentes, já que, se em juízo os parentes são legitimados a testemunhar fatos ocorridos em família, podem ser testemunhas de casamento. Se algum dos nubentes não souber ou não puder escrever, mesmo sabendo ler, serão quatro as testemunhas, as quais não precisarão saber ler e nem escrever, mas deixarão no documento as impressões digitais (artigo 1.534, parágrafo 2º, do Código Civil).

Caso o nubente não possa manifestar-se verbalmente, poderá fazê-lo mediante outro meio, por escrito ou por sinais, pois a ausência de manifestação inequívoca, clara e espontânea, implicará a suspensão imediata da celebração do casamento. Na forma do artigo 1.535 do Digesto Civil, o celebrante, presidente do ato, indagará aos nubentes acerca da pretensão de se casar de livre e espontânea vontade. Há necessidade de manifestação expressa por gesto, palavra ou qualquer outro meio de comunicação humana, a indicar o sim (concordo), porquanto o silêncio ou a recusa significa não casar, com o que, nesse dia, não mais se realizará o casamento. Com a resposta afirmativa, em língua nacional, ou estrangeira, quando presente intérprete, sem qualquer condição ou termo, o celebrante declarará contraído o casamento, nestes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”.

A Igreja Católica passou a ditar as regras da família medieval que, constituída com a celebração de uma cerimônia religiosa, se caracterizava pelo modelo patriarcal, monogâmico e indissolúvel, exigindo fidelidade e castidade do casal e a obediência dos filhos. O controle do casamento era forma utilizada pela Igreja para refrear os instintos sexuais dos seres humanos, bem como evitar relações incestuosas, como refere Georges Duby⁹⁹³, nos termos:

Cuidar para que ninguém ‘ousasse macular-se ou macular a outrem por meio de núpcias incestuosas’ implicava em que todas as ‘nuptiae’ (núpcias), ‘as dos não-nobres assim como as dos nobres’, fossem públicas; que elas não fossem nem ‘inexordinatae’ e nem ‘inexaminatae’ e, conseqüentemente, que um inquérito sobre o grau de parentesco dos esposos as precedesse. Publicidade, inquérito – junto aos ‘parentes’, aos ‘vizinhos’, aos ‘veteres populi’ (pessoas mais velhas) – mas, em primeiro lugar, junto ao padre, junto ao bispo, chamados assim, daí por diante, legalmente, a participar das cerimônias nupciais. Não apenas para benzer, para exorcizar, não apenas para moralizar, mas para controlar e para autorizar. Para julgar. Portanto, para dirigir.

⁹⁹³ DUBY, Georges. *Idade Média, idade dos homens: do amor e outros ensaios*. Tradução: Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 20.

Cristianizado o matrimônio, tanto o homem quanto a mulher foram reprimidos sexualmente, não podendo o homem excitar sua mulher e nem esta sentir prazer, devendo ser fria no débito (dívida) conjugal. O repúdio masculino foi abolido e o divórcio, que era permitido pelos romanos⁹⁹⁴, foi condenado por Leão XII em nome da unidade e da indissolubilidade do matrimônio, concebendo apenas a separação de corpos em casos excepcionais.

Conforme visto, a listagem dos requisitos à habilitação e celebração do casamento é uma longa estrada procedimental, resquício do Império e do monopólio da Igreja Católica, pois, mesmo com a Proclamação da República, há mais de um século, as leis matrimoniais guardam resquícios da Era eclesiástica. Com a secularização do direito de família, tornou-se oficial unicamente o casamento civil, pelo que não deve ser acolhido o casamento religioso com efeitos civis, por ofensa aos princípios da secularização e da igualdade entre todas as religiões do País, já que não mais existe uma religião oficial no Brasil.

Como o casamento civil não deve copiar as formalidades religiosas⁹⁹⁵, já que o princípio da separação entre Estado e Igreja data desde a edição do Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890, tornam-se desnecessários os formalismos de habilitação e de celebração do casamento, e, principalmente, porque não é a lei ou a decisão judicial, e sim o (des)afeto, (des)amor, que une ou desune os cônjuges, os conviventes, a família.

Isso quer dizer que, com a exigência de um procedimento de habilitação e de celebração do casamento, o Estado Democrático de Direito adotou os mesmos formalismos da Igreja Católica, transformando o Juiz de Paz em simulacro de Padre da Igreja Católica. É dizer, o Direito da Igreja continua a ditar as regras do Estado de Direito, embora, há mais de

⁹⁹⁴ Diz, Fustel de Coulanges, que, “tendo sido o casamento contratado apenas para perpetuar a família, parece justo que pudesse anular-se no caso de esterilidade da mulher. O divórcio, para este caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo possível tenha sido até obrigação” (DUBY, Georges. *Idade Média, idade dos homens: do amor e outros ensaios*. Tradução: Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 47).

⁹⁹⁵ BARBOSA, Florentino. *A família, sua origem e evolução*. Petrópolis: Vozes, 1948. p. 162, 175-177. Sobre a influência do casamento religioso sobre o civil, o autor diz o seguinte: “O matrimônio começou a existir como contrato natural, sendo ao mesmo tempo uma instituição religiosa. Mais tarde, com a formação dos Estados, a organização da família não perdeu o seu caráter religioso, mesmo entre os povos bárbaros e pagãos. Os governos tinham a sua religião de Estado, e respeitavam os ritos sagrados na celebração dos casamentos. A constituição do Brasil mantém integralmente os dispositivos legais da velha Constituição de 1891 relativamente ao processo de habilitação dos nubentes para o casamento civil [...]. O referido processo segue os mesmos trâmites legais que ficaram expostos no capítulo anterior referente ao casamento religioso com efeitos civis [...]. Dos dezessete impedimentos que a vigente Constituição conservou tais quais se acham no artigo 183 do Código Civil (de 1916), poucos são os que não coincidem com os impedimentos canônicos [...]. Estas formalidades (para a celebração do casamento) são as mesmas de que já tratei no capítulo anterior relativo ao casamento religioso para efeitos civis” (destaquei). Sobre a obrigatoriedade de testemunhas no casamento, o Padre GRINS, Tadeu. Problemas matrimoniais. *Veritas. Revista da PUCRS*, Porto Alegre, t. 19, n. 17, p. 94, jun. 1974. diz o seguinte: “A presença obrigatória de testemunhas no casamento significa tratar-se de um ato público e social. O casamento não é negócio privado, que interessa apenas aos dois cônjuges”.

seis séculos (600 anos), tenha iniciado no mundo Ocidental o processo de secularização (separação entre o Estado e a Igreja) e há mais de cem anos tenham sido afastadas as normas canônicas da família no Brasil.

É preciso denunciar que o casamento, a união estável, enfim, todas as formas de ser-em-família não se alojam no mundo canônico ou biológico, o mundo da natureza, dos instintos sexuais, da preservação do patrimônio e da indissolubilidade do matrimônio, e sim nos mundos genético (dos seres vivos em geral), (des)afetivo (no mundo do relacionamento entre as pessoas, essencialmente da família), e no mundo ontológico (em que ocorre o relacionamento do ser humano consigo mesmo). Não é mais o formalismo eclesiástico ou estatal que institui o casamento, a união estável, a família, e sim o afeto, o amor, a solidariedade, o respeito e consideração mútuos, o modo, o jeito de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo ontológico dos membros do picadeiro familiar.

Pelo fato de a sociedade viver em uma Era secular, não é o legislador, e sim o ser humano quem determina o início e o fim do mundo conjugal, convivencial, afetivo, motivo pelo qual, para casar, conviver ou ser-em-família basta comparecer no Cartório de Registro Civil, sem qualquer prévio procedimento de habilitação. Para descasar e desconviver pode ser utilizado o mesmo jeito de ser, dirigindo-se ao mesmo local, ou Cartório de Registro Civil mais próximo do local de residência do interessado, informando que pretende averbar o fim do mundo afetivo, cientificando-se o outro cônjuge ou convivente, mas sem qualquer processo de separação ou de divórcio.

O afastamento do procedimento de habilitação e de celebração do casamento, da discussão da culpa, do dano moral e de todos os demais efeitos jurídicos descritos neste quarto capítulo não precisa de emenda constitucional, como ocorre com o reconhecimento da união estável homoafetiva. Isso porque na Constituição do País não está previsto, expressamente, o processo para (des)casar, a discussão da culpa e os demais efeitos jurídicos deste capítulo (exceto a união estável entre homem e mulher), que podem ser afastados pela jurisdição constitucional, com base nos princípios da cidadania, da secularização, da afetividade, da condição humana tridimensional e da dignidade da pessoa humana.

5.4 A Culpa no Direito de Família Tridimensional

A discussão sobre a culpabilidade em família viola os modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, isso porque a família não se aloja unicamente no mundo genético, o mundo das necessidades biológicas, o mundo dos instintos. Os membros da família também habitam o mundo (des)afetivo, no qual se constitui e desconstitui a família, a parentalidade, a conjugalidade, convivencialidade, não sendo, portanto, a lei e nem a decisão judicial que irá unir ou desunir a família, e sim o afeto ou o desafeto, em que se apresenta a realidade do início e do fim do mundo (des)afetivo.

Para evitar que o ser humano seja objetificado, monetarizado, deve-se abolir qualquer discussão de culpa no direito de família, porque o texto não é conduzido por um processo, visto que é impossível “o legislativo (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação. Assim, na medida em que o Direito é uma ciência prática, o centro da discussão inexoravelmente sofre um deslocamento em direção ao mundo prático”⁹⁹⁶.

A complexidade do conceito de culpa⁹⁹⁷, essa linguagem que atormenta os seres humanos desde a mais tenra idade, estende-se até a sua morte, permitindo identificá-la como um estigma, um sinal, uma marca, uma cicatriz, aquilo que assinala⁹⁹⁸. As origens da inserção da culpa decorrem do patriarcalismo da família antiga, em que o pai é reconhecido, ao mesmo tempo, como aquele que interdita, que limita, que é a lei e, por isso mesmo, é sagrado.

As culpas acompanham o ser humano desde a infância, expressadas de forma inconsciente⁹⁹⁹. Para o fundador da Psicanálise, Sigmund Freud¹⁰⁰⁰, a linguagem da culpa acomete todos os seres humanos desde a mais tenra idade, decorrendo do crime primordial (parricídio¹⁰⁰¹), que, por sua vez, origina a lei universal (lei do incesto). Essa teoria freudiana foi chamada por Melanie Klein de “Édipo precoce”, a partir da psicanálise em

⁹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 1.

⁹⁹⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 233. “Derivado do latim culpa (falta, erro cometido por inadvertência ou por imprudência), é compreendido como a falta cometida contra o dever, por ação ou por omissão [...]”.

⁹⁹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994. p. 721.

⁹⁹⁹ FERREIRA, Verônica A. da Motta Cezar. A culpa nas separações conjugais, vista sob uma ótica psico-jurídica. In: CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE PSICOLOGIA JURÍDICA, 3., 2000, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 2000.

¹⁰⁰⁰ KAUFMANN, Pierre. *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan*. Tradução: Vera Ribeiro et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 104-110.

¹⁰⁰¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 589. “Do latim parricidium, de parens (pai e mãe) e caedere (matar) originariamente quer significar homicídio praticado pelo filho na pessoa de seu pai ou de sua mãe. É o crime de matar pai ou de matar mãe”.

crianças¹⁰⁰², cuja linguagem de culpa assombra o inconsciente dos seres humanos desde a infância, quando a criança passa a sentir emoções conflitantes com relação aos seus pais, que, num momento, os ama, mas, em outro, os odeia¹⁰⁰³.

Para a Psicanálise, é lembrado¹⁰⁰⁴ que na teoria edipiana está a origem da culpa, presente nas relações familiares, tendo em vista que o parricídio e o incesto são frustrados pela lei da castração e, a partir de então, a criança se vê acometida por sentimentos contraditórios de amor e ódio, em relação a seus pais, que a fazem se sentir culpada.

Desde a origem da família, as religiões - religião doméstica (antepassados), religião Monoteísta (Pai) e religião Católica (Filho) - contribuíram para a solidificação da culpa nas relações familiares ocidentais, ao impor a família todas as suas regras morais, ditando o que era proibido - e quase tudo era proibido, especialmente para as mulheres e os filhos -, quais os tipos de libações (oferendas) que deveriam ser ofertadas aos antepassados, aos deuses, ao Pai e ao Filho, prescrevendo sanções terrenas e divinas para o caso do não cumprimento dos preceitos religiosos do tipo “não separe o homem o que Deus uniu”¹⁰⁰⁵, cujo exemplo é o ato de contrição, ao proclamar que o culpado merece ser castigado neste mundo e no Outro (divino).

A religião judaico-cristã é a responsável pela introdução no universo familiar do estigma da culpa, que teria sido desencadeado pelo chamado pecado original¹⁰⁰⁶. Relata o texto bíblico que o pecado original¹⁰⁰⁷ ocorreu devido à desobediência às leis de Deus pela

¹⁰⁰² KAUFMANN, Pierre. *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan*. Tradução: Vera Ribeiro et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 140. “[...] complexo de Édipo operava ao longo de toda a primeira infância, antes de culinar e se resolver, por ocasião do estágio genital, entre três e cinco anos: daí sua noção de ‘Édipo precoce’, ou de ‘estádios precoces do complexo de Édipo’”.

¹⁰⁰³ KLEIN, Melanie. *Amor, culpa e reparação e outros trabalhos*. Tradução: André Cardoso. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 350-351. Quanto ao sentimento de culpa, afirma a autora que: “[...] Esse sentimento surge do medo inconsciente de ser incapaz de amar os outros de verdade ou de forma suficiente e, principalmente, de não conseguir dominar seus próprios impulsos agressivos: essas pessoas têm medo de ser um perigo para aquele que amam”. Quanto ao sentimento contraditório, que acarreta num sentimento de culpa, sentido pela criança com relação aos pais, relata a escoliasta: “Um desenvolvimento correspondente ocorre no menino, que logo sente desejos genitais em relação à mãe e sentimentos de ódio contra o pai, encarado como rival. Entretanto, nele também surgem desejos genitais voltados para o pai, que são a raiz do homossexualismo nos homens. Essas situações geram muitos conflitos: a menina, apesar de odiar a mãe, também a ama; o menino ama o pai e gostaria de poupá-lo do perigo criado pelos seus impulsos agressivos. Além disso, o principal objeto de todos os desejos sexuais - no caso da menina, o pai, no do menino, a mãe - também provoca ódio e a vontade de vingança, pois esses desejos são frustrados”.

¹⁰⁰⁴ WELTER, Sandra Regina Moraes. *A secularização da culpa no direito de família*. 2005. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) -- Faculdade de Direito. Universidade do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo.

¹⁰⁰⁵ CAHALI, Yusef Said. *Divórcio e separação*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. t. 1, p. 27.

¹⁰⁰⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A Separação judicial e o divórcio no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 148, jan./mar. 2002. lembrando Gustavo Tepedino.

¹⁰⁰⁷ OSÓRIO, Luiz Carlos. *Família hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. p. 48-49. “A noção de ‘pecado’, vinculada ao desejo e à atividade sexual, permeia toda a história da cristandade, desde o mito de Adão e Eva até o dogma da imaculada concepção de Maria. Na fé católica, a virgindade, a castidade, a renúncia aos prazeres da carne e o celibato são associados à idéia de santidade e de salvação religiosa, sendo a quebra dos preceitos, com relação à interdição do sexo fora das finalidades de procriação da espécie, considerada uma violação dos mandamentos da Igreja”.

mulher e pelo homem, que, induzidos pela serpente, comeram o fruto proibido (a maçã). Daí houve a queda do homem diante dos olhos de Deus que, se referindo à mulher, disse: “multiplicarei sobremodo os sofrimentos da tua gravidez; em meio de dores darás à luz filhos: *o teu desejo será para o teu marido, e ele te governará*”; e, voltando-se para Adão, afirmou: “*visto que atendeste à voz de tua mulher, e comeste da árvore que eu te ordenara não comesses: maldita é a terra por tua causa: em fadigas obterás dela o sustento durante os dias de tua vida*”¹⁰⁰⁸ (destaquei, porque, desde a origem do ser humano, há o preconceito impuro de que a mulher é dependente do homem).

A culpa conjugal/convivencial *judicial*, por sua vez, é a imputação e a atribuição de fato pelo descumprimento de um dever do casamento ou da união estável, por um ou ambos os cônjuges/conviventes¹⁰⁰⁹, mas há diferença entre culpa psicológica e judicial, uma vez que, na culpa psicológica, a pessoa se sente culpada por uma ação ou omissão na perquirição da culpa conjugal, pelas mais diversas razões, sejam legais ou sentimentais, por vingança, imputa-se ao outro cônjuge/companheiro um determinado ato comissivo ou omissivo, procurando atribuir-lhe toda a culpa pela dissolução do afeto, na tentativa de se livrar de seu próprio sentimento de culpa.

Por isso, é inaceitável que o direito de família albergue dispositivo legal que tenha conteúdo do direito das coisas, do direito obrigacional, do direito penal, pois o modo de ser-em-família se baseia na linguagem do amor, afeto, confiança, amizade, solidariedade, carinho, igualdade, desejo de felicidade, liberdade de opção, modo de ser-em-família e admissão da diversidade humana tridimensional. Isso demonstra que o Direito estatal ainda não está imune aos dogmas religiosos, não tendo sido completamente laicizado, urbanizado e nem humanizado.

O legislador reluta em aceitar que a presença e a ausência de afeto é a única causa de constituição e dissolução da comunhão plena de vida genética, afetiva e ontológica, embora sabendo que o processo objetifica o ser humano. É suficiente, portanto, o comparecimento ao Cartório de Registro Civil para manifestar a intenção de casar ou conviver, assim como para dissolver a vida conjugal ou convivencial, não importando se consensual ou litigiosa. O casamento, a união estável, a família, situam-se dentro do mundo afetivo, pelo que o fim do

¹⁰⁰⁸ BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. Gênesis, 3:16-17.

¹⁰⁰⁹ FERREIRA, Verônica da Motta Cezar. A culpa nas separações conjugais, vista sob uma ótica psico-jurídica. In: CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE PSICOLOGIA JURÍDICA, 3., 2000, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 2000. “A separação, salvo casos especialíssimos, não suporta ‘culpado’ solitário, porque decorre da recursividade da relação, da dinâmica construída pelo par”.

afeto é o fim do mundo afetivo, não sendo razoável manter o liame jurídico entre duas pessoas que não mantêm o diálogo pela linguagem afetiva, acorrentando-os a um mundo que não mais existe.

É por isso que o humano, para manter-se humano, precisa libertar-se desse i-mundo conjugal ou convivencial, cuja manutenção jurídica, de forma coercitiva, de duas pessoas que não ocupam o mesmo espaço no mundo afetivo, faz com que ocorra o confinamento do mundo ontológico, confiscando-lhe, portanto, parte da condição humana tridimensional.

Continua vigendo no Brasil, em pleno século XXI, o velho e surrado discurso da posse e da propriedade que os cônjuges ou conviventes exercem um sobre o outro, quando é impedido o exercício da liberdade de casar, de descasar, na exigência da discussão da culpa, de dano moral, de um processo para o filho afetivo relacionar-se em família. A realidade social demonstra, diariamente, que os homens, devido a esse pré-conceito de posse e de propriedade, causam violência doméstica e familiar, inclusive de morte, quando suas ex-mulheres não se curvam aos seus preconceitos.

Propaga-se¹⁰¹⁰ a idéia equivocada de que a dissolução do casamento, da união estável, da família, acarreta diversos problemas psicológicos, pois representariam:

- a) um não ter razões;
- b) um não te quero;
- c) uma arbitrariedade;
- d) a redução do cônjuge ou convivente a objeto;
- e) o repúdio ao outro cônjuge ou convivente, idêntico ao existente no direito romano, havendo, pois, “uma ofensa ao pacto, e de rejeição, como ofensa à pessoa, um retrocesso a estágios arcaicos da cultura e da civilização”, na medida em que, segundo Sant Exupéry, “cada qual é responsável por quem cativa”.

Contudo, esses pensamentos não se coadunam com a tridimensionalidade humana, pelo seguinte:

- a) ao casar ou conviver, nenhum dos cônjuges ou conviventes declina suas razões, que estão implícitas no modo de edificar uma comunhão plena de vida genética, afetiva e ontológica, tendo em vista que a família não é um comportamento, um agir, e sim um modo de ser-em-família;

¹⁰¹⁰ PELUSO, Antonio Cezar. O desamor como causa da separação. In: *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas-SP: Millennium, 2002. p. 419-427.

- b) o repúdio ao cônjuge, oriundo do direito romano, somente era direito do homem, mas, atualmente, qualquer um dos cônjuges ou conviventes pode afastar-se da vida conjugal ou convivencial, o que não significa repúdio, e sim o exercício do direito de liberdade de descasar, desconviver. É preciso compreender que o picadeiro familiar não foi edificado sob a cláusula “até que a morte os separe”, e sim até que o desafeto os separe¹⁰¹¹;
- c) a família não é um pacto de morte, e sim um pacto de amor, mas somente enquanto durar o mundo afetivo, e não enquanto durar a vida humana, não se podendo
- d) estipular qualquer prazo de duração, devido aos acontecimentos, aos eventos, da montanha da vida, os modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico;
- e) se é certo que cada ser humano é responsável pelo Outro que cativa, também é correto que essa responsabilidade não é ilimitada, absoluta, canônica, porque perdura enquanto qualquer um dos membros da família estiver cativado. É dizer, o humano que cativa o Outro é responsável pela higidez dos mundos genético, afetivo e ontológico, mas somente enquanto durar o modo de ser-em-família, sob pena de objetificar o membro familiar, obrigando-o a conviver em um mundo desafetivo;
- f) a dissolução do casamento, da união estável, da família, não caracteriza um retrocesso dos direitos fundamentais pessoais ou sociais, mas, ao contrário, manter o membro da família confinado no mundo conjugal, mesmo quando findo o mundo do amor, é expropriar os direitos fundamentais aos mundos afetivo e ontológico daquele que não tem mais o modo de ser afetivo em família;
- g) o descasar, o desconviver, o dissolver a família, não transforma o outro cônjuge ou convivente em coisa, em objeto, mas, pelo contrário, quem, de forma compulsiva, impede o fim do mundo afetivo é quem está coisificando, objetificando, o ser humano que pretende libertar-se do cárcere conjugal, convivencial, familiar, porquanto “se eu insisto para que outra pessoa ajuste-se a mim, não a estarei tomando como pessoa, mas como instrumento; e, mesmo que eu me ajuste a mim próprio, estarei usando a mim mesmo como objeto”¹⁰¹²;
- h) para quem não quer descasar ou desconviver, o casamento representa a aliança, o

¹⁰¹¹ A expressão desafeto é tomada no sentido de ausência de afeto, e não de inimigo, adversário.

¹⁰¹² MAY, Rollo. *A Descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. Tradução: Cláudio G. Somogyi. 4. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 139-141.

pacto afetivo, o símbolo do amor, do compromisso conjugal, convivencial, familiar, mas, para quem não nutre mais o afeto, não convivendo no mesmo mundo afetivo, essa aliança, esse pacto, representa as algemas, a desumanização do humano, a morte dos mundos afetivo e ontológico;

- i) não há dúvida alguma de que o fim do amor é o fim do mundo! Só que esse fim de mundo não é o fim do mundo genético, não é fim da vida humana, e sim o fim do mundo conjugal, convivencial, familiar, que, a qualquer momento, poderá ser (re)constituído, porque o ser humano não *é*, e sim *está*, em certos momentos, afetivo e/ou desafetivo, porquanto ele é um evento, dimensão existencial tridimensional.

5.5 O Dano Moral no Direito de Família Tridimensional

Questão que merece maiores esclarecimentos é quanto a possibilidade de ser concedida indenização por dano moral entre os membros da família. No cenário jurídico brasileiro ocorrem, por exemplo, manifestações favoráveis¹⁰¹³ à indenização por danos sofridos pelo cônjuge inocente, por infração aos deveres do casamento e da união estável¹⁰¹⁴.

Não se cuida de matéria nova e nem pacífica¹⁰¹⁵, na medida em que é sustentado o dever de indenizar por dano moral na constância do casamento e da união estável nos casos de crimes de homicídio, crime contra a honra, lesões corporais¹⁰¹⁶; contaminação pelo vírus da Aids¹⁰¹⁷; falta do dever de assistência material; tentativa de morte; injúrias graves¹⁰¹⁸; lesão deformante; abandono injustificado da família; maus tratos; transmissão de doença venérea¹⁰¹⁹; incapacidade física¹⁰²⁰; negligência ao estado de saúde da mulher, permitindo que

¹⁰¹³ MADALENO, Rolf. Divórcio e dano moral. *Revista do Direito de Família*, Porto Alegre, v.1, n. 2, p. 60-5.

¹⁰¹⁴ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 953.

¹⁰¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 14156/98, 14ª Câmara Cível. Relator: Marlan de Moraes Marinho. 13.05.99.

¹⁰¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 188-9.

¹⁰¹⁷ CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. Responsabilidade civil dos conviventes. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *A Família na Travessia do Milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 116-7.

¹⁰¹⁸ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 153-154.

¹⁰¹⁹ REI, Cláudio Alexandre Sena. *Danos morais entre cônjuges*. Disponível em: <www.jus.navigandi.com.br>. Acesso em: 3 mar. 2001.

¹⁰²⁰ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 670.

ela desenvolva moléstia¹⁰²¹; sevícias; difamação; injúria¹⁰²² e, inclusive, pela ausência da convivência em família¹⁰²³.

Examinando os exemplos a seguir citados, percebe-se que as infrações aos deveres do casamento e da união estável (artigos 1.566 e 1.724 do CC) são, na verdade, *condutas delituosas*. É dizer, o que se reclama não é indenização devido à desobediência aos deveres conjugais, convivenciais ou parentais, mas, sim, porque houve o cometimento de crime de um membro familiar contra o outro. Esse dano não se indeniza pela razão de ter ocorrido na constância do conjugalidade, convivencialidade ou da parentalidade, visto que se a conduta delituosa ocorrer fora do âmbito familiar também caberá a indenização, porquanto, pelo enfoque de Pontes de Miranda, o amor não escusa o delito¹⁰²⁴.

Na jurisprudência, nos julgados consultados, a indenização de dano moral em família foi concedida devido à ocorrência de ilícito penal, e não devido à infração aos deveres constantes dos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil, conforme se infere dos seguintes exemplos:

- a) em julgamento no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 1981, foi decidido que é cabível a indenização de dano moral quando o marido espanca a esposa, bárbara e violentamente, chegando a fraturar-lhe um braço¹⁰²⁵, havendo, assim, a presença de ilícito penal que ensejou o pedido de indenização;
- b) dois acórdãos são citados¹⁰²⁶, oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que houve a concessão de indenização de dano moral na constância do casamento, em decorrência do contágio do cônjuge pelo vírus da Aids e ao abandono da mulher

¹⁰²¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10.ed. 11995. Rio de Janeiro: Forense. t. 2, p. 382 (parágrafo 160).

¹⁰²² CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 668-670.

¹⁰²³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 408.550-5. 7ª Câmara Cível. Em 01.04.2004. Relator: UNIAS SILVA. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 24, p. 110-113. Diz o relator: “O apelante foi, de fato, privado do convívio familiar com seu pai, ora apelado. Até os seis anos de idade, o ora apelante manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este se afastou definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura. Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho e o nexos causal entre ambos.

¹⁰²⁴ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Atualização: Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2001. p. 467.

¹⁰²⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. cível nº 36.016, da 1ª CCv. Relator: Cristovam Daiello Moreira. 17.03.1981. In: *RT 560/178-185*.

¹⁰²⁶ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade civil dos conviventes. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 1, n. 3, p. 39, out./dez. 1999, citando acórdão da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 23.04.1996. Relator: Quaglia Barbosa, e acórdão da 2ª Câmara de Direito Privado. Relator: Ênio Santarelli Zuliani. 23.02.1999.

que estava grávida, que perdeu o emprego e sofreu aborto. Esses dois casos comprovam que não houve tão-só infração aos deveres do casamento, mas conduta delituosa (artigo 121, c/c artigo 14, II, tentativa de homicídio pela transmissão do vírus da Aids, artigo 125, aborto, e artigo 244, abandono material, todos do Código Penal);

- c) no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi edificada ementa de acórdão nos seguintes termos¹⁰²⁷: “Lesões corporais causadas pelo marido à própria esposa, deixando-a inabilitada para as funções profissionais de advogada”. Outra vez presente a conduta criminosa, a amparar a indenização por dano moral;
- d) em julgado paulista¹⁰²⁸ é citada a concessão do direito à indenização por dano moral, tendo em vista as sevícias e a injúria grave (crimes) praticadas por um cônjuge contra o outro.
- e) em acórdão gaúcho¹⁰²⁹ não foi concedida a indenização do dano moral, pois “a quebra de um dos deveres inerentes à união estável, a fidelidade, não gera o dever de indenizar, nem a quem o quebra, um dos conviventes, e menos ainda a um terceiro, que não integra o contrato (sic) existente e que é, em relação a este, parte alheia”. Vê-se que, embora o adultério fosse capitulado como crime (artigo 240 do CP), autores¹⁰³⁰ e jurisprudência¹⁰³¹ vinham sustentando a despenalização, o que ocorreu por meio da lei nº 11.106/2005;
- f) o Superior Tribunal de Justiça¹⁰³² conferiu indenização por danos morais na constância do casamento, em vista da separação litigiosa requerida pela mulher, baseado “na insuportabilidade da vida em comum, adjetivado o comportamento do marido como violento, irascível, tirânico, autoritário e ameaçador, proclamando ela

¹⁰²⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Ap. cível nº 8.323/98, 9ª CCv*. Relator: Jorge de Miranda Magalhães; DJE 19.10.98. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 257, p.74-2.

¹⁰²⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 65, mencionando acórdão da 1ª Câmara do TJRS, 17.03.1981, maioria, RT 560/178 e 15.12.1961, 1ª CCv. do TASP, maioria, RT 327/443.

¹⁰²⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ap. 597.155.167 - 7ª CCv*. Relator: Eliseu Gomes Torres. 11.02.1998. RT 752/344.

¹⁰³⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência contra a mulher e controle penal. Revista da Faculdade de Direito da UFSC, 1998. v.1, p. 207. *Juris Síntese*, n. 34, Porto Alegre, Síntese, 2003. 1 CD-ROM, ao afirmar que, “por um lado, demanda a necessidade de uma ampla revisão dos tipos penais existentes, defendendo a descriminalização de condutas hoje tipificadas como crimes (aborto, posse sexual mediante fraude, sedução, casa de prostituição e adultério, entre outras), e a redefinição de alguns crimes, especialmente o estupro, propondo o deslocamento do bem jurídico protegido (que o estupro seja deslocado de ‘crime contra os costumes’ como o é hoje para ‘crime contra a pessoa’) com vistas a excluir seu caráter sexista”.

¹⁰³¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 57.736/96, 1ª Gr. da Câmara Criminal. Relator: Sérgio Verani. 23.10.1997. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 34, 2003. 1 CD-ROM em que foi dito o seguinte: “E a própria incriminação do adultério torna-se obsoleta, violando-se o direito à intimidade da sexualidade (art. 5º, X, Constituição), deixando de atender ao conceito da tipicidade conglobante: ‘él juicio de tipicidad no es un mero juicio de tipicidad legal, sino que exige otro paso, que és la comprobación de la tipicidad conglobante, consistente en la averiguación de la prohibición mediante la indagación del alcance prohibitivo de la norma, no considerada isoladamente, sino conglobada en el orden normativo [...]’.

¹⁰³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 37051*, 3ª Turma. Relator: Nilson Naves. 17.04.2001.

seu fundado temor de ver-se objeto de violências físicas, além das psíquicas”. Aqui, novamente, o pedido de indenização não foi acolhido devido à infração dos deveres do matrimônio, mas, sim, porque o ex-marido cometeu o crime de ameaça e lesão corporal.

Vê-se que essas hipóteses admitem a indenização de dano moral no casamento e na união estável não em razão da infração aos deveres matrimoniais, e sim devido ao cometimento de ilícito penal de um cônjuge ou convivente contra o outro. É por isso que autores¹⁰³³ contestam a indenização por dano moral no picadeiro familiar, uma vez que seria o término da paixão, do amor, da libido, da força do sexo, impondo puritanismo retrógrado e, de quebra, acabaria com o mundo afetivo na constância da família, tornando-a monetarizada, como se ela fizesse parte unicamente do mundo genético.

Os pedidos de indenização por dano moral não são pelo prejuízo que os cônjuges ou companheiros sofreram “em nome do amor que acabou”¹⁰³⁴, e sim pela conduta delituosa perpetrada contra o membro da família, a quem jurou amar, sonhar e fazer feliz por toda a vida, na alegria e na dor, na (des)esperança, na juventude e na velhice, na (in)felicidade, na tristeza, na (des)confiança, na saúde e na doença, na riqueza e na pobreza, amando e respeitando um ao outro por todos os dias, enquanto perdurar o mundo afetivo entre ambos, e não aproveitar essa comunhão de vida genética, afetiva e ontológica para cometer ilícitos penais contra os membros da família.

Em vista da separação entre o Estado e a Religião, da dessacralização do casamento, da liberdade, da igualdade, da prevalência dos interesses dos cônjuges e dos conviventes, da felicidade, da solidariedade, do afeto, da cidadania, da dignidade e da condição humana tridimensional torna-se inviável o pedido de indenização por danos morais¹⁰³⁵, à medida que

¹⁰³³ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Dano moral e direito de família: o perigo de monetarizar as relações familiares*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>.

¹⁰³⁴ MOTTA, Maria. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 40.

¹⁰³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de permanecer casado. *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre, n. 18, p. 50, jun./jul. 2003. Cita a apelação cível nº 70005834916. da 7ª CCv. do TJRS. 02.04.2003. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, nos termos: “É remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal. A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha dos bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo porque difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto. A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional”.

a responsabilidade imposta na família “é o direito de ser feliz e o dever de fazer o outro feliz”¹⁰³⁶, e não de indenizar o membro familiar pelo fim do mundo afetivo.

O amor é estrada de mão dupla, na qual os membros da família são responsáveis por seus modos de ser-em-família, não sendo razoável se discutir a culpa no recanto da família para ensejar indenização por dano moral¹⁰³⁷, porque nela não há espaço à responsabilidade civil, e sim convivência em uma comunhão plena de vida tridimensional, pelo modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, porquanto “se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna”¹⁰³⁸.

Sendo a família um modo de ser-no-mundo tridimensional, e não um modo de agir, não se perquire de qualquer indenização pela sua dissolução, isso porque, embora toda a intimidade havida entre os membros da família, eles se tornam, no fim do mundo afetivo, cada vez mais conscientes da distância entre eles. Com isso, eles transformam suas vidas em rostos tardios, que não têm mais nada de íntimo a ser preservado pelo mundo afetivo, pois acabou a compreensão, a relação do encontro, do entorno, da reciprocidade, do diálogo, da hermenêutica, da linguagem, do modo de ser e de amar entre eles.

Numa só palavra, se durante a manutenção do mundo afetivo ocorrer qualquer espécie de crime, como abandono material, intelectual e/ou moral¹⁰³⁹, lesões corporais, contra a honra, maus tratos, essas circunstâncias fáticas, em tese, ensejam o pedido de indenização por dano moral. Contudo, a ausência de convivência em família genética, afetiva e ontológica, por si só, não configura esses crimes e nem a indenização por dano moral, porque o ser humano tem a liberdade de desatar, a qualquer tempo, o mundo afetivo conjugal, convivencial ou parental. Aceita a tese de que o afastamento dessa tridimensionalidade humana daria causa à indenização por dano moral, estar-se-á concordando com a dogmática jurídica, que torna inumano o ser humano, como parte integrante somente do mundo genético, apenas monetarizado, objetificado.

Poder-se-á argumentar que se, um pai abandona o filho, é possível a indenização de

¹⁰³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Amor proibido*. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br>.

¹⁰³⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ap. 70000922427*, da 7ª CCv. Relatora: Maria Berenice Dias. 09.08.00.

¹⁰³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de permanecer casado. *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre, n. 18, p. 69, jun./jul. 2003.

¹⁰³⁹ Artigo 244 (crime de abandono material); artigo 246 (crime de abandono intelectual); artigo 247 (crime de abandono moral), todos do Código Penal.

dano de dano moral, como tem julgado o Tribunal de Justiça mineiro¹⁰⁴⁰, uma vez que a relação no mundo afetivo é diferente da existente entre os cônjuges e conviventes, porque a lei exige o cumprimento dos direitos/deveres do poder/dever parental.

Ocorre que o abandono moral, intelectual, material ou a entrega de menor a pessoa inidônea se constituem ilícito penal (artigos 244 a 247 do Código Penal), motivo pelo qual é possível a perquirição de dano moral, mas isso não significa que o fim do mundo afetivo seja indenizável, à medida que, em sendo a família um modo de ser-no-mundo tridimensional, não há espaço para um comportamento, mas, sim, um modo de ser-no-mundo-genético, um jeito de ser-no-mundo-(des)afetivo e uma condição de ser-no-mundo-genético, pelo que, em direito de família, é juridicamente inviável a responsabilidade civil, sendo, contudo, cabível a responsabilidade no âmbito penal, que faz coisa julgada no cível, possibilitando, dessa forma, eventual pedido de indenização por dano moral.

A impossibilidade de indenização por danos morais na família decorre, por exemplo, de duas questões: a primeira, a família se constitui e se desfaz pelo afeto; b) a dissolução do casamento, da união estável e das demais condições de ser-em-família não deve examinar a hipótese de culpa, porque as razões do fim do amor dizem respeito única e exclusivamente a cada cônjuge – um direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Com efeito, a violação desses direitos poderá ensejar indenização contra o cônjuge, convivente ou outro membro familiar, visto que o artigo 5º, inciso X, da Constituição do País, é bem claro nesse sentido, ao dizer: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*.

Quer dizer, é constitucionalmente vedada a exposição das causas, como a culpa, na dissolução de qualquer modo de ser-em-família ou pedido de indenização de danos morais, o que torna inconstitucional os artigos do Código Civil que permitem a perquirição da culpa e de eventual dano moral, à medida que a cultura jurídica e o legislador não podem permitir o que não é permitido pela Constituição do Brasil.

¹⁰⁴⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 408.550-5. 7ª Câmara Cível. Em 01.04.2004. Relator: UNIAS SILVA. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 24, p. 110-113, 20004. Diz o relator: “O apelante foi, de fato, privado do convívio familiar com seu pai, ora apelado. Até os seis anos de idade, o ora apelante manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este se afastou definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura. Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho e o nexos causal entre ambos.

É dizer, se o membro familiar ajuizar ação de pedido de indenização por danos morais, imputando fatos que atentam contra a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do demandado, este, quando da contestação, poderá demandar, em tese, contra o autor da ação, por meio da denominada reconvenção, exigindo-lhe danos morais. Isso porque não é possível alguém obedecer a lei infraconstitucional (Código Civil), imputando fatos delituosos de toda ordem ao seu ex-cônjuge/convivente, porque estará desobedecendo o comando constitucional que proíbe a exposição da vida privada do outro ser humano.

Como se deve obedecer à lei das leis (a Constituição), e não meramente à lei (infraconstitucional), não é permitida qualquer discussão no âmbito familiar de culpa e, muito menos, de pedido de indenização por dano moral, justamente porque o que vai ensejar dano moral é o lançamento em juízo dos fatos que ensejaram a dissolução da entidade familiar.

Uma exceção se impõe, quando se cuida de imputar conduta delituosa cometida por um membro familiar contra o outro, porque não mais se estará na órbita das relações de família, e sim no plano criminal, em que não se exige o segredo de justiça. Neste caso específico, é possível discutir o dano moral dentro da ação de dissolução do casamento, da união estável ou de outro jeito de ser-em-família.

5.6 O Direito de Investigar a Paternidade na Reprodução Humana Sexual, Assexual e Socioafetiva

Duas questões precisam ser apreciadas: o anonimato não pode ser causa de exclusão do mundo humano tridimensional e o direito do filho *afetivo* de investigar o princípio da civilização, de sua ancestralidade, de sua origem.

Tem-se dito que se a inseminação artificial heteróloga foi praticada por mulher, solteira, separada, divorciada ou viúva, não pode prosperar, mais tarde, a tentativa de reconhecimento compulsório da filiação contra o doador do sêmen, porque, “de um lado, o anonimato ou mesmo o sigilo o acoberta. De outro lado, a prática inseminatória deve ser um risco exclusivo da mulher, não permitindo abrir pesquisa sobre a procedência do elemento procriador”¹⁰⁴¹.

Autores¹⁰⁴² historicam que a maioria das legislações (só)nega o direito de investigar a

¹⁰⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade/maternidade e seus efeitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 117-118.

¹⁰⁴² LUZ, Valdemar P. da. *Curso de direito de família*. Caxias do Sul: Mundo Jurídico, 1996. p. 117.

origem genética na reprodução humana medicamente assistida, para efeito de manter em segredo a identidade do doador do material genético, mas, “de qualquer sorte, a questão é de tal forma delicada que, quando foi votada no Conselho da Europa, cinco países pronunciaram-se a favor da proibição do anonimato e nove a favor do anonimato”.

Também é dito que não pode ser estabelecido qualquer vínculo de filiação entre o doador do material genético e a criança nascida na reprodução medicamente assistida, decorrendo desse conceito a impossibilidade de o cônjuge ou convivente impugnar a paternidade/maternidade anteriormente consentida na reprodução humana, cuja idéia representa “uma exceção ao biologismo, aos vínculos de sangue, prevalecendo a filiação voluntária, a verdade sócio-afetiva”¹⁰⁴³.

Outrossim, dizem¹⁰⁴⁴ que o filho não perde a sua identidade por não conhecer os pais genéticos, porque, “com a afirmação dos direitos da personalidade, é certo que a identidade se altera com o esforço pessoal-próprio, ganhando nova imagem, foros de honra, de intimidade, tudo isso com que a sociedade se engrandece”. Além disso, é sustentado que o anonimato do doador não significa ‘esconder tudo’, podendo ser possível, em um primeiro momento, revelar ao filho o seu nascimento através de inseminação medicamente assistida e, em outra oportunidade, outorgar-lhe o direito de investigar a paternidade/maternidade genética¹⁰⁴⁵. Quer dizer que o doador genético permanece no anonimato, uma vez que “age na expectativa legítima de jamais ser reconhecido socialmente como o ‘pater’, ou mesmo como o simples genitor de certo indivíduo que acabou por nascer graças à sua participação”¹⁰⁴⁶.

Nos países em que a inseminação artificial está mais desenvolvida, como na Alemanha, França, Estados Unidos, Portugal, Inglaterra, Espanha, Bulgária e na Austrália, “há o consenso de que o doador do sêmen deve ficar no anonimato. Mas o filho, em algum tempo, terá direito de ser informado sobre a sua origem genética, inclusive para conhecer as suas origens genéticas”¹⁰⁴⁷. Lei sueca, de 1º de março de 1985, permite ao filho ter conhecimento do ‘doador’, mas somente depois de atingida a maioridade, pelo que “o prévio

¹⁰⁴³ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade/maternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 152-153.

¹⁰⁴⁴ MELO, Albertino Daniel de. Filiação Biológica: tentando diálogo direito: ciências. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 2.

¹⁰⁴⁵ DINIS, Joaquim José de Souza. Filiação resultante da fecundação artificial humana. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor: inovações e tendências: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 50.

¹⁰⁴⁶ OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade/maternidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 500.

¹⁰⁴⁷ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade/maternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 157.

consentimento para fecundação dos ‘pais civis’ tornaria juridicamente inadmissível, por exemplo, qualquer impugnação à paternidade que estes desejassem, supervenientemente, deduzir”¹⁰⁴⁸. No Brasil, contudo, não existe nenhuma lei garantindo esse anonimato, mas, apenas, recomendação constante do inciso IV números 2 e 3 da Resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina, de 11.11.1992¹⁰⁴⁹.

Não concordo com o acobertamento do anonimato, excluindo o mundo genético e, em conseqüência, a negação da origem, do princípio, da aurora das coisas, da ética, da moral, da evolução da civilização. O não-direito ao mundo biológico vela a condição humana tridimensional, que é parte integrante de seus direitos da cidadania, da dignidade e da condição humana, em vista do direito fundamental aos modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

Na hermenêutica fenomenológica¹⁰⁵⁰ é dito que o mensageiro já vem com a mensagem e que no conto está o contador. Aplicada essa idéia ao direito de família, pode ser dito que, na relação sexual, assexual ou no reconhecimento da paternidade (genética ou afetiva), o material genético e a filiação já desde sempre vem antecipada com a mensagem da origem do mundo biológico e/ou afetivo. Isso quer dizer que o mundo genético não pode ser visto exclusivamente na visão do doador genético ou da relação sexual ou assexual (inseminação artificial) ou de que o doador “age na expectativa legítima de jamais ser reconhecido socialmente como o ‘pater’, ou mesmo como o simples genitor de certo indivíduo que acabou por nascer graças à sua participação”¹⁰⁵¹. A origem genética é um direito à condição humana tridimensional, que pertence ao ser humano, “que não participou do processo de sua concepção, e não pode viver sem o direito de ter seu estado de filho

¹⁰⁴⁸ FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 53-54.

¹⁰⁴⁹ MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade: ‘mãe de aluguel’*. Curitiba: Genesis, 1998, nota 12 do capítulo 6. p. 111, cita a Resolução nº 1.358, de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina, nos termos: “O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958 e, considerando a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; considerando que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana; considerando que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais; considerando a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica; considerando, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina, realizada em 11 de novembro de 1992; resolve: Art. 1º. Adotar as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Art. 2º. Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação”.

¹⁰⁵⁰ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2006. p. 117.

¹⁰⁵¹ OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade/maternidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 500.

reconhecido”¹⁰⁵², pelo que lhe negar esse direito é confiscar todo princípio do ser humano.

O doador de material genético não poderá deixar de assumir a paternidade/maternidade sob o manto impermeável do anonimato, à medida que, com o seu modo de ser-no-mundo (conceber a existência humana pelo material genético), fez com que ele se tornasse o pai genético, o mundo biológico do filho, que é irrenunciável, imprescritível, indisponível. A garantia do anonimato é prova de que o mundo Ocidental continua coisificando o ser humano, porquanto o ser humano não convive e nem compartilha unicamente na normatização do mundo genético, nem na bidimensionalidade dos mundos genético e afetivo, mas, sim, na tridimensionalidade dos mundos genético, afetivo e ontológico. É por mais evidente que lhe arrostar o direito ao conhecimento de quaisquer um desses três mundos é sonegar-lhe a condição humana e postar-se contra toda a evolução da ética, da bioética, da moral e da humanidade.

Oportuna a lembrança de Anete Trachtenberger, de que alguns humanos, ao exigirem teste em DNA para reconhecerem um filho, apresentam, com frequência, história familiar de que também foram filhos não reconhecidos por seus pais, ou que viveram em famílias cujo pai abandonou o lar. Por conseguinte, “esses homens passaram todo o ciclo de vida, até a fase adulta, sem um relacionamento mais próximo com a figura paterna”. A autora lembra que a “influência da família não está restrita aos membros de uma determinada estrutura doméstica ou a um dado ramo familiar nuclear do sistema, ela está sempre reagindo aos relacionamentos passados, presentes e antecipando futuros”¹⁰⁵³. Isso quer dizer que, “por diversas razões (emocionais, históricas, econômicas, direitos e benefícios, heranças), pode ser necessário identificar o pai biológico de um determinado indivíduo”¹⁰⁵⁴.

A legislação comparada¹⁰⁵⁵ sustenta que a principal questão da investigação da paternidade/maternidade é o filho saber a sua origem genética, sua ancestralidade, sua identidade, suas raízes, de entender seus traços (aptidões, doenças, raça, etnia) socioculturais,

¹⁰⁵² FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 207-208, citando VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. v. 2, p.174.

¹⁰⁵³ TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade/maternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 16.

¹⁰⁵⁴ RASKIN, Salmo. A evolução das perícias médicas na investigação de paternidade/maternidade: dos redemoinhos do cabelo ao DNA. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 3, p. 52, out./dez. 1999.

¹⁰⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade/maternidade através do exame do DNA em direito brasileiro: direito pós-moderno à descoberta da origem? In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 31-32 e 41.

direito de vincular-se com alguém que lhe deu a bagagem genético-cultural básica, seu mundo genético. Investigar o nascedouro biológico é conhecer e ser a ancestralidade, a identidade pessoal, para impedir o incesto, preservar os impedimentos matrimoniais, evitar enfermidades hereditárias, enfim, para receber o direito de cidadania, na qual estão incluídos todos os direitos e garantias do parentesco genético e afetivo. Esses direitos fazem com que o ser humano também tenha o direito de relacionar-se nos mundos genético, afetivo e ontológico, porquanto “cada geração transmite um patrimônio social de usos, costumes, tradições e idéias à geração seguinte, para continuidade social”¹⁰⁵⁶.

Com relação ao direito de investigar a paternidade/maternidade biológica *pelo filho afetivo*, a discussão, nos Estados Unidos e na República Federal da Alemanha, está em torno dos seguintes argumentos:

- a) direito à informação;
- b) princípio da igualdade perante a lei, entendido como defesa da privacidade, mas que não são aceitos pelos Tribunais.

São acolhidos os seguintes fundamentos:

- a) necessidade psicológica;
- b) conveniência fundada de saber a história clínica e a herança genética do adotado, porque o progresso dos meios de diagnóstico e dos meios terapêuticos das doenças genéticas tornou fundamental, em certos casos, conhecer os antecedentes biológicos de um indivíduo - casos em que a confidencialidade e o anonimato dos genitores se tornam obstáculos inconvenientes ou mortais¹⁰⁵⁷ aos filhos.

Sem razão, nessa questão, o Tribunal Constitucional alemão, em decisão exarada em 1994, quando reconheceu o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, do mundo biológico, *mas sem efeitos sobre a relação de parentesco*¹⁰⁵⁸, cuja jurisprudência não

¹⁰⁵⁶ MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade/maternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 307.

¹⁰⁵⁷ OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade/maternidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 475-7, “seja como for, é conhecido um trabalho feito na Escócia, depois de 44 anos de publicidade dos registros, que mostra a vantagem psicológica de saber as origens genéticas”.

¹⁰⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 247 (nota de rodapé), citando a decisão de 1994 do Tribunal Constitucional alemão, que “reconheceu nitidamente o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, mas ‘sem efeitos sobre a relação de parentesco’”.

deve ser aplicada no Brasil, já que a Constituição do País alberga os princípios da informação, da cidadania, da dignidade e da condição humana tridimensional, respeitando a diversidade humana em seu modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, direitos alçados a fundamentos da República Federativa e do Estado Democrático de Direito (artigos 1º, II e III, 5º, inciso XIV, 226, parágrafo 7º, 227, parágrafos 4º e 7º, da Constituição do País).

O texto constitucional revolucionou a relação entre pais e filhos, cônjuges, conviventes, irmãos, ao equiparar todos os membros da família, procedendo a um entrelaçamento entre os modos de ser-em-família, reconhecendo-lhes o direito de conviver em seus três mundos. O modo de ser-filho-afetivo é irrevogável tanto quanto a filiação genética, mas não é razoável proibir o filho afetivo de investigar a paternidade/maternidade sangüínea¹⁰⁵⁹. Nesse sentido, realizou-se um estudo, na Escócia, com quarenta e quatro anos de publicidade, provando a vantagem psicológica de saber as origens genéticas¹⁰⁶⁰, cujo resultado estatístico comprova que o ser humano é incapaz de conviver e compartilhar com dignidade em família, em sociedade e consigo mesmo, caso não conheça seu passado, sua origem.

No Brasil, deve ser buscada uma razoabilidade/proporcionalidade, cujos princípios devem sempre nortear a intersubjetividade no processo hermenêutico, considerando o seguinte:

- a) o ser humano, em vista da unidade da filiação, da conseqüente proibição de discriminação, independentemente de sua origem, tem o direito de conhecer os seus mundos genético, afetivo e ontológico, já que os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana foram alçados a fundamento da República e do Estado Constitucional;
- b) é irrevogável o reconhecimento voluntário ou judicial da filiação afetiva, o modo de ser-em-família, que se mantém incólume ainda que descoberta a verdade biológica;
- c) o filho afetivo, em suas diversas formas de ser-em-família tridimensional, tem o direito constitucional ao nascedouro da ancestralidade.

¹⁰⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 127.541 (1997/0025451-8)-RS*, 3. Turma. Relator: Eduardo Ribeiro, DJU 28.08.2000. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 7, p. 67, out. 2000.

¹⁰⁶⁰ OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade/maternidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 475-7.

Com toda razão, nesse aspecto, Lenio Luiz Streck¹⁰⁶¹, ao pontificar o seguinte:

Ora, saber o nome do pai é uma questão civilizatória; é o resgate da origem; do desvelamento de nosso ser; a angústia que persegue o homem desde a aurora da civilização é saber quando e de que maneira algo é e pode ser. Veja o Heidegger, comentando Heráclito: se tirássemos do homem a partícula “é”, o que aconteceria? Uma tragédia. Aí tem o enigma que Heidegger coloca: mas isso já aconteceu há mais de 2000 anos. O ser foi escondido pela metafísica. Portanto, proteger o nome do pai no anonimato é metafísica, é a negação da origem, do primeiro, da aurora das coisas. Enfim, negar o nome do pai é negar o princípio. Por último, ética é paridade axiológica entre o eu e o Outro (grif0 nosso).

Com esses fundamentos, justificações e modo de ser-no-mundo-hermenêutico, vê-se que faz parte da condição humana o direito de conhecer e ser a tridimensionalidade genética, afetiva e ontológica, já que se cuida da própria evolução civilizatória, do conhecimento da origem, do princípio, da observância da isonomia entre os seres humanos, da ética e da moral. Isso quer dizer que no mundo ocidental há necessidade de ser inicializada uma autêntica revolução científica, para que seja mudado o pensamento metafísico da impossibilidade de o ser humano identificar o seu princípio genético, não importando a forma em que veio e vive no mundo humano, se pelo nascimento genético e/ou socioafetivo.

5.7 Os Nomes do Ser Humano: uma formação contínua da vida

No (des)casar, no (des)conviver, na adoção, na vida social, no reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade, por exemplo, são freqüentes as dúvidas sobre o acréscimo ou manutenção do patronímico, tendo em vista a disciplina legal que, por vezes, autoriza o acréscimo, mas, em momento seguinte, permite ou determina a renúncia ao nome, como ocorre na separação judicial e no divórcio. Nesse sentido, duas questões precisam ser apreciadas: a) a impossibilidade de crescer ao seu o nome do nubente ou do convivente; b) a incorporação dos nomes pelo ser humano.

¹⁰⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. Respondendo a um e-mail, em 09.05.2007, acerca da indagação que fiz acerca da questão da investigação de paternidade genética.

5.7.1 Impossibilidade de Acrescer ao seu o Nome do Nubente ou do Convivente

Com o advento da Constituinte de 1988, o Brasil fragmentou o princípio do patriarcalismo e do matriarcalismo, tendo em vista a igualdade entre todos os membros da família, pelo que foi extinto o preconceito do acréscimo do nome do cônjuge ou do convivente, porque, tanto a adição do nome da mulher quanto do homem, desumaniza o ser humano. É dizer, no mundo afetivo, em que se encontram o casamento, a união estável e os demais modos de ser-em-família, não deve haver a submissão de um membro familiar em detrimento do outro, mas, sim, a cumplicidade da comunhão plena de vida genética, afetiva e ontológica.

Como os membros familiares têm os mesmos direitos e obrigações, o acréscimo de um nome causa ofensa ao princípio isonômico, porquanto a idéia de acrescentar o nome faz perpetuar os pré-conceitos do patriarcalismo ou do matriarcalismo, sob a linguagem tirânica de que um pertence ao outro, ao seu modo de ser-no-mundo, até que a morte os separe.

Embora a Constituição do País tenha abolido parte dos preconceitos do direito de família, o artigo 1.565, parágrafo 1º, do Código Civil, continua a permitir que quaisquer dos cônjuges/nubentes possa acrescentar ao seu o nome de família de seu consorte, mantendo, dessa forma, o sistema patriarcal.

A expressão *acrescer* não quer dizer renúncia aos nomes no casamento, na união estável, na adoção, do nome social, reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade etc., mas, sim, adição, soma, aos nomes já incorporados pelo ser humano. Quer dizer, o nubente ou convivente, afastando os sistemas patriarcal e matriarcal e, em decorrência, cumprindo a principiologia constitucional da igualdade, deverá continuar com seu nome de solteiro.

Isso quer dizer que, caso acrescido o apelido do futuro cônjuge ou do convivente, não poderá renunciar à estirpe materna e paterna e nem ao novo nome, porque isso representaria a renúncia de sua origem, da montanha de vida, da história de vida, ao modo de ser-no-mundo¹⁰⁶² e da condição e dignidade humana. Com relação ao reconhecimento voluntário e judicial da paternidade, na adoção e no acolhimento do nome social, não é dado o direito ao filho renunciar à sua origem, à sua procedência, à sua ancestralidade, devendo acrescentar ao seu

¹⁰⁶² DUBOIS, Christian. Heidegger: *Introdução a uma leitura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 26. “O ser-no-mundo é a descoberta genial de Heidegger, revolução fenomenológica na filosofia [...]. O modo mais simples de compreender o que sou no mundo seria, parece, de o compreender da mesma maneira que o garfo está na gaveta. Para mim, há alguma coisa como um mundo e, a partir deste mundo, eu me relaciono com todas as coisas”.

os nomes paterno e materno, genético e/ou afetivo.

5.7.2 Incorporação dos Nomes pelo Ser Humano

Quando da separação judicial ou do divórcio, tem-se¹⁰⁶³ sustentado a manutenção do nome de casado, salvo as exceções constantes no Código Civil¹⁰⁶⁴. Nesse contexto, entendo que, não obstante o fim do mundo afetivo rompa com os efeitos do casamento e da união estável, o cônjuge e/ou o convivente deve manter o nome de casado, pois faz parte da existência, da vida, da experiência do cônjuge.

A esse respeito, Gadamer esclarece que “o monte-vida somos nós, com toda a nossa experiência acumulada”, e o nome “é o que nos é dado de saída e o que nós ainda não somos absolutamente”. Isso porque não há como saber acerca do que será o recém-nascido, o qual se tornará somente no decorrer da vida, com a experiência conquistada em cada evento, em cada acontecimento, em cada momento de sua existência. Segundo o autor, isso ocorre porque o “nome não significa somente nomes de pessoas”, e sim “toda uma montanha de palavras, ou seja, à linguagem que é depositada sobre toda a experiência da vida e é como um peso que acoberta”¹⁰⁶⁵.

Nesse sentido, Paul Celan, cujos versos¹⁰⁶⁶ são interpretados por Gadamer, escreveu que “de seu miolo re-amassas nossos nomes”, querendo dizer que, se os nomes dos humanos são reamassados pela carga da vida, é porque “todos se tornam o que são somente no decorrer da vida: assim como nós nos tornamos o que somos, também o mundo se torna o que é para nós”. Os nomes adquiridos no decorrer da experiência da vida, conforme Gadamer e Celan,

¹⁰⁶³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 110.

¹⁰⁶⁴ Artigo 1.571, parágrafo 2º: “Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial”. Art. 1.578. “O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial. § 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro. § 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado”.

¹⁰⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?:* comentário sobre o ciclo de poemas Hausto-Cristal de Paul Celan. Tradução e apresentação: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2005. p. 54.

¹⁰⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?:* comentário sobre o ciclo de poemas Hausto-Cristal de Paul Celan. Tradução e apresentação: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2005. p. 52. O poema de Paul Celan diz o seguinte: “CORROÍDA PELO NÃO SONHADO, a terrapão atravessada insone cava, elevando, o monte-vida. De seu miolo re-amassas nossos nomes, que eu, um olho semelhante ao teu em cada dedo, tateio por um lugar onde possa vigilar rumo a ti, a clara vela fome na boca”.

“são constantemente reamassados ou então se encontram pelo menos em formação contínua. Isso ocorre por um “Tu””. Esse “Tu” é o outro ser humano, o nosso próximo, porquanto “existir não é apenas estar-no-mundo, é também, inevitavelmente, estar-com-alguém”¹⁰⁶⁷, e “todo ser é sempre ser-com mesmo na solidão e isolamento, a pré-sença é sempre co-presença, o mundo é sempre mundo com-partilhado, o viver é sempre co-con-vivência”¹⁰⁶⁸.

O reamassamento do nome citado pelos filósofos quer dizer que o ser humano, no decorrer de sua montanha da vida, vai adquirindo vários nomes, como o acréscimo do nome de casado, de adotado, de convivente, por ser assim conhecido publicamente (nome social)¹⁰⁶⁹, no reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade/maternidade etc. Esses nomes da vida vão formando o modo de ser-no-mundo do ser humano, ou como diz Gadamer, se encontram *em formação contínua da vida*, motivo pelo qual nenhum dos nomes poderá ser renunciado, visto que se estará renunciando à carga da vida, à história de vida, à experiência de vida, à evolução da espécie e da linguagem humana, que é, como diz o autor, “um peso que acoberta” a trajetória de vida.

Todos os nomes adquiridos pelo ser humano (pai, mãe – genético e afetivo – casamento, união estável, adoção, reconhecimento social ou reconhecimento voluntário ou judicial da perfilhação) são irrenunciáveis, imprescritíveis, intangíveis, indisponíveis. Isso porque o ser humano, ao crescer ao seu o nome de alguém, estará impossibilitado de renunciar à linguagem de seu nome, de sua ancestralidade, de seu modo de ser-em-família e de seus três modos de ser-no-mundo, de seu nome na história da vida. Afastar os nomes incorporados pelo ser humano é o mesmo que renunciar à trajetória de vida até então trilhada, como se toda a temporalidade, os eventos, os acontecimentos, não tivessem ocorrido e nem moldado o seu modo de ser-em-família, ser-em-sociedade e ser-no-mundo tridimensional.

A proibição da renúncia aos nomes adquiridos durante a estrada da vida¹⁰⁷⁰ decorre da manutenção dos modos de ser-no-mundo e dos acontecimentos da existência humana, porque,

¹⁰⁶⁷ HOTTOIS, Gilberto. *História da filosofia*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2002. p. 327.

¹⁰⁶⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. pt. 1.

¹⁰⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 595075771*, 3ª CCv.; Relator: Tael João Selistre, em 24/08/1995. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 07 dez. 2006. “Acréscimo de nome pelo qual a requerente é conhecida. Possibilidade. Princípio insculpido no artigo 58 da Lei dos Registros Públicos não é absoluto, permitindo, em situações excepcionais, entre elas o acréscimo no prenome daquele pelo qual ele se tornou público, a retificação. Inexistência de violação da Lei”.

¹⁰⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70010871598*. 8ª CCv. Relator: Alfredo Guilherme Englert, em 25.08.2005. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 07 dez. 2006. “Inexiste qualquer vedação legal para que a viúva busque excluir o patronímico do marido, em face de seu falecimento. Aliás, tal possibilidade atende a uma interpretação sistemática, pois, na separação, é facultado à mulher abandonar o seu nome e na conversão da separação em divórcio é impositiva a volta ao nome de solteira. Assim, de todo descabido impor que continue com o nome de casada se o casamento findou em decorrência da morte do cônjuge”

como lembra, Gadamer, os eventos da vida não são somente os que foram vivenciados, mas, também, “que o seu ser-vivenciado teve um efeito especial, que lhe empresta um significado permanente”¹⁰⁷¹. O vivenciado pelo acréscimo do nome no casamento, na união estável, na adoção, do nome social, reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade etc., tem um efeito especial e permanente na vida do ser humano, que nem o tempo é capaz de apagar, porque tempo é evento, acontecimento, experiência, nome, vida, existência, humanidade, linguagem.

Pela linguagem gadameriana¹⁰⁷², isso quer dizer que o mundo da vida é sempre e ao mesmo tempo “um mundo comunitário que contém a co-presença de outros”, pelo que toda a experiência familiar, social e pessoal é um confronto, porque ela opõe o novo ao antigo. As experiências adquiridas pela história da vida, embora possam representar um confronto (manter o nome do ex-cônjuge, atual desafeto), não podem ser esquecidas, apagadas do mundo da vida do vivente, porque fazem parte da evolução da humanidade e da essência histórica do ser humano.

É preciso lembrar que o *nome é linguagem*, e sem linguagem não há existência humana, uma vez que “é aprendendo a falar que crescemos, conhecemos o mundo, conhecemos as pessoas e por fim conhecemos a nós próprios”¹⁰⁷³. Nessa questão, Gadamer diz que “a person is not an intelligent animal, but rather a human being”¹⁰⁷⁴, significando que o ser humano não é um *animal* inteligente, e sim *um ser humano*, que convive e compartilha entre os humanos em um mundo humano, e não em um mundo natural, animal. No mundo genético vivem os seres vivos em geral, inclusive os humanos, mas nesse mundo o humano não é um ser humano, e sim tão-só ser vivo, visto que o humano somente se transforma em humano nos mundos afetivo (modo de ser-em-família e em sociedade) e ontológico (modo de ser-no-mundo).

No mundo ocidental, lembra Luiz Rohden, a expressão *logos* foi compreendida como “o homem é o animal racional, o ser vivo racional, isto é, que se difere do resto dos animais por sua capacidade de pensar”. Mas, o autor lembra que Gadamer, quando aprendeu a ler Aristóteles, por meio dos ensinamentos de Heidegger, afirmou, com desconcerto, “que a

¹⁰⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 106, 115-116.

¹⁰⁷² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 332, 345 e 465.

¹⁰⁷³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 176.

¹⁰⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. *The enigma of health*. Tradução: Jason Gaiger and Nicholas Walker. Stanford University Press: California, 1996. p. 60. Tradução do autor: O ser humano não é um animal inteligente, mas, sim, um humano.

definição clássica de pessoa não é ‘o ente vivo que possui razão’ (*animal rationale*), mas *o ente que possui linguagem*” (grifo nosso), porque ela constitui o verdadeiro centro do existir humano¹⁰⁷⁵.

É na linguagem que se apresenta o mundo; é na linguagem que se tem concepção de mundo; somente o ser humano está mergulhado na linguagem; o ser humano vive no mundo humano, e não exclusivamente no mundo dos demais seres vivos em geral; de que o *nome* do ser humano também é linguagem. Por isso, é fácil compreender que a linguagem do nome é inseparável de toda experiência, de toda vivência, de todo acontecer, de todo evento, de todo existencial, de todo modo de ser-no-mundo, uma vez que o ser humano é um ser histórico, cuja condição e dignidade humana evolui com base em todos os eventos de sua vida.

Em matéria de manutenção ou de acréscimo de nomes, o fim dos sistemas patriarcal e matriarcal e, principalmente, o novo modo de ser-em-família, de ser-em-sociedade e de ser-no-mundo do ser humano, desde a Constituição do País de 1988, trouxeram algumas conseqüências, a serem corrigidas pelo Legislador ou pelo Judiciário:

- a) em vista da exclusão dos sistemas patriarcal e matriarcal no recinto familiar, foi afastado o conceito prévio patrimonialista contra o homem e, principalmente, contra a mulher, não havendo mais razão para acrescer ao seu o nome do nubente ou do convivente, porquanto a manutenção desse preconceito causa ofensa ao princípio constitucional da igualdade;
- b) caso não seja afastada a possibilidade de acréscimo ao seu do nome do cônjuge ou convivente, não é possível renunciar ao nome do pai e da mãe genéticos e/ou afetivos ou apenas renunciar a um dos nomes, como tem decidido a jurisprudência¹⁰⁷⁶, porque eles fazem parte de sua história de vida, de sua procedência, de sua evolução humana;
- c) todos os nomes e demais direitos humanos incorporados durante a vida não são suscetíveis de renúncia, preservando-se, com isso, a ancestralidade, a história e a experiência de vida, a carga familiar e social genética, afetiva e ontológica, a condição e a dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁷⁵ ROHDEN, Luiz. Hermenêutica e linguagem. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-georg; _____. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 157-158 (Coleção Filosofia, 117).

¹⁰⁷⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ap. n° 70008840274*, 7ª CC, em 23.06.2004. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 07 dez. 2006. “Cabível a exclusão do nome do pai, para adoção do sobrenome do futuro marido, já que a manobra não é coibida por nosso ordenamento jurídico”.

Caso o legislador permaneça inerte, caberá ao Judiciário assegurar os direitos fundamentais ao nome contra a insuficiência de proteção do Estado, com âncora nos princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, da cidadania, da dignidade e da espécie humana, porquanto, na visão streckiana¹⁰⁷⁷, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade agasalham o garantismo negativo e positivo: o negativo, para proteger a sociedade contra os excessos do Estado (intervenção excessiva); o positivo, para assegurar os direitos fundamentais da sociedade contra a insuficiência de proteção do Estado (intervenção omissa ou deficiente).

Portanto, poderá ser ilustrada a inconstitucionalidade de norma jurídica por violação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade pela proibição de proteção do excesso ou pela proibição de proteção deficiente. Por isso, segundo o autor, esses princípios têm duplo viés, para que todos os atos do Estado tenham vinculação à materialidade da Constituição do País, tendo como consequência “sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador”.

5.8 Os Direitos Fundamentais de Conviver e Compartilhar na Tridimensionalidade Humana

No relacionamento entre os seres humanos, pais e filhos têm o direito fundamental de manter incólumes os mundos genético, afetivo e ontológico, e não o caleidoscópico direito de visitas quinzenal¹⁰⁷⁸ e da guarda unilateral¹⁰⁷⁹, que caracterizam cerceamento e limitação do direito da convivência e do compartilhamento em família tridimensional (artigos 227 da Constituição do País e 1.634 do Código Civil). Isso ocorre porque a responsabilidade educativa dos filhos é permanente e de ambos os pais, não importando se casados ou

¹⁰⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 254., 2004.

¹⁰⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70006305445*. 7ª CCv. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Em 28.05.2003. “É de ser mantida, ao menos em caráter liminar, a decisão que determinou visitas quinzenais da genitora aos menores, sobretudo porque eles estão na guarda do pai desde a separação fática do casal”. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 22 mar. 2006.

¹⁰⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ap. cível nº 70008803280*, da 7ª Câmara. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 22 mar. 2006. “Mantém-se a guarda com o genitor quando a criança manifesta expresso desejo de permanecer com o pai, revelando inconformidade com a separação dos pais. Outrossim, o infante está sendo atendido adequadamente em suas necessidades pelo varão. Ademais, eventual alteração desta situação poderia agravar ainda mais o quadro, devendo os envolvidos serem submetidos a tratamento psicológico”.

separados, pois a separação ou o desafeto entre os pais não significa o fim da parentalidade¹⁰⁸⁰.

Segundo investigações¹⁰⁸¹, o passado do ser humano foi um conviver e um compartilhar em família, que continua se constituindo “a escola primária da diferenciação social, o instinto familiar ou grupal”, em que o ser vivo se humaniza, se socializa, se torna humano, porque é genético, afetivo e ontológico, e não um ser genético, normatizado, à medida que, no mundo genético, o ser humano é um mero ser vivo, mas, nos mundos afetivo e ontológico, esse ser vivo se torna verdadeiramente humano, unicamente mediante a linguagem.

A realidade paterno-filial do País, quanto ao direito do poder/dever familiar, da guarda compartilhada, das visitas e do relacionamento em família retroage ao direito romano, porque a sociedade continua permitindo que o pai possa enjeitar os filhos, promovendo corte vertical do modo de ser-em-família. Com efeito, com o fim da conjugalidade, por exemplo, são raros os casos em que o pai não promove também o fim da parentalidade, não mais desejando a convivência em família e nem contribuindo para a criação e educação de seu filho. Quando o faz, é com uma insignificante pensão alimentícia, a qual, quase sempre, passa por um penoso calvário processual e, na maioria dos casos, exige ulterior processo de execução, culminando inclusive em prisão civil, demonstrando o firme propósito de ejetar de sua vida o vínculo afetivo com o filho e perpetuar o sistema romano da rejeição paterna.

Com esse modo de ser-no-mundo, o pai pretende dizer que a tridimensionalidade humana está limitada à insignificante pensão alimentícia, ficando o filho à mercê dos cuidados da mãe, e favores de algum parente, ou, muitas vezes, morador de rua, verdadeiros *filhos de ninguém*. Nesse aspecto, a comunidade jurídica e o legislador têm contribuído com a institucionalização de *ninguendades*¹⁰⁸², porque:

- a) não são tão rigorosas as sanções ao pai desafetivo;
- b) não se fomenta o relacionamento tridimensional em família;
- c) a guarda é fixada, quase sempre, ao encargo da mãe;

¹⁰⁸⁰ OST, François. *O Tempo do direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 390.

¹⁰⁸¹ BRANDÃO, Adelino. *Iniciação à sociologia do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 71.

¹⁰⁸² BRUM, Argemiro J. *O Desenvolvimento econômico brasileiro*. 20. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 1999. p. 144. Como consequência da multiplicidade de relacionamentos sexuais do homem branco com as índias, escravas e mestiças resultou o nascimento de filhos e a impossibilidade de descobrir o verdadeiro pai. A discriminação dos filhos tem início aqui, pois, para os indígenas, a mulher “não tinha participação efetiva na formação do filho, sendo apenas um recipiente adequado onde o homem depositava a semente para a germinação, desenvolvimento e geração do fruto”, pelo que os filhos nascidos de mãe índia com pai desconhecido eram chamados de *filhos de ninguém, ningundades*.

- d) fixam-se visitas bimensais, como se o filho não tivesse o humano direito de ser visitado e amado, *a cada instante de sua vida*;
- e) há possibilidade jurídica de propor ação negatória de paternidade afetiva, como se faz com os negócios jurídicos em geral, como se o direito de família fosse um apêndice do direito das obrigações ou do direito das coisas;
- f) fulmina-se o direito ao filho afetivo de investigar a paternidade/maternidade biológica; concorda-se com o desumano direito ao anonimato de quem fornece o material genético, como se o ser humano pudesse manter-se humano sem conhecer e ser a sua aurora, sua origem, o princípio de sua existência, da evolução da civilização, do desvelamento do ser do ser humano.

O ser-em-família garante o cumprimento de todos os direitos e deveres da condição humana tridimensional, como o relacionamento em família, a guarda compartilhada, o poder/dever familiar, a visitação, o parentesco, a subsistência dos filhos, etc., com a livre locomoção a ambos (ou mais) lares. Os pais *genéticos e afetivos* assumem os mesmos direitos e deveres, inclusive a responsabilidade civil, como se o filho convivesse e compartilhasse na constância da conjugalidade, da convivencialidade ou de outro modo de ser-em-família, como se não tivesse havido o fim do mundo afetivo entre os pais. Com isso, são mantidos os laços familiares de amor, de carinho, de afeto, para assimilar o impacto negativo que a ruptura conjugal/convivencial causa ao relacionamento entre pais e filhos¹⁰⁸³.

A família tridimensional *não* deve estar inundada nos limitados propósitos da família biológica normatizada, porque a verdadeira família não é decorrente do fornecimento do material genético¹⁰⁸⁴, mas, sim, compreendida pelo modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo ontológico, das circunstâncias de ser-pai, de ser-filho, de ser-irmão, de ser-marido, de ser-convivente, de ser-em-família. O desprezo pelo relacionamento em família, pela guarda compartilhada e demais direitos humanos remete fortemente contra a condição humana, a existencialidade, a gênese da vida, uma vez que a linguagem tridimensional é de um único mundo humano, de um único ser humano. Isso porque a

¹⁰⁸³ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 106-113.

¹⁰⁸⁴ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 504-505: “Numa situação de estabelecimento de paternidade/maternidade, que apresente um conflito entre as verdades biológica e socioafetiva, já existem posicionamentos no sentido de se estabelecer a paternidade/maternidade jurídica tendo por base a socioafetiva. O fundamento é a valorização do sentimento e do sujeito nas relações familiares”.

essência do ser humano não é uma coisa¹⁰⁸⁵, uma substância, um objeto, e sim a existência¹⁰⁸⁶, e a essência da existência é a liberdade, o aparecer, o acontecer, o desvelar, o habitar e a imensa capacidade de reinventar o mundo pela linguagem, que está sempre pré-posta no mundo da vida¹⁰⁸⁷.

Por essas circunstâncias do ser humano, não é possível sequer afirmar que existe o direito ao poder/dever familiar, da guarda unilateral, alternada, exclusiva, compartilhada e do direito de visitas, porque todos os direitos humanos fazem parte do relacionamento, da convivência em família genética, afetiva e ontológica (artigo 227 da Constituição do Brasil). Essa compreensão da condição humana tridimensional somente poderá ser restringida/suspensa, mas nunca revogada, sempre atendendo aos inalienáveis interesses do ser humano. Quer dizer, a convivência e o compartilhamento em família abarcam todos os demais direitos e deveres, como a guarda compartilhada, as visitas, o poder/dever familiar, os alimentos, a herança etc., os quais somente poderão ser restringidos se houver prejuízo aos interesses de algum membro familiar.

Numa só palavra, a tridimensionalidade humana reclama, salvo alguma exceção de suspensão, a intangibilidade do poder/dever familiar, do parentesco, da guarda compartilhada, de todos os direitos do modo de ser-em-família, sendo condição de possibilidade de manutenção dos modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. Isso ocorre por força de vários princípios constitucionais, como o da cidadania, o da dignidade e da condição humana e o do direito à convivência e ao compartilhamento em família (artigos 1º, II e III, e 227, “caput”, da Constituição do País), direitos existenciais do filho, contrapondo-se, se for o caso, contra os interesses dos pais.

¹⁰⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 83. O autor explica o que significa a expressão “coisa mesma”. O conceito de “coisa”, na esteira da hermenêutica filosófica gadameriana, não “traduz apenas o conceito jurídico romano de “res”; a palavra alemã “Sache” (coisa) e seu significado assumem sobretudo o que expressa a palavra latina “causa”. Portanto, na utilização alemã da expressão “coisa” quer dizer, “em primeiro lugar, ‘causa’, isto é, a coisa litigada, que está em questão”, representando a questão que se encontra entre as partes litigantes, que “precisa ser protegida contra a apoderação particular de uma ou de outra parte”. Esse registro é importante, porque, em Direito de família, se fala muito em “coisa”, mas querendo dizer “res”, um conceito oposto de ser humano, por exemplo, inumano, coisificado, monetarizado, patrimonializado. Todavia, na hermenêutica filosófica de Gadamer, que é um filósofo alemão, o conceito deve ser tomado como causa, questão, demanda judicial, o objeto de análise, o caso em concreto. Outrossim, Gadamer adverte que a expressão “a natureza da coisa” é diferente, não significando uma demanda, uma questão, uma coisa litigada, “mas os limites colocados ao arbítrio pelo legislador, na imposição da lei ou na interpretação jurídica da mesma”. Isso quer dizer, numa só palavra, que o intérprete deverá ter o cuidado de não compreender o termo “coisa” somente em um conceito, examinando o contexto do texto, do ser humano, da família.

¹⁰⁸⁶ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 116.

¹⁰⁸⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1.

5.9 A Exclusão da Tridimensionalidade Humana pela Ação Negatória de Paternidade

Em uma reportagem sobre a família portuguesa¹⁰⁸⁸ foi dito que a ausência do pai gera, na maioria das vezes, o aumento da delinquência infantil e juvenil, do consumo de drogas e do insucesso escolar. Esse abandono paterno é provocado principalmente por um problema cultural de nossos dias, o individualismo, tendo, como consequência, a rejeição das responsabilidades e dos compromissos, o que é mais visível no homem, que não tem uma ligação tão íntima com o filho. A reportagem afirma, ainda, que a ausência do pai nas famílias norte-americanas “está directamente relacionada com o aumento de divórcios e de mães solteiras. Isto se tornou um problema social que fez disparar as taxas de delinquência juvenil”.

Na seara do direito de família, o julgador deve apropriar-se dos conhecimentos da Psicanálise¹⁰⁸⁹, da História, da Filosofia, da intersubjetividade, da tradição histórica da família, porque as experiências da vida nos ensinam que o pai tem importância fundamental no recanto da família. A esse respeito, tem-se tido que, nas tribos primitivas, o pai era assassinado pelos próprios filhos para a refeição totêmica, tornando-se “mais poderoso do que jamais fora em sua vida, pois ele passa a ocupar um lugar simbólico: passa a ser um significante”. E isso ocorre porque o pai ocupa o lugar da lei, que “possibilita a passagem da natureza para a cultura, através de um interdito proibitório na relação mãe-filho”¹⁰⁹⁰.

Quando nasce uma criança, o pai comparece e a registra em seu nome: “eis o nome do pai. Até então o pai é incerto. ‘Pater sempre incertus est’ dizem os comentadores da lei. O pai, nesse caso, é uma função, nada mais; esvazia-se assim a lenda e seu aparato que idealizava a figura do pai”. A mãe fala no pai quando faz a habitual afirmação: “quando teu pai chegar, você vai ver!. A fala da mãe sobre o pai é decisiva; esta instaura o terceiro termo marcador de uma instância outra, estranha à fusão mãe/filho. A instância outra a que me refiro é de ordem simbólica”¹⁰⁹¹.

Tem sido¹⁰⁹² propagada a idéia de que a carência do pai não está ligada a sua presença,

¹⁰⁸⁸ *FAMÍLIA*: paternidade em crise, 19 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.pratica.io/>>. Acesso em: 15 ago. 2001.

¹⁰⁸⁹ DIAS, Maria Berenice; Souza, Ivone M. C. Coelho de. Separação Litigiosa, na ‘Esquina’ do Direito com a Psicanálise. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 26, n. 76, p. 237, dez. 1999.

¹⁰⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord). A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas. In: _____ (Coord). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.168 e 171.

¹⁰⁹¹ GARCIA, Célio. Psicanálise: operadores do simbólico e clínica das transformações familiares. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 298.

¹⁰⁹² BARROS, Fernanda Otoni de. Um pai digno de ser amado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.239, 243-244.

ou não, porquanto ele pode estar presente mesmo na ausência. Quem já não passou pela experiência de perder o pai e, nem por isso, perder a sua palavra? Ou seja, “a carência se coloca aí, na dimensão simbólica, na insuficiência da sua palavra”. O ser humano instala o pai no centro do complexo de Édipo, porque “ele é quem abre sua entrada para o sujeito e também quem tem a chave de saída. É com ele que o sujeito se identifica, é ele quem aponta a mãe como objeto de desejo e marca sua proibição. É ele quem garante o nome das coisas e a sua falta”. O nome do pai, conclui o autor, “deve receber o tratamento de uma instituição; como Legendre dizia, instituir o nome do pai para o filho é uma função jurídica muito importante no processo de filiação, uma vez que ‘instituir é fabricar o traçado escrito’, é legitimar o nome do pai”.

A família não é base natural, e sim cultural da sociedade, não se constituindo tão-somente por um homem, mulher e filhos, mas, sim, de uma edificação psíquica, *em que cada membro ocupa um lugar/função de pai, de mãe, de filho*, sem que haja necessidade de vínculo biológico. Prova disso é o fato de que “o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou até mesmo não ocupar o lugar de pai ou de mãe, tão necessários (essenciais) à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos”. Contudo, essa fundamental função paterna não precisa ser ministrada, necessariamente, pelo pai biológico, e sim por um pai (afetivo), na medida em que

o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá o seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção..., enfim, aquele que exerce uma função de pai¹⁰⁹³.

A figura paterna “é menos a figura do pai, enquanto ‘macho’, do que o pai enquanto autoridade ou limite para o filho, introduzindo a idéia de lei. O pai pode ser “a avó, a professora da escola, a terapeuta, enfim, qualquer pessoa do sexo masculino ou do feminino, a quem a criança possa ‘referir-se’ como entidade que a ajude a encontrar-se ou a descobrir-se como sujeito”¹⁰⁹⁴.

O novo milênio faz emergir a significação enigmática do “ser” pulsional e social

¹⁰⁹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 36 e 148.

¹⁰⁹⁴ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade/maternidade. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, p. 4, set./out. 2001.

(simbólico), porque a Psicanálise aposta na necessidade de edificação, “ainda que artificial (como tudo o que é da cultura), de uma vontade partilhada, que possibilite uma ‘fraternidade discreta’, ao redefinir, a partir do lugar e da função do sujeito, o estatuto da lei [...]”¹⁰⁹⁵. O criador do conceito psicanalítico “o nome-do-pai”, Jacques Lacan¹⁰⁹⁶, enfatiza que um dos princípios fundamentais em psicanálise é que “o pai é, em primeiro lugar, um nome – um significante – e apenas secundariamente uma pessoa (um homem, na maioria dos casos). Assim, o pai não pode ser encontrado na natureza, porque o animal que gerou outro é apenas um meio contingente para o nome que se dá a ele. Em outras palavras, os animais, falando estritamente, não têm pais”.

Isso significa que a psicanálise, ao estudar as relações familiares, atesta que a família não se constitui só por um homem e/ou mulher e descendente, mas, sim, de uma edificação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar/função de pai, de mãe, de filho, sem que haja necessidade de vínculo biológico. O pai pode ser uma série de pessoas ou personagens, como o genitor, o marido ou companheiro da mãe, o amante, o protetor da mulher durante a gravidez, os tios, os avôs, os professores, os terapeutas, quem educa a criança ou o adolescente, dá o seu nome, reconhecendo legal ou ritualmente. Diz-se que é pai quem exerce a função de pai¹⁰⁹⁷, seja homem ou mulher, ser referido como entidade e apoio no encontro e no descobrimento do filho como sujeito¹⁰⁹⁸. A ausência da figura paterna pode acarretar ao filho tendência à delinquência¹⁰⁹⁹, porque faltará a imposição de limites no modo de ser-consigo-mesmo, no modo de ser-em-família e no modo de ser-em-sociedade.

Está na hora de ser afastado o paradigma da biologia, tendo em vista que o filho precisa da figura de um pai, e não tão-somente de um genitor, para contribuir no desenvolvimento intrapsíquico, porque faz parte da condição humana o desejo de ser amado e

¹⁰⁹⁵ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Direito e psicanálise: breves apontamentos acerca do estatuto da lei. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 257.

¹⁰⁹⁶ FELDSTEIN, Richard; FINK, Bruce; JAANUS, Maire (Org). *Para ler o seminário 11 de Lacan: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise*. Tradução: Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 81. (Coleção Campo Freudiano no Brasil).

¹⁰⁹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 36 e 148. PEREIRA, Tânia da Silva. O estatuto da criança e do adolescente inovando o direito de família. In: _____ (Coord). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 229, quando se fala em lugar de pai, de mãe e de filho, “estamos falando, também, de políticas públicas de colocação familiar. Não podemos deixar de recorrer a outras ciências, abrindo novos espaços, uma vez que o Direito não esgota mais todas as possibilidades de regulação social”.

¹⁰⁹⁸ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade/maternidade. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, p. 4, set./out. 2001.

¹⁰⁹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A criança não existe. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 206.

protegido¹¹⁰⁰. Não se está confinando o liame biológico da relação paterno-filial, mas, sim, buscando os critérios hermenêuticos da razoabilidade¹¹⁰¹ na descoberta dos laços de sangue, de afeto e ontológicos. Aliás, sequer haveria necessidade de lançar os fundamentos jurídicos para justificar que numa família se respira os três modos de ser-no-mundo, já que elementos essenciais da condição humana tridimensional.

Uma vez aplicada a teoria lacaniana - exercício da função de pai e/ou de mãe -, a irrevogabilidade da filiação afetiva é proclamada pelos tribunais¹¹⁰², nos seguintes termos: “A declaração de vontade tendente ao reconhecimento voluntário da filiação, admitindo alguém ser o pai ou a mãe de outra pessoa, uma vez aperfeiçoada, torna-se irretroatável. A exemplo do que ocorre com os demais atos jurídicos, a invalidação pode verificar-se em razão de erro, dolo, coação, simulação ou fraude”.

Em outro julgamento, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se que “a verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica; mais do que isso, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, donde emerge a verdade socioafetiva. Balanceando a busca da base biológica da filiação com o sentido afetivo da paternidade, o legislador valeu-se da conhecida noção de posse de estado”¹¹⁰³, que, para a hermenêutica filosófica, são condições de ser-pai, de ser-mãe, de ser-filho, de ser-irmão, de ser-parente, de ser-em-família. Consta nesse acórdão que a presunção legal “cede diante da realidade contrária”. Essa cedência diante da realidade contrária, com o advento da Constituição do Brasil de 1988, é a edificação do modo de ser-filho-genético-afetivo-ontológico, na medida em que quando um pai educa uma pessoa como filho, mesmo que não biológico, ele deixa emergir o modo de ser-pai-filho-afetivo e os demais modos de ser-em-família.

¹¹⁰⁰ CATTANI, Aloysio Raphael et al. O Nome e a investigação de paternidade/maternidade: uma nova proposta interdisciplinar. In: NAZARETH, Eliana Riberti et al. (Coord.). *Direito de família e ciências humanas* São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. p. 30. (Caderno de Estudos, 2)

¹¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 369. O princípio da proporcionalidade é proporção, razoabilidade, adequação, validade, validade de fim, exigibilidade, necessidade, menor interferência possível, mínimo de intervenção, meio mais suave, meio mais moderado, subsidiariedade, conformidade e proibição de excesso. Nesse sentido, STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 147, o princípio da proporção “é um princípio universal no âmbito de vigência das constituições dos Estados Democráticos de Direito”.

¹¹⁰² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 117.577/7*. 2ª C.Cív. Relator: Rubens Xavier Ferreira. J. 09.03.1999, citado por Zeno Veloso. Negatória de paternidade/maternidade – vício de consentimento. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 3, out./dez. 1999.

¹¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 194.866-RS*, 3. Turma. 20.04.99. Relator: Eduardo Ribeiro. DJ de 14-06-99. Jur. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 01, (Rev. STJ-07): 239-313, julho 1999. Nesse acórdão foram citados Clóvis Beviláqua (CCv Comentado. 12. ed. Francisco Alves, 1960. v. 2, p. 237) e Luiz Edson Faccin (*Da paternidade/maternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 61 e ss.).

Todavia, no mês de maio de 2007, o Superior Tribunal de Justiça promoveu um retrocesso jurídico, social e humano, ao julgar procedente ação negatória de paternidade¹¹⁰⁴, embora presente a paternidade socioafetiva, sob o argumento de ter havido *vício de consentimento, porque o pai teria sido induzido a erro ao registrar a criança, acreditando tratar-se de sua filha biológica*.

Tendo em vista o momento histórico no direito de família, em que há necessidade de ser acolhida a afetividade como valor jurídico, não se pode concordar com esse julgado, porque:

- a) repisa o milenar pensamento da monetarização, da normatização, da sacralização, do endeusamento do mundo genético, como se o ser humano pudesse ser cuidado como coisa, como um mero ser vivo. Ocorre que somente com a afetividade o ser humano passa à condição de humano, visto que é no mundo afetivo que se inicia a linguagem;
- b) não é razoável revogar os mundos afetivo e ontológico, como se eles tivessem sido *contratados*, como ocorre com a revogação dos negócios jurídicos em geral, pois objetifica o ser humano;
- c) compreender o ser humano apenas pelo mundo genético é típico do Estado *Liberal* de Direito, em que a propriedade, e não a afetividade, é a extensão do ser humano;
- d) o direito a ser tutelado jurisdicionalmente não é exclusividade do pai, na medida em que o Judiciário tem o poder/dever de se importar também com o direito do filho, que incorporou a afetividade paterna, a qual, de uma hora para outra, é afastada do filho;
- e) em um mundo com tanta violência, sobretudo em família, julgar que o ser humano vive exclusivamente no mundo genético normatizado, como os demais seres vivos em geral, é desdenhar a essência da condição humana, que repousa em sua existência genética, afetiva e ontológica;
- f) a única condição de possibilidade de monitorar a educação, a violência doméstica, familiar e social, a indisciplina, a apatia, a doença, a inteligência, a liberdade, a cidadania, a condição e a dignidade humana *é mediante a afetividade*¹¹⁰⁵, porque o ser humano somente é humano quando se encontra em uma *situação afetiva*, sendo,

¹¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Nancy Andrighi, em 21 de maio de 2007 (acórdão ainda não disponível). Notícia constante do site desse Tribunal. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 maio 2007.

¹¹⁰⁵ GABRIEL CHALITA. *Educação: a solução está no afeto*. 8. ed. São Paulo: Gente, 2001. p. 264.

fora disso, um mero ser vivo;

- g) cada revogação da paternidade afetiva afasta os mundos afetivo e ontológico do ser humano, fomentando a violência na família e na sociedade, porque somente o tempo, a linguagem, a compreensão, o diálogo, a hermenêutica, a inteligência, *a genética, a afetividade e a ontologia* são condições de possibilidade de velar e desvelar a condição humana tridimensional e a paz social.

O Brasil não mais se encontra na Era dos Estados Absolutista, Liberal ou Social, e sim no Estado Democrático e Laico de Direito, que é um Estado Constitucional, que alberga a dignidade e a condição humana tridimensional, e não unicamente a genética normatizada. Não se deve esquecer que esse Estado suplanta as noções dos Estados absolutista, liberal e social, na medida em que transforma o modelo de produção capitalista e financeiro em uma organização social de *viés social, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades*¹¹⁰⁶.

Com a compreensão da trilogia familiar, os eventos da vida passarão a ser compreendidos pela linguagem de ser-no-mundo, porque o ser humano é um ser histórico, um existencial, “que nos permite o retorno do passado à vida”¹¹⁰⁷. É a partir da tradição da família que se velam e desvelam as experiências passadas, desembocando no presente, e possibilitando um projeto de futuro, significando que o texto, o ser humano, a família, a humanidade, não são algo pronto, perfeito, fixo, e sim um *continuum*, genético, afetivo e ontológico, que se vai formando no decorrer da história.

Quer dizer, o fato de o humano ser um ser-no-mundo faz com que tenha a idéia de um mundo que circula, com espiral hermenêutica, circulante, no qual estão imersos os fatos históricos do mundo. Ser-no-mundo, de acordo com Heidegger, não quer dizer que o homem se acha no meio da natureza, ao lado de árvores, animais, coisas e outros humanos, não sendo nem um fato, nem uma necessidade no nível dos fatos, e sim *uma estrutura de realização*¹¹⁰⁸. Por isso, é possível ponderar que o mundo, a filosofia, o ser humano, a família, o texto, a lei, a doutrina, a jurisprudência, a súmula, a filiação, a paternidade, a maternidade, a genética, a afetividade, a ontologia são todos eventos históricos hermenêuticos, estruturas de realização e de formação do ser humano.

¹¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 38.

¹¹⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 43.

¹¹⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt.1, p. 20.

A pertença à tradição somente é viável pela estrutura circular da compreensão, que permite a antecipação de sentido¹¹⁰⁹, mas é necessário ser cauteloso quando da compreensão do texto do direito de família, porque os preconceitos que nos dominam podem comprometer o verdadeiro reconhecimento do passado. Os pré-conceitos, os conceitos prévios, são necessários para o conhecimento histórico, que pode confirmar ou modificar a tradição, o que significa que a compreensão histórica não é um projeto livre, porque seus pré-conceitos turvos precisam ser purificados¹¹¹⁰.

Não há como compreender o texto do direito de família unicamente no mundo subjetivo do julgador e nem pelo preconceito genético e normatizado, e sim assentado nos arraiais da compreensão intersubjetiva da tradição, explicando e justificando a realidade como um todo, um universal entorno hermenêutico. Isso se dá porque o ser humano faz parte da realidade existencial como um todo, não podendo ser imparcial, comentando apenas o espetáculo, porque ele é parte do espetáculo da vida. Numa só palavra, o intérprete/julgador não “domina” a tradição, pelo que os sentidos não são obtidos mediante a lente deformante da subjetividade, mas, sim, pela intersubjetividade, que ocorre na e pela linguagem, havendo, em decorrência, a interdição dos sentidos arbitrários¹¹¹¹.

Isso tudo quer dizer que o reconhecimento da filiação não poderá ser revogado, por uma singela razão: os mundos afetivo e ontológico do filho não poderão ser dissolvidos por qualquer pessoa, muito menos pelos pais, ainda mais sob o argumento de que *não teriam exercido a função de pais* ou que teria ocorrido vício de consentimento, tendo em vista que a convivência e o compartilhamento em família responsável se perfectibiliza no acontecer, no evento, na realidade existencial, na condição de ser-em-família, no modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, portanto, muito antes de qualquer exercício das funções paterna/materna ou de eventual erro no reconhecimento da paternidade.

A igualdade entre todos os membros da família, acolhendo a tridimensionalidade humana genética, afetiva e ontológica (artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição do País) impede a negatória da paternidade/maternidade. Isso decorre do direito do filho aos mundos genético, afetivo e ontológico, direitos e garantias fundamentais da condição humana como

¹¹⁰⁹ HERMANN, Nadja. *Hermenêutica e educação*. Porto Alegre: DP&A, 2003. p. 47.

¹¹¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução: Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 12.

¹¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Douglas Cesar Lucas (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 363.

sujeito de direitos e de desejos¹¹¹². É dizer, os pais, o legislador, a comunidade jurídica e a sociedade não têm legitimidade para expungir a tridimensionalidade humana, à medida que apagar a chama desses mundos é eliminar a própria vida, a existência, o que não é possível, juridicamente, por se cuidar de direito indisponível, irrenunciável, imprescritível, intangível.

Há premente necessidade de modificação do pensamento paradigmático da filiação, com relação à possibilidade de proposição de ação negatória da perfilhação, impondo-se a compreensão do direito de família com visão genética, (des)afetiva, ontológica, (neo)constitucionalista, hermenêutica, filosófica e humanista, arrefecendo-se as amarras da doutrinalização, da jurisprudencialização¹¹¹³, da baixa constitucionalidade e compreensão do texto do direito de família, ao propagar-se a idéia equivocada da revogabilidade dos três mundos humanos. Com a tridimensionalidade humana torna-se necessário repensar o enfoque lacaniano e jurisprudencial, já que a família *não é só* um comportamento, uma função de pai, de mãe, de filho, de irmão, de avós ou suscetível de ser anulado como os negócios jurídicos em geral. O ser humano é um modo de ser, um jeito de ser, *um existencial*, uma realidade da vida, que caracteriza o modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, os quais, a toda evidência, são irrevogáveis.

Com efeito, quando Lacan refere que há necessidade do exercício da função de pai, ele não quer dizer que essa função é exercida após o reconhecimento da paternidade/maternidade, mas, evidentemente, quando do modo de ser-em-família, anteriormente, portanto, do acolhimento da verdadeira filiação, genética ou afetiva. Admitida a hipótese da necessidade do exercício da *função de pai* ou acolhida a negatória de paternidade pelo vício de consentimento, estar-se-á, como sempre, objetificando o ser humano, porque, em um momento (no modo de ser-pai, de ser-em-família), ele será desejado como filho, mas, em outro (caso não exercida a função de pai por algum lapso temporal), será enjeitado como coisa.

O evento que deu origem genética e/ou afetiva ao ser humano é um acontecer em

¹¹¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 160: “Sujeito de direito é também um ‘sujeito de desejo’ e, portanto, um sujeito-desejante. A fisiologia do desejo é estar sempre desejando algo a mais. Desejo é falta. É assim nossa estrutura psíquica. Somos sujeitos da falta”. PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do ‘melhor interesse da criança’ no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 210. “Sujeito de direitos, significa, para a população infante-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”.

¹¹¹³ MORAIS, José Luís Bolzan de; AGRA, Waber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 217, 2004.

família, na medida em que ele “não é coisa ou substância, mas uma actividade vivida de permanente autocriação e incessante renovação”¹¹¹⁴. Isso porque a genética, o afeto, o desafeto, a ontologia, não são em si mesmo algo psíquico, um estado interior, mas, sim, *um modo existencial*¹¹¹⁵, querendo-se dizer que os modos de ser-no-mundo tridimensional são fenômenos, existenciais, momentos, eventos, instantes, fatos, acontecimentos, que se mostram por si mesmos, sem qualquer ingerência normativa ou exercício da função paterna ou materna.

Não é só o pai que abre a entrada para o sujeito, garantindo o nome das coisas e a sua falta, e nem “o nome do pai” deve receber o tratamento de uma instituição, legitimando-o¹¹¹⁶. Isso porque não é o ser humano quem indica as coisas, a função de pai, de mãe, de filho. São as coisas que se revelam ao humano, o qual sempre está mergulhado na linguagem, na qual o mundo se apresenta¹¹¹⁷, sendo o lugar de onde ele fala e desde sempre se encontra¹¹¹⁸. Existência que pode ser compreendida é linguagem¹¹¹⁹, que, desde sempre, edifica e carrega as estruturas de realização e de formação do ser humano.

Não é tão-só pela função de pai, como também pela palavra, pela linguagem, que as coisas chegam a ser e são¹¹²⁰, porque ao nascer, o ser humano é lançado em um mundo de significados e de valores, em um mundo pré-pronto, sendo por isso que ele não pode pensar como entidade neutra avaliadora da realidade¹¹²¹. A linguagem não pode ser objeto de pensamento, porque o ser humano não é sujeito, mas servo da linguagem, não se tornando o senhor dela, na qual ele repousa e só pode advir a partir dela, sendo ela que fala por meio dele, e não ele que a traga¹¹²².

Na relação paterno/materno/filial pode ser utilizada a expressão “que nenhuma coisa é

¹¹¹⁴ BLANC, Mafalda de Faria. *Introdução à ontologia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. p. 110. (Coleção pensamento e filosofia).

¹¹¹⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt.1, p. 61 e 189.

¹¹¹⁶ BARROS, Fernanda Otoni de. Um pai digno de ser amado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 239, 243-244.

¹¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 581.

¹¹¹⁸ LUCAS, Douglas César (Coord.). Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”. In: _____ (Coord.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006 p. 35.

¹¹¹⁹ KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Tradução: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 257, 265, 271-273 e 276.

¹¹²⁰ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969. p. 44. (Coleção idéias).

¹¹²¹ D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 409-414.

¹¹²² PIRES, Celestino. Deus e a teologia em Martin Heidegger. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 26, fase 3-4 p. 42. jul./dez. 1970.

onde falta a palavra”¹¹²³, significando que não é unicamente o exercício da função de pai ou um ato volitivo, que poderá ser anulado a qualquer tempo, que vai estabelecer a paternidade/maternidade, e sim “a” palavra, pois “só onde há palavra é que há coisa” ou, dito de outro modo, “só a palavra concede o ser às coisas”¹¹²⁴, porquanto “é aprendendo a falar que crescemos, conhecemos o mundo, conhecemos as pessoas e por fim conhecemos a nós próprios”¹¹²⁵.

Não é unicamente a subjetividade do intérprete, o exercício da função de pai ou o reconhecimento da paternidade sob o manto genético que funda e que descreve as coisas, os objetos do mundo, e sim a intersubjetividade, a linguagem, a palavra, o modo de ser-pai, a condição de ser-mãe, o jeito de ser-em-família. Ter mundo é ter linguagem, querendo-se dizer que “o mundo, como meio universal de significado, não é um objeto, mas um todo não-matemático, no qual e pelo qual o ser humano (*Dasein*) vive”¹¹²⁶ O humano é um ser¹¹²⁷ vivendo na linguagem¹¹²⁸, pelo que tudo o que existe no mundo é produção de uma linguagem, que nos antecede, nada podendo ser existente, identificado, expressado sem a utilização de uma linguagem.

Muito antes de nascer, viver, legislar, compreender, interpretar, brincar, estudar, trabalhar, amar, odiar, (des)casar, (des)conviver, exercer a função de pai, de mãe, de filho ou de reconhecida a paternidade afetiva, o ser humano já sempre habitou na linguagem, o que quer dizer que “a linguagem nasce do ser e com o ser, que é o modo como o homem primeiro compreende a si e às coisas”¹¹²⁹. O ser humano não apenas possui linguagem, mas é linguagem¹¹³⁰ familiar tridimensional, independentemente do exercício ou não da função paterna, materna, filial, parental ou de reconhecimento de filho unicamente pelo liame

¹¹²³ HEIDEGGER, Martin. *O caminho da linguagem*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 124, 191-193. A expressão *que nenhuma coisa é onde falta a palavra* foi extraída pelo autor em analogia ao poema de Stefan George, com o título *A palavra*, texto publicado em 1919, em que consta a expressão: *nenhuma coisa que seja onde a palavra faltar*.

¹¹²⁴ ZARADER, Marlène. *Heidegger e as palavras de origem*. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. p. 239 e 267.

¹¹²⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 176.

¹¹²⁶ KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Tradução: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 174.

¹¹²⁷ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *O acesso à jurisdição e a garantia do crédito-débito tributário para impugnar a execução fiscal: uma releitura hermenêutica*. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index_revista_doutrina.trf4>. Acesso em: 12 jul. 2005. Invocando Heidegger, afirma que “o ser é algo autônomo e independente que se dá em seu sentido, ou seja, não há uma definição do ser, e sim há sempre uma experiência de seu sentido, porque o tempo o faz velar e desvelar-se”.

¹¹²⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 173.

¹¹²⁹ STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 55.

¹¹³⁰ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio; FLICKINGER, Hans-Georg; _____ (Org.). *Hermenêutica filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p.192.

biológico.

É por essas e outras razões que se pode afirmar que não é exclusivamente o exercício da função de pai, de mãe, de filho, de irmão, de parentalidade, de conjugalidade, de convivencialidade ou de qualquer conduta humana que devem ser elevados a uma instituição, porque quem abre a entrada para o sujeito, garantindo o nome às coisas e a sua falta é a *linguagem familiar, as cargas pré-genéticas, pré-afetivas e pré-ontológicas*, que já estão imersas, desde sempre, por meio da tradição histórica da família, na condição humana tridimensional.

Um exemplo pode ser citado: quando da adoção judicial, adoção à brasileira, reconhecimento voluntário ou judicial da filiação, do filho de criação e de qualquer espécie de relacionamento em que haja nascimento de humano genético ou afetivo, *não há* necessidade do exercício de qualquer função familiar ou de reconhecer o filho apenas se genético, uma vez que os modos de ser-em-família perfectibilizam-se ainda antes da concepção genética e/ou afetiva do ser humano. Isso porque se o mensageiro já vem sempre com a mensagem, mas também já deve ter ido até a mensagem¹¹³¹, também na relação sexual, assexual ou no reconhecimento da paternidade afetiva, o material genético e o modo de ser-pai, de ser-em-família já desde sempre vem com a mensagem do mundo biológico e/ou afetivo do filho. O mensageiro (o pai e/ou a mãe) já foi(ram), antes da concepção, até a mensagem (o relacionamento sexual ou assexual e o acolhimento da paternidade afetiva).

Numa só palavra, não há sequer necessidade de registro ou de exercício da função de pai para averiguar se houve afetividade, na medida em que isso ocorre no momento em que o pai ou a mãe decide ser pai, ser mãe, não importando a sua origem (genética, afetiva, sexual ou assexual). Isso ocorre porque o jeito de ser-pai, de ser-mãe, de ser-em-família, está delineado muito antes do registro e/ou do exercício da função de pai, de mãe. Um exemplo pode ser extraído inclusive da normatização genética do ser humano, à medida que o artigo 1610 do Código Civil diz que “o reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”. Esse reconhecimento da paternidade/maternidade não é, de modo algum, na qualidade de o filho ser genético, porque alguém pode, via testamento, admitir a paternidade/maternidade de outrem sem se importar e nem comprovar que se cuida de filho biológico.

A cultura jurídica do mundo ocidental de:

¹¹³¹ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2006. p. 117.

- a) proibir o ser humano de investigar a paternidade/maternidade genética;
- b) possibilitar a negação da filiação/paternidade/maternidade afetiva;
- c) acobertar os pais no anonimato;
- d) impossibilitar a condução do investigado na produção do exame genético em DNA, são chagas sociais dos últimos milênios causadas pela metafísica, filosofia da consciência, método supremo da subjetividade, que têm por objetivo a eternização da entificação, da objetificação, da coisificação, da monetarização, da mercantilização dos existenciais genético, afetivo e ontológico.

Vê-se que faz parte da condição humana o direito de conhecer e ser a tridimensionalidade, já que se cuida da própria evolução civilizatória, da origem, do princípio, da observância da isonomia, da diversidade, da moral e da ética entre os seres humanos. Isso quer dizer que no mundo ocidental há necessidade de ser inicializada uma autêntica revolução científica, no sentido kuhniano, para que seja revisitado o pensamento metafísico da impossibilidade de o ser humano identificar o seu princípio genético e afetivo, não importando a forma em que veio e como vive no mundo humano.

Não é sem razão que Heidegger¹¹³² se rebela contra o esquecimento do ser do ser humano, de sua transformação em simples vapor, como disse Nietzsche, certificando que nenhuma catástrofe no planeta seria comparável à privação de “toda a possibilidade de dizer e compreender a palavra ‘é’”, porque, para Heidegger, “basta que o homem (o ser humano) ‘viva’ e atue ‘próximo da vida’, ‘próximo da realidade’”, uma vez que, como diz Wilhelm von Humboldt, *o ser humano é: ser humano*¹¹³³. Isso, em linguagem familiar, quer dizer que o ser humano é um ser humano, e não uma coisa, um objeto, uma mercadoria, e que o ser do ser humano somente poderá ser compreendido dentro de sua condição humana tridimensional e temporal, já que ninguém é dono do tempo, mas, pelo contrário, todos são servos da linguagem e do tempo de todos os tempos.

Em decorrência, o artigo 1.601 do Código Civil¹¹³⁴ e a cultura jurídica do mundo ocidental postam-se frontalmente contra toda a principiologia constitucional, principalmente

¹¹³² HEIDEGGER, Martin. *Heráclito*. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 96-97. Nas pp. 74 e 75, o autor esclarece que a palavra “é” é uma derivação da palavra “ser”, e ser “é a palavra de todas as palavras”, e “como a palavra de todas as palavras, a palavra ser é, portanto, propriamente, a palavra-originária-do-tempo. Como palavra de todas as palavras, ser, esta palavra-do-tempo nomeia ‘o tempo de todos os tempos’. Ser e tempo pertencem um ao outro de maneira originária”.

¹¹³³ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 7.

¹¹³⁴ Artigo 1.601 do Código Civil: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade/maternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único: Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm o direito de prosseguir na ação”.

da dignidade e da condição humana tridimensional, ao permitir que alguém possa afastar algum dos três mundos do ser humano, com a interposição de ação negatória de paternidade/maternidade. Isso seria o mesmo que fomentar a família como uma aquisição de propriedade e de posse, renunciável e transferível, a qualquer tempo, cuja linguagem é lembrada pela tradição histórica do direito de família romano, em que o homem tinha o poder de vida e de morte sobre a esposa, filhos e escravos.

Contudo, o tempo, o senhor dos seres vivos em geral, inclusive dos humanos, denunciou esse equívoco, trazendo ao Brasil a isonomia não apenas entre os cônjuges, mas também entre todos os membros da família, não importando se originários da biologia ou da afetividade. Quero dizer que o modo de ser-em-família não é efetivado dentro do mundo genético normatizado, o mundo das necessidades dos seres vivos em geral, em que sequer há vida humana, pois uma família é compreendida no âmago dos mundos genético, afetivo e ontológico, onde a linguagem se manifesta, transformando o mero ser vivo genético em ser humano. Numa só palavra, uma vez reconhecida/declarada a paternidade/maternidade, nenhum ser humano deveria negá-la/revogá-la, sob pena de afastar a condição humana tridimensional, a própria existencialidade, o princípio, a gênese, a aurora do mundo humano biológico e afetivo.

Essa linguagem somente será compreendida se o intérprete aceitar a paternidade/maternidade tridimensional para além de toda compreensão, mediante a pré-compreensão do círculo hermenêutico, a suspensão de seus preconceitos, a fusão de horizontes e a tradição da família. Dito de outro modo, a paternidade/maternidade “é”: o ser humano; o ser humano “é”: a paternidade/maternidade, porque ambos são existências, pelo que promover a negação da paternidade genética, afetiva e ontológica é afastar a própria essência humana, que é a existência, cuja essência é, em família, por exemplo, a liberdade de ter dois pais e duas mães, com a acumulação de todos os direitos da tridimensionalidade.

A cultura jurídica deve reconhecer todas as hipóteses de investigação de paternidade (genética, afetiva, natural e medicamente assistida), simultaneamente, acrescentando-se os seus efeitos jurídicos, impedindo, portanto, a negação da paternidade genética e afetiva e, em decorrência, da dignidade e da existência humana. Caso contrário, apenas será possível compreender alguns fragmentos da essência do ser humano (a normatização genética ou afetiva ou ontológica), e se o ser humano for somente fragmento normativo da compreensão existencial genética, qualquer tentativa de reconstituir o todo (a tridimensionalidade) ficará entregue a arbitrariedades. Portanto, ou compreendemos o ser humano como um todo, ou nele não será possível compreender sequer algum fragmento de iluminação do todo do ser

humano, e sim apenas uma coisa, uma mercadoria, portanto, objetificado, desalojado do mundo humano, um vivente do mundo dos seres vivos em geral.

É preciso compreender que a paternidade e a filiação socioafetiva são tão irrevogáveis quanto a paternidade e a filiação biológica, pelo que, quando presentes a filiação e a paternidade genética e afetiva, devem-se manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos dessa relação de parentesco, já que faz parte da trajetória da vida, dos modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico do ser humano.

Com esse pensamento, conclui-se que a negatória da filiação perdeu seu referencial, sua linguagem biológica e normatizada, visto que a base principiológica do ser humano é genética, afetiva e ontológica, um modo existencial. É dizer, em vista da necessidade do ser humano conhecer os seus modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, não será mais possível a revogação desses três mundos, porquanto a família saltou de um comportamento, para um modo de ser-no-mundo, que é irrevogável, indisponível, imprescritível.

5.10 A Interdição e a Tridimensionalidade Humana

Acerca dos mistérios da saúde, Gadamer, falecido aos 102 anos de idade, afirma que o ser humano não é composto de partes, e sim da totalidade humana, e que a ausência de saúde causa ofensa à totalidade, à integridade, ao todo do ser humano em sua relação com o mundo da vida, sendo a doença uma espécie de exclusão da vida. O autor quer dizer que “algo nos falta de cada vez que estamos doentes”, à medida que o paciente não tem a capacidade de sentir-se bem, de sentir-se como um ser-no-mundo, de sentir-se como uma totalidade humana, sendo a cura, em decorrência, “como que um retorno às vias restabelecidas da vida”¹¹³⁵.

O estado de saúde, lembra Gadamer, não é apenas um sentir-se bem, mas um “estar-aí, estar-no-mundo, é um estar-com-os-outros, um sentir-se satisfeito com os afazeres da vida e manter-se activo neles”, porque a vida somente é vivida com plenitude quando compreendida pela linguagem da saúde. A presença da doença faz com que o humano não se sinta bem, não se sinta em casa, não se sinta um ser-no-mundo, um ser-com-os-outros e nem se sinta

¹¹³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *O mistério da saúde: o cuidado da saúde e a arte da medicina*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1993. p. 59-61, 63, 75, 82, 97-100, 109, 129-131, 160.

satisfeito com seus afazeres e da montanha da vida¹¹³⁶, comprometendo sua condição humana tridimensional.

De acordo com Gadamer, o equilíbrio da saúde humana precisa ser cuidado pelo paciente, pelo médico e pelo Estado, nos seguintes termos:

- *O Equilíbrio da Saúde Efetivada pelo Paciente*

O paciente deve se “auscultar e escutar-se a si mesmo, o encher-se com o todo da riqueza do mundo, num instante sereno, não perturbado pelo sofrimento”, uma vez que “são instantes em que cada qual está mais perto de si mesmo”, no seu mundo ontológico, em que ele se conhece e sabe quando alguma coisa não está bem. Desse pensamento extrai-se o cuidado do ser humano consigo mesmo, à medida que ele precisa “aprender que todas as perturbações da saúde, desde as pequenas dores até às infecções, constituem, na realidade, acenos para que se trate de recuperar a medida, o conveniente, o equilíbrio”.

Isso significa que o ser humano, nas primeiras perturbações da saúde, deve ter o cuidado de procurar imediato socorro médico, para evitar que a doença promova todo esse desequilíbrio em sua vida. Para conseguir o equilíbrio da vida, o humano precisa esquecer a suspensão da saúde, visto que “uma das grandes forças curativas da vida é a possibilidade de sucumbir, todas as noites, ao sono reparador que permite o esquecimento”. O que Gadamer quer dizer é que quem não consegue esquecer a sua doença já está com uma grave doença, que é a ausência de possibilidade do esquecimento dos problemas do mundo da vida;

- *O Equilíbrio da Saúde Promovida pelo Médico*

O médico exerce função essencial na promoção do reingresso do paciente no círculo habitual da sua vida, fazendo-o esquecer que é um paciente em tratamento. Com relação às doenças crônicas, aos casos desesperados e às doenças que não têm cura, resta ao médico sempre o recurso de aliviar o sofrimento, querendo-se dizer que “problemas terríveis pesam sobre o médico, sobretudo no tocante à chamada preparação para a morte”.

Com isso, cresce a importância da boa consulta médica, não bastando que o médico olhe nos olhos do paciente, mas, sim, que ele olhe nos olhos da doença, que ele encare a

¹¹³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?* Tradução: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: Ed UERJ, 2005. p. 51, em análise aos poemas *Hausto-Cristal*, de Paul Celan, afirmando que o monte-vida, a montanha da vida, “somos todos nós, com toda a nossa experiência acumulada”.

doença, mediante “a mão que palpa, o ouvido fino, a palavra exacta, o olho atento”. O paciente tem o direito de ser examinado em sua totalidade, o que inclui não apenas ouvir o relato da doença, mas, principalmente, o olhar e o palpar o paciente e a doença com a mão e com o ouvido do médico, pois em cada paciente se encontra um olhar solícito, aguardando a cura ou, pelo menos, o abrandamento do sofrimento.

Esse vaivém da palavra entre paciente e médico é efetivado mediante uma conversação, um diálogo, que nenhum dos dois dirige, mas que conduz a ambos ao caminho do equilíbrio da saúde, da alma e da paz social, para que não haja uma verdadeira conversação de surdos¹¹³⁷, visto que “onde não há vínculo, também não pode haver diálogo”¹¹³⁸, e porque a compreensão é uma linguagem universal, é perguntar e responder, ouvir e ser ouvido¹¹³⁹;

- *O Equilíbrio da Saúde Garantido pelo Estado*

O Estado tem o dever/obrigação de promover a integração total do paciente consigo mesmo (mundo ontológico), na vida familiar, profissional e social (mundo afetivo) e a harmonia integral da saúde física e mental (mundo genético), cuja forma de vida não é abstrata, e sim concreta, real. Para tanto, terá de buscar a inserção do “próprio auto-equilíbrio num todo social maior, no qual se colabora e que também se partilha”, à medida que “a cura é como que um retorno às vias restabelecidas da vida”.

Com relação ao portador de desequilíbrio mental, Gadamer pontifica que “o estado de equilíbrio que se qualifica como saúde mental é, precisamente, um estado da pessoa na sua totalidade – e não apenas de um pacote das suas capacidades – e abarca toda a sua relação com o mundo”. Significa que o portador de desequilíbrio mental (ou físico) não perde seus três mundos, genético, afetivo e ontológico, havendo um enfraquecimento dessa tridimensionalidade humana enquanto perdurar a doença, porque ele “já não domina as possibilidades que o rodeiam”, em vista da incapacidade de promover o auto-equilíbrio mental (ou físico).

¹¹³⁷ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 140.

¹¹³⁸ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 57.

¹¹³⁹ OHLWEILER, Leonel Pires. *Verbete Ontologia Jurídica*. BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 621. Com base em Heidegger, diz o autor que “perguntar é muito mais estar permanentemente construindo caminhos, razão pela qual nossa atenção há de voltar-se para o caminho e não ficar preso a conceitos e rótulos isolados”.

A respeito da saúde mental, Gadamer diz ainda o seguinte¹¹⁴⁰:

Na doença mental, o estado do indivíduo não degenera nem se degrada, simplesmente, em animal-vegetativo. A deformação do equilíbrio em si mesmo continua a ser mental. Como Bilz demonstrou com grande clareza, a doença surge estruturalmente como uma excrescência que figura entre as possibilidades da essência humana. Segundo creio, até a perda total da distância a respeito de si mesmo, peculiar algumas formas de demência se deve considerar sempre como uma perda do equilíbrio humano. Como toda a perda, também a perda do equilíbrio “mental” é dialéctica e suscetível de recuperação, mas acaba por conduzir à destruição total, quando não se consegue recuperar o equilíbrio de forma permanente. De modo que a doença mental – mesmo no caso de que tenha um hipotético carácter definitivo – continua a ser um testemunho de que o homem não é um animal inteligente, mas, sim, um homem.

Nesse sentido, agiu com correção o legislador, ao determinar, no artigo 1.777 do Código Civil, que a internação do interditado somente se dará quando ele não se adaptar ao convívio doméstico, preservando-se, com isso, os princípios da dignidade e da tridimensionalidade humana. Isso quer dizer que a internação e interdição serão admitidas unicamente se em benefício do interditado, e não por interesse de sua família, como ocorria com a legislação anterior (Código Civil de 1916). A expressão não se adaptar ao convívio doméstico não significa que possa ser internado ou interditado por ser um incômodo dentro da família, e sim que ele não se adapte à comunhão plena de vida familiar genética, afetiva e ontológica, carecendo do auxílio de outras pessoas, precisando de proteção, e não de pena, da família, da sociedade e do Estado.

O comprometimento da saúde física e mental não acarreta a perda, e sim o abalamento da tridimensionalidade humana, havendo imensa importância no cuidado da saúde, por parte da trílogia: paciente, médico e Estado:

- a) por parte do paciente, para que busque, nos primeiros sinais de que algo não está bem, socorro médico;
- b) o médico, por sua vez, não deve cuidar do paciente como mais uma consulta, e sim

¹¹⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. *The enigma of health*. Tradução: Jason Gaiger; Nicholas Walker. Califórnia: Stanford University Press, 1996. p. 60. “When suffering from mental illness our condition does not simply fall into na animal-vegetative; the deforming loss of equilibrium is rather itself something which peculiarly affects the mind. Structurally this deformation appears, as Bilz has illuminatingly shown, as a potential virulence which always already belongs to the essential possibilities of human beings. In my opinion even the complete loss of distance towards one-self which characterizes certain forms of equilibrium. Like all loss of equilibrium, “mental” disturbance too is dialectical, capable of being restored but also capable of leading finally to complete destruction through total loss of personality if the restoration of equilibrium cannot permanently be maintained. Thus even the dark misfortune of mental illness provides confirmation that a person is not an intelligent animal, but rather a human being”.

como “a” consulta, como se fosse a primeira, olhando principalmente nos olhos da doença, e não apenas nos olhos do paciente;

- c) o Estado deve completar esse tripé de cuidado ao ser humano enfermo, cujo entendimento já foi firmado, desde o ano de 2000, pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁴¹, nos termos:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Dessa forma, o direito à saúde (física, mental, etc.) faz parte da vida, da existência, que é a essência do ser humano, pelo que o Poder Público, em qualquer de suas esferas governamentais (Município, Estado, União), tem o dever/obrigação constitucional de proteger o ser humano. Isso tudo mediante cuidado prévio contra a doença, importando-se e responsabilizando-se, solidariamente, independentemente do local em que a pessoa residir, com o fornecimento, gratuito, de consultas, de medicamentos, de exames laboratoriais,

¹¹⁴¹ REsp. nº 271286 AgR/RS. Relator: Celso de Mello, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, j. em 12/09/00, DJU 24/11/00. Disponível em: www.stf.gov.br. Acessado em 19.05.2007. Acórdão também citado por SCAFF, Fernando Facury. O jardim e a praça ou a dignidade da pessoa humana e o direito tributário e financeiro. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 4. p. 108. 2006.

readaptação funcional, benefício social e todo auxílio para a reaquisição da condição humana tridimensional.

5.11 A Mediação na Solução dos Conflitos no Direito de Família Tridimensional

A mediação familiar somente poderá ser compreendida pela interdisciplinaridade, buscando um encontro entre pontos de vista divergentes, permitindo a transformação da realidade social¹¹⁴², em que o mediador precisa ser bem informado na coisa mesma (na questão jurídica em análise) e disposto ao diálogo.

A linguagem da mediação é direito de todos e dever/obrigação da sociedade e do Estado (artigo 226, cabeça, da Constituição do País), a qual não tem a finalidade de decidir lides, e sim ser uma tentativa de (r)estabelecer o diálogo, a conversação, a comunhão plena de vida genética, afetiva e ontológica. A mediação é uma linguagem democrática, hermenêutica, tridimensional, republicana e laica, tendo duas principais finalidades: a primeira, harmonizar a linguagem quando os membros da família estão com qualquer dificuldade de conviver e compartilhar nos três mundos da família; a segunda, contornar o conflito familiar judicial, significando que a mediação buscará aplainar a perda da linguagem em família durante e após a sua dissolução, evitando, que os seus integrantes atinjam a rede da litigiosidade judicial, ou para harmonizar os efeitos jurídicos do fim da conjugalidade, da convivencialidade, dos modos de ser-em-família.

O mediador buscará esclarecer aos componentes familiares a necessidade de compreensão da tolerância na diversidade tridimensional humana, que reside em todos os seres humanos, explicando que a diferença que eu encontro no outro é a mesma diversidade que o outro encontra em mim, que precisa ser assimilada, respeitada, admitida, urbanizada, humanizada, porque nem eu e nem o outro somos desafetos, propriedade, posse, coisas ou objetos de dominação, e sim seres humanos com direitos, deveres e desejos, coisas, porque cada um tem o seu próprio modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

Isso quer dizer que a diversidade humana não pode ser motivo de discórdia, de violência, mas, sim, de liberdade para conviver e compartilhar, ao mesmo tempo, os três

¹¹⁴² BARBOSA, Águida Arruda. Para todos. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, ano 4, n. 26, p. 4, maio/jun. 2004.

mundos humanos, e de assimilar eventual conflito familiar, que é inerente à própria condição do ser humano, da família, da sociedade, do Estado, à medida que se eu insisto para que o outro se ajuste aos termos de minha forma de vida, do meu jeito de ser-nos-três-mundos, não o estarei tomando como pessoa, mas como instrumento, como objeto, assim como se eu me ajustar ao modo de ser do outro, estarei sendo usado como objeto¹¹⁴³. Para tanto, compreender o que é o outro é de fundamental importância, assevera Castoriadis¹¹⁴⁴, porque o ser humano vive *por diferença, mas não em oposição aos outros*, querendo dizer que não somos inimigos, opositores ou desafetos, mas, sim, diferentes uns dos outros, pelo que ser civilizado é aceitar que o outro humano colabore mutuamente na luta por uma vida melhor.

A mediação terá como condição de possibilidade um conciliador, um pacificador, um hermeneuta, cujo poder estará (de)limitado na (re)condução da família ao diálogo, à conversação, procurando incutir aos seus membros a aceitação das três *diversidades humanas* que presidem a vida de todos os humanos. Na mediação precisa ser cultivada a linguagem, que somente existe no mundo humano, porque, segundo Gadamer, “ser que pode ser compreendido é linguagem”¹¹⁴⁵, a qual não somente é a casa do ser, mas também a casa do ser humano, na qual ele vive, se instala, se encontra a si, se encontra a si no outro. Escutar tudo aquilo que nos diz algo, e deixar que nos seja dito – eis onde reside a exigência mais elevada que se apresenta a cada ser humano¹¹⁴⁶.

Somente pela linguagem o mundo se apresenta¹¹⁴⁷, motivo por que toda conversação em família deve gerar uma linguagem comum, que surge com o diálogo, não significando a adaptação de uns aos outros, e sim a aceitação das diversidades humanas. A linguagem é, por sua essência, conversação, somente adquirindo a realidade da vida quando do entendimento mútuo¹¹⁴⁸, uma vez que onde há diálogo haverá vínculo humano¹¹⁴⁹, já que, sem falar uns com os outros, sem entender-nos uns aos outros, e até sem entender-nos

¹¹⁴³ MAY, Rollo. *A Descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. Tradução: Cláudio G. Somogyi. 4. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 139-141.

¹¹⁴⁴ CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto*. Tradução: Regina Vasconcelos. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 4, p. 207.

¹¹⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 612.

¹¹⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Tradução de António Hall. Lisboa-Portugal: Capa de Edições 70, 1989. p. 132.

¹¹⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 581.

¹¹⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 575-6.

¹¹⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 57.

quando faltam argumentações lógicas concludentes, não existiria nenhuma sociedade humana¹¹⁵⁰.

De acordo com Gadamer, compreensão significa entender-se uns aos outros, hermenêutica, filosofia, Arte do entendimento, diálogo, conversação, ou, como diz Stein, “estar por alguém”¹¹⁵¹, que é “uma forma de realização da vida social humana, que, em última formalização, representa uma comunidade de diálogo”¹¹⁵², que não é guiado mediante um processo orientado por regras, mas, sim, pelo viver cotidiano, pela realidade da vida, que é trazido ao ser humano, à família, que se pretende compreender¹¹⁵³.

Não há dúvida de que a família é o lugar na humanidade em que há mais necessidade de diálogo, de conversação, de entendimento, de aceitação da diferença tridimensional, de ouvir e de ser ouvido, isso devido ao fato de seus membros (cônjuge, convivente, pai, mãe, filho, irmão, parente) estarem diuturnamente em contato mais íntimo com os modos de ser-no-mundo. Como certifica Gadamer¹¹⁵⁴, um verdadeiro diálogo não é experimentar algo de novo, “mas termos encontrado no outro algo que ainda não havíamos encontrado em nossa própria experiência de mundo”. Isso quer dizer que diálogo é o encontro “entre dois mundos, duas visões e duas imagens do mundo”, havendo sempre uma transformação nos seres humanos que dialogam, que conversam e procuram se compreender na linguagem genética, afetiva e ontológica.

A condição de possibilidade da mediação é a hermenêutica, o diálogo, o encontro entre dois seres humanos, é o relacionamento em família genética, afetiva e ontológica, que perpassa, necessariamente, pelo vaivém da palavra, pelo aceitar que o outro possa ter razão¹¹⁵⁵, pela retórica¹¹⁵⁶, porquanto a linguagem “nos oferece a liberdade do dizer a si mesmo e

¹¹⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p.370-1.

¹¹⁵¹ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 121.

¹¹⁵² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 248; e GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 292, 297 e 369.

¹¹⁵³ SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 385.

¹¹⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 243, 246-247, 251-252, 368.

¹¹⁵⁵ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e direito*: uma possibilidade crítica. Curitiba: Juruá, 2003. p. 189-190.

¹¹⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 370-1. Diz o seguinte sobre retórica. “A corrente tradicional que transmitia o saber humano de uma geração à outra sem submetê-lo à crítica era a retórica. Isso torna-se estranho ao homem moderno, uma vez que a palavra retórica parece-lhe uma palavra depreciativa, usada para uma argumentação não objetiva. Mas é preciso devolver ao conceito de retórica seu verdadeiro alcance. Abarca qualquer forma de comunicação baseada na capacidade de falar e é o que dá coesão à sociedade humana. Sem falar uns com os outros, sem entender-nos uns aos outros, e até sem entender-nos quando faltam argumentações lógicas concludentes, não existiria nenhuma sociedade humana. Daí, a necessidade de recobrar nova consciência da significação da retórica e do lugar que ocupa na cientificidade moderna”.

deixar-se dizer”. Em decorrência dessa capacidade para dialogar, surge a possibilidade de cada membro da família ser o mesmo para o Outro, na medida em que a “compreensão sempre vem ligada com linguagem”, sendo, ela mesma, um acontecimento, um evento, o que significa que mediação hermenêutica não ocorre às esconsas da linguagem¹¹⁵⁷.

O mediador, o pacificador, o hermeneuta, precisa pré-compreender, por meio da tradição, que um dos grandes problemas dos integrantes da família é de que eles têm, muitas vezes, ouvidos de mercador, ouvindo apenas a si mesmo, buscando com tanta compulsividade os seus próprios interesses que não conseguem ouvir o que dizem os demais humanos. É por isso que Gadamer enfatiza que a capacidade constante de voltar a dialogar, de ouvir o outro, é a verdadeira elevação do homem à humanidade, porque “a incapacidade para o diálogo parece-me ser mais a objeção que se lança contra aquele que não quer seguir nossas idéias do que uma carência real no outro”, recomendando que “um diálogo entre parceiros, talvez, tenha que ser infinito para não cair em verdadeiros diálogos de surdos”¹¹⁵⁸.

Em Gadamer é possível extrair uma leitura de como conduzir uma mediação, uma pacificação em família, com a sua compreensão, linguagem universal, que significa conversar, perguntar e responder, de ouvir e ser ouvido, da espiral hermenêutica e filosófica, do método universal, da suspensão dos preconceitos, da fusão de horizontes, da tradição, de que “não haja coisa alguma ali onde se rompe a palavra”¹¹⁵⁹. Onde reside a hermenêutica, a filosofia, a linguagem, compreende-se a palavra, o diálogo, a conversação, a verdade do ser humano e da família, porque “a hermenêutica, por ser crítica, está inexoravelmente condenada à abertura e ao diálogo”¹¹⁶⁰, pelo que “compreender é o caráter ontológico original da própria vida humana”¹¹⁶¹.

Com a aceitação da mediação em família será possível a reconstituição da tridimensionalidade humana, mas, se esse intento não for obtido pelo pacificador, pelo mediador, pelo menos seja tentada uma cadência dos direitos e dos desejos dos membros da família, por exemplo:

¹¹⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 269, 280 e 286.

¹¹⁵⁸ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 140.

¹¹⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 630.

¹¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 260. 2006.

¹¹⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 348.

- a) inculcar a necessidade da continuação da linguagem familiar comum, evitando a instalação ou a manutenção da alteridade, do desafeto;
- b) a composição dos direitos entre todos os membros familiares, um dos modos de assegurar a continuidade pacífica da diversidade em família;
- c) demonstrar aos integrantes da família os seus novos modos de ser-em-família, porque o fim da conjugalidade/convivencialidade não é, de modo algum, o fim da parentalidade, o fim da família ou o fim do mundo, pois a afetividade poderá ser reconstituída, a qualquer tempo;
- d) comprovar que a tridimensionalidade humana não é sempre afetiva, mas, às vezes, desafetiva, em que é preciso conviver também com a diversidade genética, afetiva e ontológica que reside em cada humano e, com maior intensidade, no meio familiar.

5.12 Alimentos aos Parentes Genéticos e Afetivos

A pessoa obrigada a suprir as necessidades alimentares do mundo genético pode fazê-lo por dois modos:

- a) dar ao alimentando, em casa, hospedagem e sustento;
- b) pagar-lhe pensão alimentícia¹¹⁶², sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, *quando menor* (artigos 1.694 e 1.701 do Código Civil).

De acordo com o artigo 1.696 do Código Civil, “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta de outros”. Os alimentos são devidos pelos ascendentes (pais, avós, bisavós etc); pelos descendentes (filho, neto, bisneto etc); pelos irmãos (até o 2º grau na linha colateral); pelo cônjuge ou convivente¹¹⁶³, excluindo-se, portanto, os parentes por afinidade, por mais próximo que seja o grau¹¹⁶⁴.

A enumeração legal é taxativa, não comportando a inclusão de qualquer outra pessoa na comunidade alimentar, pelo que a obrigação de pagar pensão alimentícia não pode ultrapassar a linha colateral em segundo grau, que são os irmãos (artigo 1.697 do Código

¹¹⁶² PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Ap. 12.074-1*, da 4ª CCv., em 08.05.95. Relator: Ronald Accioly. In: RJ 217, de 11/95.

¹¹⁶³ OLIVEIRA, Basílio de. *Alimentos: revisão e exoneração*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 30.

¹¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. v.5, p.468.

Civil). Logo, tio não deve alimentos a sobrinho¹¹⁶⁵, nem primos devem-se, reciprocamente, estando excluídos os afins (sogros, genro, nora e cunhados)¹¹⁶⁶, o padrasto e a madrasta e os enteados.

Os pais, na constância do casamento e da união estável, são obrigados a sustentar a família e a educar os filhos, qualquer que seja o regime patrimonial de bens, não apenas com base em seu salário, mas também na proporção de seus bens (artigo 1.568 do Código Civil).

A obrigação alimentar para os filhos é mais abrangente do que entre os cônjuges/conviventes e os demais parentes. Isso porque pende um *dever* alimentar relativo entre cônjuges e conviventes e de parentes distanciados em grau da sociedade doméstica, mas viceja uma *obrigação* alimentar irrestrita no sustento, educação, saúde, lazer e formação dos descendentes, enquanto sob o pálio do pátrio poder¹¹⁶⁷, para que possam viver com dignidade¹¹⁶⁸. Não importa o regime de bens e nem a situação econômico-financeira, “a não ser no caso extremo de o genitor guardião do alimentando possuir tamanho cabedal que seus rendimentos tornem totalmente desnecessária a contribuição do outro progenitor”¹¹⁶⁹.

O dever de guarda, educação e sustento do filho menor, resultante do poder/dever familiar, é *dos pais*, e não dos avós (artigo 1.696 do Código Civil e artigo 229 da Constituição do País), havendo “uma reciprocidade alimentar, como um direito à vida, em qualquer idade”¹¹⁷⁰, proporcionando-lhes dignidade humana¹¹⁷¹. A constituição da obrigação de ambos os pais independe da origem da filiação (biológico ou socioafetivo), “presumindo-se a necessidade em favor dos filhos menores”¹¹⁷², que se sobrepõe “àquela relativa aos demais parentes credores de alimentos, ou seja, descendentes, ascendentes e colaterais”¹¹⁷³. Doutra parte, o fato de os pais e filhos viverem sob o mesmo teto não constitui óbice à concessão judicial de pensão alimentícia, se estiverem em estado de necessidade alimentar¹¹⁷⁴.

¹¹⁶⁵ BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *AC 28.553*, 3ª T. Relator: Estevam Maia. DJU 04.05.1994. In: *Juris Síntese*, Porto Alegre, v. 23. jun. 2000. 1 CD-ROM.

¹¹⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 324.

¹¹⁶⁷ MADALENO, Rolf. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 51.

¹¹⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 269, “não é possível viver dignamente sem a educação, mesmo que se possa sem ela subsistir. [...] A educação, na formação e na realização do indivíduo como ser social, é fundamental, mesmo que não seja vital no sentido estrito”.

¹¹⁶⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 563-567.

¹¹⁷⁰ SILVA, Sônia Maria Teixeira da. *Os avós e a prestação alimentar*, home-page da autora; <<http://planeta.terra.com.br/servicos/soniateixeira>>.

¹¹⁷¹ NÓBREGA, Airton Rocha. *Obrigação alimentar e cessação do dever de sustento*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br>>. Acesso em: dez. 2000.

¹¹⁷² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v.1, p. 704.

¹¹⁷³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *AC 594.178.295 – 7ª C – Rel: Luiz Felipe Azevedo Gomes – J.* 08.03.1995, *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 23, jun. 2000. 1 CD-ROM.

¹¹⁷⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 540-2, e citando MS 3.566/93, 18.05.1994, DJU III 03.08.1994. p. 8.740.

Os pais podem ser obrigados a pensionar não somente o filho menor, mas também o *maior de idade*, em três situações: a primeira, alimentos ao filho *maior e incapaz*; a segunda, alimentos ao filho *maior e capaz* que cursa escola profissionalizante ou faculdade; a terceira, alimentos ao filho *maior e capaz e carente*. Com efeito, consta do artigo 1.590 do Código Civil que “as disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos filhos maiores incapazes”. Significa que “a maioridade faz cessar o poder familiar, mas não extingue a obrigação alimentar se o alimentando é pessoa doente, incapaz de prover a sua subsistência e de gerir os atos da vida civil”¹¹⁷⁵.

Embora extinto o poder familiar com a maioridade, os pais não se exoneram da obrigação alimentar com relação ao filho maior incapaz, já que a necessidade de recebimento dos alimentos não deriva mais da faixa etária, e sim de seu precário estado de saúde¹¹⁷⁶.

Com a maioridade civil, aos 18 anos¹¹⁷⁷, extingue-se o poder familiar e a presunção legal da necessidade de alimentos pelos descendentes. Contudo, mesmo atingindo a maioridade, o filho maior pode receber alimentos, até aos 24 anos de idade, quando estiver cursando escola profissionalizante ou curso superior¹¹⁷⁸. Quer dizer, se os filhos maiores de idade e capazes, mas incapazes de se auto-sustentar, estejam estudando em escola técnica ou em curso superior, os pais continuam responsáveis pelo pagamento de alimentos, até aos 24

¹¹⁷⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AC 741/97 – Reg. 200697 – Cód. 97.001.00741 – RJ – 9ª C.Cív. – Rel: Nilson de Castro Dião – J. 30.04.1997, Juris Síntese, Porto Alegre, n.23, jun. 2000. 1 CD-ROM.

¹¹⁷⁶ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 691, citando TJSP, 6ª CC., ac. 113.401-1, de 22.06.89 e 4ª CC do TJSP, de 09.11.89, RJTJSP 124/36. A jurisprudência tem prestigiado esse pensamento, o que se infere dos seguintes julgados: “Se o alimentando sofre de doença incurável, que necessita de tratamento contínuo, e o torna incapaz para os atos da vida civil, não se apresenta excessiva a pensão de dois e meio salários mínimos, tendo em vista que esse valor é todo consumido com o tratamento médico. Por outro lado, o provedor não contestou, especificadamente, o patrimônio que lhe foi atribuído, o qual lhe permite, sem maiores dificuldades, prestar os alimentos fixados” (TJRJ – AC 741/97 – Reg. 200697 – Cód. 97.001.00741 – RJ – 9ª C.Cív. – Rel. Nilson de Castro Dião – J. 30.04.1997, Juris Síntese, Porto Alegre, n.23, jun. 2000. 1 CD-ROM); 02) “Execução de crédito alimentar proposta por filha maior, mas incapaz. A maioridade faz cessar o pátrio poder, mas não extingue a obrigação alimentar, se o alimentando é pessoa doente, incapaz de prover a sua subsistência e de gerir os atos da vida civil, estando em processo de interdição. A obrigação alimentar persiste, em face de tais circunstâncias, mormente porque o provedor não postulou, por ação própria a sua exoneração” (TJRJ – AC 741/97 – Reg. 200697 – Cód. 97.001.00741 – RJ – 9ª C.Cív. – Rel. Des. Nilson de Castro Dião – J. 30.04.1997, Juris Síntese, Porto Alegre, n. 26, nov. 2000).

¹¹⁷⁷ A maioridade também é atingida aos 16 anos, em caso de emancipação, casamento, exercício de emprego público efetivo, colação de grau em curso de ensino superior ou pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria – artigo 5º, incisos I a V, do Código Civil.

¹¹⁷⁸ BRASIL. Lei nº 1.474, de 26 de novembro de 1951, DOU 26.11.1951, que modifica a legislação do Imposto sobre a Renda, em seu artigo 1º diz que “continuam em vigor as Leis que se referem ao imposto sobre a renda, consolidadas pelo Decreto nº 24.239, de 22 de dezembro de 1947, por força do artigo 27 da Lei nº 154, de 25 de novembro de 1947, com as alterações que se seguem: Parágrafo 3º: Aos filhos menores a que se refere a letra e deste artigo se equiparam os menores de 24 anos, embora maiores de 21 anos, desde que ainda estejam cursando estabelecimento de ensino superior, salvo quando possuam rendimentos próprios”.

anos de idade¹¹⁷⁹ ou até a conclusão do curso universitário, tudo dependendo das circunstâncias fáticas. Mas, deve-se ter o cuidado para evitar que o filho, atingindo a maioridade e com condições físicas e psíquicas para o trabalho lícito, exija do pai a pensão alimentícia, estimulando o ócio, o comodismo e o desinteresse pelo futuro¹¹⁸⁰.

De acordo com Cahali, há uma idéia no sentido de ampliar a faixa etária do filho “que não está cursando escola superior ou universidade, mas apenas esteja estudando e se preparando para a aquisição de uma formação profissionalizante, ou de um título curricular que lhe possibilite o desempenho de atividade rentável”¹¹⁸¹. Entretanto, a obrigação alimentar ao filho sob o poder familiar “sobrepõe-se àquela relativa aos demais parentes credores de alimentos, ou seja, descendentes, ascendentes e colaterais”¹¹⁸², pelo que o pai pagará a pensão ao filho maior e capaz em idade escolar somente após sustentar os filhos menores (artigo 1.695 do Código Civil).

Em se cuidando de alimentos ao filho maior e capaz, que cursa escola profissionalizante ou faculdade, os alimentos deverão ser concedidos em *ação própria*, “proposta pelo filho, desde que preenchidos os requisitos indispensáveis à concessão dos alimentos”¹¹⁸³. Agora, se o estudante (credor) estiver recebendo os alimentos, o devedor tem a obrigação de continuar pagando, à medida que não podem ser suspensos, sob pena de causar prejuízo, inclusive com possibilidade de interrupção da atividade acadêmica (artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil).

Se o filho abusa desse direito, “desfrutando de um padrão de vida universitário incompatível com a ética da solidariedade familiar, perde o direito à complementação alimentar”, porquanto os pais se obrigam diante de um projeto responsável de formação universitária, e não para pagar mordomias para quem tem saúde e capacidade de trabalhar¹¹⁸⁴.

¹¹⁷⁹ MADALENO, Rolf. Alimentos e sua restituição. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 211, maio 1995.

¹¹⁸⁰ CEARÁ. Tribunal de Justiça. ap 99.06260-9, da 2.^a Câmara. j. 29.12.1999 – Relator: Stênio Leite Linhares, em RT 779/305, citando acórdão do TJPR, ApCiv 96.011129/8.

¹¹⁸¹ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 693 e 687, citando 2.^a CC, TJSP, AC 266.0 1 3 – 1, 12.12.1995. 7.^a CC, TJSP: Alimentos – Exoneração - Cessação da obrigação alimentar em virtude de emancipação pelo casamento - Admissibilidade (19.04.1995, RT 722/153). TJSP – AI 129.876-4 – 3.^a CDPriv – Rel: Ênio Zuliani – 09.11.1999 – m.v., *Juris Síntese*, Porto Alegre, n.23, jun. 2000. 1 CD-ROM.

No mesmo sentido: Ap. 97.000111-8, 1.^a Câmara. do TJAL - j. 17.12.1997 – Relator: José Agnaldo de Souza Araújo, em RT 752/273; (TJRS – AI 598361491 – RS – 7.^a C.Cív. – Rel: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves – J. 18.11.1998), *Juris Síntese*, Porto Alegre, n.23, jun. 2000. 1 CD-ROM

¹¹⁸² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC 594.178.295 – 7.^a C – Rel: Luiz Felipe Azevedo Gomes – J. 08.03.1995.

¹¹⁸³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AC 11.578/1999 – (Ac. 12111999) – 7.^a C.Cív. – Rel: Paulo Gustavo Horta – J. 07.10.1999), *Juris Síntese*, Porto Alegre, n.23, jun. 2000. 1 CD-ROM.

¹¹⁸⁴ SÃO PAULO: Tribunal de Justiça. Ap 113.481-4/8 - 3.^a Câmara. j. 28.09.1999 – Relator: Ênio Santarelli Zuliani.

Caso o filho não esteja estudando, a pensão alimentícia é interrompida, de imediato, ao atingir a maioridade, independentemente do ajuizamento de qualquer medida judicial, “o que autorizará o empregador, mediante requerimento específico, a cessar descontos em folha que eventualmente venha realizando a esse título”¹¹⁸⁵.

A esse respeito, o artigo 399 do Código Civil de 1916 tinha a seguinte redação: “São devidos os alimentos quando o parente, que os pretende, não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e o de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”. Contudo, de acordo com o artigo 1.695 do Código Civil de 2002, “são devidos alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Essa disposição legal não esclarece qual o grau de indigência do alimentando, a justificar o pedido de alimentos, permanecendo a questão no plano fático, no exame de cada caso, mas sendo cabíveis, em tese, na idade avançada; na doença; na inabilitação para o trabalho, quando o alimentando não tiver outros meios de captar recursos financeiros para se auto-sustentar, garantindo, assim, a manutenção do mundo genético, o mundo das necessidades de todo ser vivo.

Dito de outra forma, a atual legislação alimentar não reclama que o parente seja indigente, mas, sim, que os seus bens e o resultado de seu trabalho não possam prover a sua subsistência, desde que aquele, de quem se reclama, tenha condições de fornecer alimentos, sem desfalque do necessário ao seu sustento e de sua família, visto que “a obrigação alimentar relativa a filho sobre pátrio poder (poder familiar) sobrepõe-se àquela relativa aos demais parentes credores de alimentos, ou seja, descendentes, ascendentes e colaterais”¹¹⁸⁶.

Na falta de ascendentes ou descendentes, cabe a obrigação alimentar aos irmãos (parentes colaterais de 2º grau). Inadmite-se a ação de alimentos contra irmãs que “são casadas, têm filhos e são inteiramente dependentes, econômicas e financeiramente, dos maridos, sem qualquer renda ou atividade independente”, sob pena de seu marido ter de pagar alimentos aos seus sogros e cunhados¹¹⁸⁷. Mas isso vai depender do exame de cada caso, porque, por exemplo, se o regime de bens for da comunhão universal, metade desses bens caberá à irmã, que podem responder pela obrigação alimentar. O alimentando somente tem o

¹¹⁸⁵ NÓBREGA, Airton Rocha. artigo citado, portal jus navigandi. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br>>. Acesso em: dez. 2000.

¹¹⁸⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC 594.178.295 – 7ª C – Rel: Luiz Felipe Azevedo Gomes – J. 08.03.1995.

¹¹⁸⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 723-724.

direito a alimentos se provar que os exigiu, primeiramente, do eventual cônjuge ou convivente, dos descendentes ou ascendentes, ou se, na mesma ação, chamar ao processo todos os co-obrigados, para exigir-se o pensionamento na ordem parental.

5.12.1 O Trinômio Necessidade-Possibilidade-Afetividade nos Alimentos, no Direito à Herança Genética e Socioafetiva e nos Demais Direitos da Tridimensionalidade Humana

A legislação alimentar, a herança, situam-se no mundo genético, no mundo das necessidades biológicas, como a sobrevivência, pelo que sempre bastou ser parente biológico para ter direitos, mas como o ser humano não é apenas genético, mas, também, afetivo e ontológico, é preciso examinar todas as circunstâncias da tridimensionalidade humana.

A ausência do parente no modo de ser-no-mundo-genético-afetivo-ontológico do outro parente pode ser causa de exclusão dos direitos, porque o ser humano não vive somente no mundo das necessidades alimentares, de herança, como também nos mundos das necessidades afetivas e ontológicas. Com isso, os mundos afetivo e ontológico do alimentante, do autor da herança, do ser humano, podem estar comprometidos devido ao modo de ser-em-família do alimentando/herdeiro/ser humano, não sendo razoável que alguém receba alimentos, herança e demais direitos quando contribuiu com o comprometimento da tridimensionalidade humana do autor da herança ou do alimentante. Numa só palavra, a fenomenologia no direito de família faz com que todos os parentes tenham o compromisso de tornar seu parente um humano, convivendo e compartilhando em seus três mundos, não dando causa, por exemplo, à desafetividade em família.

Com relação aos alimentos, a primeira indagação é no sentido de que se o parente *afetivo* pode receber alimentos dos parentes genéticos e afetivos. Pela atual legislação, a resposta é negativa, porque, por exemplo, a adoção rompe com todos os direitos e deveres do mundo genético, o que não ocorre com a fenomenologia no direito de família, que mantém incólume os mundos genético, afetivo e ontológico. Quer dizer que o alimentante não tem o direito de receber alimentos, ao mesmo tempo, do parente afetivo e genético, mas se o parente afetivo não puder alimentá-lo, o encargo poderá ser suportado pelo parente genético, tudo dependendo da realidade da vida em que se encontrar o parente afetivo.

O ser humano é tridimensional, significando que se o parente afetivo tiver dificuldades de sustentar seus parentes afetivos, ele deverá ser alimentado pelos parentes genéticos, mesmo

que esse parentesco tenha sido suspenso pela lei (pela fenomenologia, nenhum direito poderá ser revogado, mas tão-só suspenso), pois o ser humano tem o direito de se relacionar com os seus três mundos. Não estou a dizer que o parente *afetivo* tem o direito de requerer alimentos aos parentes afetivos e, ao mesmo tempo, aos parentes genéticos. Estou a sustentar que, com a constituição do parentesco afetivo, é *suspensio*, mas não extinto, o cordão umbilical do parentesco genético, não sendo razoável admitir-se que um parente afetivo deixe de receber alimentos do parente genético, quando necessitando, pois estará sendo comprometido o mundo da sobrevivência humana, que se localiza no mundo genético.

Como a trajetória da vida afastou do alimentando afetivo o parentesco biológico, não quer dizer afastados de sua existência os *mundos genético e ontológico*. Como os parentes afetivos estão impossibilitados de alimentar, o alimentando afetivo poderá pedir alimentos aos parentes sanguíneos, uma vez que a suspensão ou o não reconhecimento do *parentesco genético* não quer dizer que houve o fim do mundo genético.

O filho afetivo tem direito aos alimentos dos pais genéticos não apenas quando ocorre a impossibilidade de alimentação pelos pais afetivos, mas também quando houver a necessidade de complementação da verba alimentar. Isso não quer dizer que os pais genéticos, por sua vez, tenham o direito de volver-se contra o filho genético para pedir algum direito, porque, no caso de adoção judicial, foi revogado(suspensio) o poder/dever familiar. Como a desafetividade é causa de exclusão de direitos, os pais genéticos, quando da adoção, não terão qualquer direito de seu filho genético, tendo em vista que não foram afetivos com seu filho.

Não se está a defender que os pais genéticos perdem seus direitos ao filho devido à adoção, à destituição (suspensão) do poder/dever familiar, à medida que nenhum direito humano pode ser revogado, eliminado para sempre, mas, tão-somente, suspenso, porquanto o humano tem o direito à sua condição humana tridimensional. Os pais genéticos têm suspensos seus direitos do filho enquanto perdurarem os efeitos da suspensão do poder/dever familiar, isso devido à ausência de afetividade com seu filho.

A compreensão do binômio necessidade-possibilidade dos alimentos também precisa sofrer alguma alteração, uma vez que os alimentos devem ser fixados na *tridimensionalidade alimentar*: os requisitos da necessidade, da possibilidade e da *afetividade* entre alimentante e alimentando. A relação afetiva e a necessidade alimentar dos filhos menores e incapazes é, em tese, inerente às suas condições de ser-em-família, mas, discutível, perante os parentes maiores e capazes, cônjuges e conviventes. O binômio – necessidade/possibilidade – foi edificado porque os alimentos, como de resto no direito de família, foram compreendidos unicamente pelo prisma genético normativo (o mundo das necessidades humanas). Pela

trilogia humana, os parentes, em regra, os maiores e capazes, devem atestar, além de sua necessidade e da possibilidade, também a relação afetiva com o alimentante entre ambos, que, em direito de família, significa não ser desafetivo.

Dessa forma, o parente genético e/ou afetivo maior de idade e capaz e o cônjuge e/ou convivente, para terem direito aos alimentos, precisam produzir três provas:

- a) que é parente genético e/ou afetivo, cônjuge ou convivente em estado de necessidade alimentar (é o cumprimento do requisito do mundo genético);
- b) que seu parente, cônjuge ou convivente (alimentante) tem condições de pagar os alimentos sem prejuízo de seu sustento (é o cumprimento do requisito da possibilidade dos alimentos, também disciplinado no mundo genético);
- c) que o alimentando genético ou afetivo, maior de idade e capaz, estão mantendo um relacionamento afetivo com o alimentante, não tendo sido desafetivo (é o cumprimento do requisito da afetividade).

Outra questão que merece maior exame diz respeito ao direito de herança pelo parente genético e *afetivo*. O artigo 1.830 do Código Civil concede o direito de herança aos parentes genéticos e ao cônjuge/convivente, fazendo uma ressalva no sentido de que o cônjuge sobrevivente terá esse direito mesmo se separado, até o prazo de dois anos, de seu ex-consorte, se provar que a ruptura da vida em comum deu-se por culpa do “de cujus”. Vê-se que o legislador não se contentou em introduzir a culpa no direito de família, mas também invadiu a seara das sucessões, autorizando a produção de prova contra o falecido, que, evidentemente, não poderá se defender quanto à eventual imputação de responsável pela dissolução do mundo afetivo.

Em vista das divergências no plano da discussão da culpa e da parcialidade do legislador diante do (des)cuidado do convivente perante o cônjuge, é preciso reler o Direito das Sucessões, para adaptá-lo à condição humana tridimensional, para compreender que a herança passou a ser genética e socioafetiva. Isso significa que, para herdar, não basta provar a legitimidade biológica, conjugal ou convivencial com o falecido, mas, sim, que conviveram e compartilham a tridimensionalidade humana do autor da herança, principalmente no evento de sua morte. Quer dizer, é preciso ser genético e/ou afetivo do autor da herança, portanto, ainda se relacionando, afetivamente, no momento de sua morte, o que exclui a percepção de herança, por exemplo, pelo parente genético ou afetivo que tenha abandonado os pais, ou pelo cônjuge/convivente separado de fato ou judicialmente.

Depõe contra a existência humana alguém beneficiar-se do mundo genético (mundo das necessidades físicas, em que se inclui a herança) de outrem se esse alguém contribuiu para o esfacelamento dos mundos genético, afetivo e/ou ontológico do autor da herança ou do alimentante. Quanto ao separado de fato do autor da herança quando de sua morte, ele também não tem direito à herança, por ter havido o fim do mundo afetivo conjugal/convivencial, que rompe com todos os direitos e deveres da tridimensionalidade humana, e porque foi o responsável pelo fim do mundo afetivo de seu ex-consorte.

Como o ser humano tem dimensão tridimensional, os efeitos jurídicos deverão transitar pela filtragem desses três mundos humanos, pelo que não basta ser beneficiário genético, havendo necessidade de participação na convivência com o falecido. Todos que não conviveram e não compartilharam, em vida, na tridimensionalidade humana do falecido não poderão ser beneficiados pela herança, na medida em que não basta ser parente genético e/ou socioafetivo ou cônjuge ou convivente desafetivo, separado de fato ou judicialmente, mas, sim, que tenha participado da tridimensionalidade humana do autor da herança.

Isso também quer dizer que o filho afetivo (adoção judicial, da adoção à brasileira, do reconhecimento voluntário da paternidade/maternidade, do filho de criação) poderá receber *todos os direitos das duas ancestralidades – genética e afetiva –*, como herança, alimentos, nome, parentesco, poder/dever familiar, filiação, tudo dependendo das circunstâncias em que ele se encontra no mundo tridimensional.

Numa só palavra, nas hipóteses aventadas – alimentos entre parentes genéticos e afetivos, o trinômio necessidade-possibilidade-afetividade nos alimentos e herança genética e afetiva –, *além de todo e qualquer direito*, é condição de possibilidade não ser *desafetivo* com o parente, pois a desafetividade exclui a percepção desses direitos, já que afasta do outro membro familiar a sua condição humana tridimensional.

5.13 Igualdade entre Casamento e União Estável

No artigo 1.723 do Código Civil consta que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Como se vê, o Código Civil seguiu a trilha da Lei nº 9.278/96, não estabelecendo qualquer prazo, mas apenas o objetivo de constituir uma família, que deverá atender às mesmas exigências do casamento,

quais sejam: “I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos”, que significam os jeitos de ser-nos-mundos-genético-afetivo-ontológico (artigo 1566 do Código Civil).

Para a união estável, o legislador (artigo 1.724 do Código Civil) não se referiu, de forma expressa, ao dever de fidelidade e à vida em comum, no domicílio convivencial, requisitos exigidos para o casamento (artigo 1.566 do CC). Contudo, a vida em comum consta do artigo 1.723 do mesmo digesto legal, ao proclamar que a união estável somente poderá ser reconhecida com a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, tendo sido substituído o requisito da fidelidade pelo de lealdade, que é conceito mais amplo e moderno.

No artigo 1º da Lei nº 8.971/94 (primeira Lei da união estável) consta o seguinte: “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25.07.68, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”. Portanto, a Lei nº 8.971/94 estabelece um prazo de 05 anos, em não havendo filhos. Mas, se os conviventes tiveram filho, a união estável pode ser reconhecida sem a fixação de qualquer prazo. Entretanto, não se pode distinguir a união estável, com ou sem descendente, porquanto não é a descendência que vai informar o nascimento da entidade familiar, mas, sim, a situação fática consubstanciada no preenchimento dos mesmos requisitos reclamados para o casamento: lealdade recíproca, vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos (artigo 1.566 do CC).

A Lei nº 9.278/96 (segunda Lei da união estável), em seu artigo 1º, menciona o seguinte: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Não obstante a dispensa de prazo certo, deve haver prova segura de que tenha havido a “convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família” (artigo 1º da Lei nº 9.278/96 e artigo 1.723 do Código Civil).

Não basta a comprovação de apenas um, mas, sim, de todos esses requisitos, além da constituição da família, que não reclamam lapso prazal, podendo dar-se em um dia, como ocorre no casamento. A única diferença entre essas duas entidades familiares é que, no casamento, a prova é pré-constituída (certidão de casamento), e na união estável pode ser pré (escritura pública de pacto patrimonial) ou pós-constituída. Como a prova na união estável é produzida quando do seu reconhecimento e dissolução, o pacto patrimonial, demais

documentos e testemunhas indicarão se os companheiros fotografaram o casamento, se viveram como marido e mulher, numa comunhão plena de vida.

O namoro, a toda evidência, não gera união estável, e nunca foi e nem será sinônimo de casamento, porque a sua finalidade não é constituir uma família, e sim a convivência que ditará se ambos estão preparados para edificar, futuramente, um casamento ou uma união estável. Com isso, com base no Código Civil, é possível ratificar a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando honradamente fui citado, com relação ao lapso temporal para ser arquitetada a união estável, nos termos: “Não é o lapso prazal, e sim o ânimo dos conviventes de viverem como marido e mulher que indica a existência da união estável”¹¹⁸⁸.

A comunidade jurídica insistiu por quase 100 anos para convencer o legislador da igualdade entre casamento e união estável, ambas como forma de ser-em-família, e não uma sociedade comercial, uma sociedade de fato, uma união livre, uma união de fato. A expressão entidade significa aquilo que constitui a essência de um ser, que é a existência, com o que a entidade familiar (união estável, casamento, monoparentalidade e demais jeitos de ser-em-família) é a essência, a existência, da família. Ora, se a essência, a existência do casamento e da união estável é a família, significa que ambas são entidades familiares com a mesma indumentária jurídica.

A união estável está inundada com os mesmos propósitos do casamento, sendo os companheiros, solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados, ou, ainda, separados de fato (artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil). No artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, é dito que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos públicos do artigo 1.521, mas não se aplica a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se encontrar separada de fato ou judicialmente. O artigo 1.521, inciso VI, diz que estão impedidas de casar (impedimento público, em que o casamento é nulo) as pessoas casadas. Logo, o separado de fato, o separado judicialmente, o solteiro e o viúvo estão incluídos no rol dos beneficiários da entidade familiar, em vista da ressalva constante da parte final do parágrafo 1º do artigo 1.723 do Código Civil.

Os princípios da igualdade, da afetividade, da cidadania e dignidade da pessoa humana não se aplicam unicamente na quebra de paradigma da filiação genética no Brasil, também servindo para retirar da periferia jurídica as famílias extramatrimoniais, como a união estável e demais modos de ser-em-família, atribuindo-lhes direitos e deveres próprios da convivência em família.

¹¹⁸⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n° 99.008974-6*. Relator: Eder Graf, 3ª CCv. 17 de agosto de 1999.

Significa dizer que a união estável é, tal qual o casamento, mais uma forma de ser-em-família, até porque ela se localiza no mundo humano afetivo, em que não há um comportamento, um modo de agir, e sim um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. É dizer, equiparar casamento e união estável é compreender a tradição da família, a Constituição do País e a realidade do mundo da vida¹¹⁸⁹, mergulhados na realidade social, e não acorrentadas ao medievo, quando somente era visto o interesse patrimonial, o mundo normatizado genético.

Há necessidade, pois, de ser desdenhada essa baixa compreensão acerca do sentido afetivo da Constituição do País, sob pena de ocorrer uma baixa aplicação do evento familiar, porquanto importa a linguagem de solidariedade, de afetividade e as formas de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, isso porque no mundo prático não pode ser dito tudo, sempre sobrando algo, em que esses princípios constitucionais promovem o sentido que resulta do ponto de encontro entre o texto e a realidade, em que um não subsiste sem o outro¹¹⁹⁰.

A realidade nos demonstra – basta perguntar por aí, diria Saussure – que não há qualquer diferença entre o jeito de ser-no-casamento, na união estável e nas demais formas de ser-em-família. Esses modos de ser não subsistem sem o mundo humano afetivo, querendo dizer que *o modo de ser-no-mundo-afetivo é condição de possibilidade de o humano compartilhar em família e no seu mundo ontológico*, motivo pelo qual precisam ser acolhidos todos os modos de ser-em-família, evitando, assim, a continuação da coisificação do direito de família.

A união estável está, pois, equiparada constitucionalmente ao casamento¹¹⁹¹, pelo que o intérprete necessita compreendê-la mergulhado na viva realidade social, e não acorrentado ao medievo, quando era visto o interesse patrimonial e a influência judaico-cristã, esquecendo-se da dignidade e da condição humana tridimensional, valioso princípio para compendiar a Constituição brasileira.

¹¹⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 56. O autor lembra o seguinte sobre a expressão mundo da vida: “[...] Nos trabalhos tardios de Husserl, a expressão mágica era mundo da vida – uma dessas raras e surpreendentes cunhagens lexicais (a expressão não ocorre antes de Husserl) que ingressou na consciência lingüística geral e atestou, desse modo, que trouxe à fala uma verdade desconhecida ou esquecida. Assim, a expressão ‘mundo da vida’ recorda os pressupostos que residem de antemão em todo o conhecimento científico”.

¹¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 266.

¹¹⁹¹ OLIVEIRA, Basílio de. *Direito alimentar e sucessório entre os companheiros*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. p. 54.

5.14 Os Pais na Inseminação Artificial Homóloga, Heteróloga, na Gestação Substituta e na Clonagem do Ser Humano

O Código Civil, em seu artigo 1597, inciso III, diz que se presume a paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento havidos por fecunda o artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Significa que se o cônjuge, em vida, manifestou seu consentimento (pelo modo de ser-pai, de ser-mãe)   reprodu o humana medicamente assistida, ele será considerado pai ou a mãe, mesmo que falecer antes do nascimento do filho. Não há discussão no meio doutrinário no sentido de que, na reprodu o humana por insemin o artificial *homóloga*, pais são os que fornecem, de forma livre e espontânea, o s men e o óvulo (o material genético), pelo que a eles deverá ser outorgada a paternidade¹¹⁹², em vista de seu modo de ser-pai, de ser-mãe, de ser-em-f milia.

O filho nascido de insemin o artificial *heteróloga*, ou mesmo aquele que se desenvolve em útero de outra mulher, deve ser considerado matrimonial, afirma Rizzardo, “desde que, evidentemente, desejado e expressa a vontade do marido, se outro homem fornecer o s men”. Em momento seguinte, para justificar seu pensamento, o autor invoca Zanoni, o qual n o concorda que a mulher possa impor esse encargo ao marido, ou agir unilateralmente, pois “en este caso la doctrina es practicamente uniforme en el sentido de que el hijo no puede reputarse legitimado ou legítimo, como el anterior”. Prossegue o autor argentino, asseverando que, “aquí, ha de inferirse que la esposa h  obrado unilateralmente sin el concurso biológico ni voluntario del marido, por lo que respecto a este, el hijo le es totalmente extraño”. De tal modo, finaliza, “teoricamente queda expedita la acción de impugnación o desconocimiento de la paternidad presumida legalmente, conforme a las normas generales”¹¹⁹³.

O Código Civil, em seu artigo 1597, inciso V, diz que se presume a paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento havidos por fecunda o artificial *heteróloga*, desde que tenha havido prévia autoriza o do marido.   dizer, uma vez dado o consentimento, mediante o jeito de ser-pai-mãe, nessa espécie de reprodu o humana medicamente assistida, a filia o   reconhecida em favor do casal, tendo em vista que o princípio universal seguido   no sentido de que “o marido que teve conhecimento e consentiu na insemin o artificial,

¹¹⁹² FERRAZ, Sérgio. *Manipula es biológicas e princípios constitucionais*: uma introdu o. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 58.

¹¹⁹³ RIZZARDO, Arnaldo. Fecunda o artificial. Porto Alegre: *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 52, p. 62, jul. 1991.

com esperma de um terceiro, não pode, depois, impugnar a paternidade¹¹⁹⁴.

A inseminação artificial heteróloga pode ser efetivada quando o sêmen é fornecido por outro homem, que não o cônjuge ou convivente, quando o óvulo é doado por outra mulher, ou, ainda, o sêmen e óvulo terem sido doados por terceiros, sublinha Ferraz, visto que pode ou não ter havido o consentimento do pai ou da mãe na reprodução humana. Nesse caso, diz o autor, o pai jurídico será o marido ou convivente da mãe, “desde que, expressamente, tenha anteriormente concordado com a inseminação, ou posteriormente aceito sua realização”¹¹⁹⁵.

Essa conclusão vem ao encontro do mais moderno pensamento da filiação, visto que, embora não possa ser o pai genético, o marido que aceitou a paternidade é o pai afetivo, pois engendrou o modo de ser-pai, de ser-em-família, desaguando na paternidade sociológica, que é tão irrevogável quanto à biológica¹¹⁹⁶, por uma singela razão: todos os seres humanos têm o direito humano de habitar, simultaneamente, os mundos genético, afetivo e ontológico.

O marido que teve conhecimento e consentiu na inseminação artificial, com esperma de um terceiro, não pode, depois, impugnar a paternidade, porquanto “a inseminação artificial consentida pelo marido deve conferir o estado de filho matrimonial. A paternidade, no caso, não tem base biológica, mas possui um fundamento moral, prestigiando-se a relação sócio-afetiva”¹¹⁹⁷.

Algumas considerações, acerca da paternidade na filiação medicamente assistida, são lançadas por Sampaio:

- a) se o marido não deu autorização para a inseminação artificial, assiste-lhe o direito de negar a paternidade;
- b) mas poderá ele, nesse caso, pleitear o reconhecimento, através da ação investigatória de paternidade, movida contra o fornecedor do sêmen?

A questão, segundo o autor, foi examinada por Pinto Pereira, “mas, embora respondendo negativamente à indagação, o autor não fundamentou sua posição. Quer parecer que, realmente, a negativa se impõe”¹¹⁹⁸. Essas afirmações e indagações devem ser apreciadas

¹¹⁹⁴ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 151.

¹¹⁹⁵ FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 58.

¹¹⁹⁶ OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Rey, 1999. p. 195, “se o pai e a mãe, na hipótese explicitada de fertilização heteróloga, manifestam expressamente a intenção de assumir o parentesco, não poderão, “a posteriori”, retroagir do assentimento volitivo”.

¹¹⁹⁷ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 150.

¹¹⁹⁸ SAMPAIO, José Celso de Camargo. *A inseminação artificial no direito de família*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 670, p. 16, 1991.

em partes, porque vai depender do fato de ter, ou não, havido consentimento do marido na inseminação artificial (se ele deixou vingar o modo de ser-em-família), sempre examinando a singularidade e a historicidade do caso. Dessa forma, podem ser emitidos os seguintes pensamentos, preservando-se a paternidade (biológica e socioafetiva), únicas unidas pela Constituição do País, devido à igualdade entre a perfilhação e pelo modo de ser-em-família:

- a) quem autorizou a reprodução humana científica (ou sexual) não tem o direito de negar a paternidade afetiva, que é irrevogável, assim como o é a paternidade biológica, em vista de seu jeito de ser-em-família, que ocorre bem antes da inseminação artificial e mesmo de eventual exercício da função de pai, de mãe;
- b) quem não autorizou o nascimento medicamente assistido do filho, mas o registrou em seu nome, não poderá ingressar com a ação negatória de paternidade biológica e/ou socioafetiva. Isso porque, com a declaração no registro civil da paternidade responsável, de sua condição de ser-pai-mãe, não é mais possível negar, revogar, o modo de ser-em-família, o mundo afetivo do filho, porquanto a paternidade definiu-se antes mesmo de promover o registro do filho.

A paternidade na *gestação substituta* não é criação do direito moderno, à medida que, na Bíblia (Gênesis: 16), consta que Sarah, mulher de Abraão, não gerava filhos, por ser estéril; porém, tinha uma serva egípcia, por nome Hagar. Disse, então, Sarah a Abraão: “Eis que o Senhor me tem impedido de dar à luz filhos; toma, pois, a minha serva, e assim me edificarei com filhos por meio dela”. E Abraão anuiu ao conselho de Sarah. Possuiu a escrava, e ela concebeu¹¹⁹⁹, entregando o filho gerado em seu ventre, mas com material genético de Abraão e Sarah.

Discordo daqueles que utilizam a expressão mãe de substituição ou outras designações que envolvam o termo mãe, porque, na verdade, não se cuida de mãe medicamente assistida, e sim de gestante, porque pode dar a entender, equivocadamente, que a gestante substituta será a futura mãe, o que nem sempre é verdade. Portanto, quando se fala em gestação de substituição, significa dizer que ainda não se está determinando quem é a mãe¹²⁰⁰ e nem o pai.

Mesmo sendo proibida a gestação substituta, nascerá criança mediante essa modalidade de reprodução humana medicamente assistida, pelo que, em caso de conflito de

¹¹⁹⁹ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 154.

¹²⁰⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Palestra publicada no livro da Escola Superior de Advocacia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE BIODIREITO, 1., 2000. *Anais...* Porto Alegre: Escola Superior de Advocacia - OAB-RS. 2000. p. 144-153.

paternidade/maternidade, na legislação comparada “tem prevalecido o princípio de que a mãe é a que dá à luz a criança. A maternidade é legalmente estabelecida pelo parto, e não pela transmissão do patrimônio genético”¹²⁰¹. É surpreendente, reconhece Marques, que a nova lei alemã “tenha optado por considerar mãe aquela que dá à luz, mesmo que mãe de aluguel, sem participação genética no filho apenas gerado”. Eis aqui um exemplo de pragmatismo, comenta a autora, “a relativar o que não é nem paternidade biológica, nem afetiva, mas, sim, necessário relativismo, narração ou forma de desestimular a barriga de aluguel e a participação de terceiros pagos para tal procriação artificial”¹²⁰².

Em sentido biológico, a mãe é certa na quase totalidade dos casos, atesta Melo, mas, de forma predominante, “opta o Direito pela maternidade biológica, resultante do nascimento; e se prova, em geral, pela simples menção, no registro do nascimento, do nome materno, tal como se apresenta”. Logo a seguir, o autor traz um exemplo: “Se o óvulo for transferido para fecundação e transplante de embrião de uma mulher a outra, haveria de se considerar mãe jurídica a que forneceu o óvulo ou a gestante?” O escoliasta responde que, na verdade, haveria duplicidade de mães biológicas, pois “a gestação faz parte da evolução biológica do embrião; e, em face disso, a legislação que admitisse fecundação heteróloga haveria de optar. Se a opção recaísse na gestante, ficaria prejudicado o eventual interesse do filho de perquirir a sua gênese materna”¹²⁰³.

Portanto, a mãe é determinada pelo parto, ou, segundo Ferraz, “a mãe é sempre aquela que gerou o óvulo fecundado pelo sêmen”¹²⁰⁴. Além disso, o autor acrescenta que a verdade biológica era tida como inquestionável, “ao passo que o espermatozóide é uma presença plural (na casa dos milhões, em cada ejaculação), podendo, ademais, provir de mais de um emissor, o óvulo fecundado é uma realidade unitária e de origem conhecida, desde o início”. Derradeiramente, o autor adverte que, nos tempos atuais, quando o ovo e o embrião se tornam transplantáveis, “a máxima ‘mater semper certa est’ tem de ser adaptada às novas realidades científicas”.

Não concordo com esse pensamento, à medida que, em tese, a gestante substituta não tem o modo de ser-mãe, nem de ser-em-família, porque ela está gerando um ser em nome de

¹²⁰¹ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 155.

¹²⁰² MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro - direito pós-moderno à descoberta da origem?. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 40.

¹²⁰³ MELO, Albertino Daniel de. Filiação biológica: tentando diálogo direito: ciências. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 8-10.

¹²⁰⁴ FERRAZ, Sérgio. *Manipulações Biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 58.

outrem, este sim tendo a condição de ser-uma-família-futura. Por isso, nessas circunstâncias, é preciso ter muito cuidado para examinar a singularidade e a historicidade da coisa mesma (da questão em análise), para descobrir quem está observando o modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-afetivo e de ser-no-mundo-ontológico do futuro filho.

Na reprodução humana medicamente assistida não se admite a discussão se a cessão do útero é contrato de locação de coisa ou contrato de locação de serviços, tendo em vista o princípio constitucional da dignidade e da condição humana tridimensional, sob pena de se admitir que o ser humano seja objeto de um contrato¹²⁰⁵. Devido às inúmeras conseqüências indesejáveis que podem resultar da gestação medicamente assistida, inclusive acerca da mercantilização do ser humano, o direito comparado está rejeitando essa idéia, como na lei alemã e australiana. Nesta, é punida com pena de prisão, pelo que “a esperança no desenvolvimento da ciência corretiva da infertilidade talvez possa vir a sepultar a querela da barriga de aluguel”¹²⁰⁶.

Sustentando a validade ou não do contrato de gestação substituta, são¹²⁰⁷ listado os seguintes argumentos que residem no picadeiro jurídico brasileiro¹²⁰⁸:

a) *contra o contrato*:

- ocorre a coisificação da pessoa;
- há possibilidade de exploração de gestantes pobres;
- a gestante substituta pode deixar de tomar os cuidados necessários ao nascimento da criança;
- os “contratantes” podem não aceitar uma criança portadora de problemas físicos ou mentais;
- o pagamento à gestante representa a compra e venda do bebê (de um ser humano);
- a cobiça pelo dinheiro pode dar ensejo a um consentimento viciado da gestante substituta;
- os “contratantes” vão exigir mais da criança, pois pagaram para consegui-la;
- da mesma forma que é ilegal a compra e venda de órgãos para transplante, não

¹²⁰⁵ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Princípios jurídicos da família de nossos dias. *Diário Oficial da Justiça do RS*, Porto Alegre, RS, 30 abr. 1998. p. 72, edição 1.358.

¹²⁰⁶ FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*: uma introdução. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 57.

¹²⁰⁷ ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 49.

¹²⁰⁸ DINIS, Joaquim José de Souza. Filiação resultante da fecundação artificial humana. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*: inovações e tendências: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 51.

justifica um contrato oneroso de gestação substituta;

b) *a favor do contrato*:

- o dinheiro pago não diz respeito à venda da criança, mas, sim, à prestação de serviço pela gestante substituta;
- a pobreza e a ignorância podem ser exploradas em todas as atividades humanas;
- a eventual falta de cuidados não ocorre apenas com a gestante substituta, como também com as demais gestantes;
- os “contratantes” são obrigados a assumir a criança, mesmo que com problemas genéticos;
- o casal contrata um serviço pessoal, o da gestação;
- não é possível conceituar um consentimento livremente prestado;
- a criança não será mais exigida pelos “contratantes”, na medida em que é natural que o desejo de ter a criança seja proporcional ao amor e carinho;
- não há relação jurídica entre contrato de gestação e doação de órgãos para transplante.

A quase totalidade dos países é desfavorável à reprodução humana por gestação substituta, tendo em vista os conflitos que ela gera para o estabelecimento da filiação, considerando-a, inclusive, ilícito penal, afirma Brauner¹²⁰⁹. A autora acrescenta que as legislações britânica, espanhola e austríaca desestimularam essa técnica, ao considerar “mãe aquela que dá à luz, mesmo que a contribuição genética seja de outra”. Recorda, por fim, o resultado das pesquisas formatadas por Roberto Andorno, quanto aos fundamentos que ensejaram a escolha por uma ou por outra posição, nos seguintes termos:

O direito dos países europeus se encontra profundamente dividido sobre a atitude a tomar em relação às procriações artificiais. Estas últimas e, sobretudo as modalidades heterólogas e de fecundação “in vitro”, criam graves conflitos entre o desenvolvimento tecnocientífico, de um lado, e a integridade física e psíquica das pessoas envolvidas, de outro. O legislador, inspirado nos princípios personalistas, segundo os quais a pessoa deve sempre ser considerada como um fim em si mesma, e não como um meio, deve proteger especialmente o interesse da criança a ter uma família biparental constituída por seus pais biológicos. Ao mesmo tempo, a vida humana merece ser protegida desde o início de sua existência dos riscos de dominação pela técnica.

¹²⁰⁹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana. *Revista do Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado*, Santa Cruz do Sul, n. 14, p. 21, jul./dez. 2000.

Na legislação comparada habita o seguinte quadro jurídico com relação à gestação substituta¹²¹⁰:

- 1) Em Portugal, não é admitido o contrato oneroso, por duas razões: a uma, não é possível renunciar ao direito de mãe; a duas, porque ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, mas o contrato gratuito é permitido, em vista do interesse do filho, a preocupação do casal e a possibilidade de doação de órgãos;
- 2) Na Argentina, a lei não admite o contrato de gestação, pelo que a gestante substituta não se obriga a entregar o filho;
- 3) Na Inglaterra, nega-se validade ao contrato, permanecendo o filho com a gestante substituta;
- 4) Na Espanha, não se admite a gestação substituta e, em caso de nascimento, o filho ficará com a gestante;
- 5) Na Austrália¹²¹¹, a mãe é determinada pelo parto, com exceção da doadora do óvulo;
- 6) Na Bulgária, a maternidade é determinada pelo parto, mesmo que o material genético seja de outra mulher;
- 7) Nos Estados Unidos, apenas alguns Estados permitem a maternidade por gestação substituta;
- 8) Na França, há proibição no estabelecimento de vínculo filial com o terceiro doador de material genético;
- 9) Na Nova Zelândia, também é a gravidez que determina a maternidade¹²¹².

Concordo com a visão ¹²¹³ de que está ocorrendo lamentável equívoco em “comercializar assuntos relacionados com a reprodução assistida, a ponto de, exemplificativamente, se discutir seriamente se cessão do útero (mãe de substituição ou barrida de aluguel) é contrato de locação de coisa ou contrato de locação de serviços!”. Calha,

¹²¹⁰ LUZ, Valdemar P. da. *Curso de direito de família*. Caxias do Sul: Mundo Jurídico, 1996. p. 119.

¹²¹¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Gestação por outrem e determinação da paternidade: ‘mãe de aluguel’*. Curitiba. Genesis, 1998. p. 95, citando os dados constantes dos itens seguintes.

¹²¹² RASKIN, Salmo. A evolução das perícias médicas na investigação de paternidade: dos redemoinhos do cabelo ao DNA. Porto Alegre: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 3, p. 52, out./dez. 1999. p. 52. Os gêmeos univitelinos “possuem, a princípio, 100% de seu DNA igual. Por isso, esse método se constitui numa verdadeira impressão digital genética”.

¹²¹³ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Princípios jurídicos da família de nossos dias. *Diário Oficial da Justiça do RS*, Porto Alegre, RS, 30 abr. 1998. p. 72, edição 1.358.

assim, invocar as palavras de Immanuel Kant¹²¹⁴, lembradas por Jorge Miranda: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”¹²¹⁵, na medida em que o meio significa a coisificação e a aceitação do ser humano unicamente pelo mundo genético, quando o ser humano tem o direito de habitar a tridimensionalidade humana, genética, (des)afetiva e ontológica.

Dessa forma, em nascendo uma criança mediante gestação substituta, não deve ser outorgada a paternidade somente com base no contrato de gestação, porque se cuidaria do ser humano como coisa, como moeda, como mercadoria, reconhecendo-se-lhe apenas o direito ao mundo genético, porquanto, como lembra Heidegger, o humano “não é uma coisa, uma substância, um objeto”¹²¹⁶, motivo por que ele deve ser compreendido como humano, e não objetificado, situado fora de sua essência¹²¹⁷.

Com relação à *clonagem do ser humano*, a Igreja Católica é manifestamente contrária, à medida que “a alma espiritual, constitutivo essencial de cada sujeito pertencente à espécie humana, que é criada directamente por Deus, não pode ser gerada pelos pais, nem ser produzida pela fecundação artificial, nem ser clonada”. O desenvolvimento psicológico, a cultura e o ambiente levam sempre a personalidades diferentes, sendo esse “um facto bem conhecido no caso dos gémeos, cuja semelhança não significa identidade. No processo de clonagem ficam pervertidas as relações fundamentais da pessoa humana: a filiação, a consangüinidade, o parentesco, a progeneritura”.

Com isso, profetiza essa religião que “uma mulher pode ser irmã-gêmea de sua mãe, faltar-lhe o pai biológico e ser filha do seu avô. Com a FIVET (fecundação “in vitro” e transferência do embrião), já se introduziu a confusão no parentesco, mas, na clonagem, verifica-se a ruptura radical de tais vínculos”. Por fim, verbera que a clonagem humana recebe um juízo negativo, no que diz respeito à dignidade da pessoa clonada, a qual nascerá com o estigma de vir ao mundo “em virtude do seu ser ‘cópia’ (embora apenas cópia biológica) de outro indivíduo: esta prática gera as condições para um sofrimento radical da pessoa clonada, cuja identidade psíquica corre o risco de ser comprometida pela presença real, ou mesmo só

¹²¹⁴ COBRA, Rubem Q. *Immanuel Kant*: página de filosofia moderna. Geocities, 1997. Disponível em: <filmmod@mymail.com.br>. ago. de 2001. Immanuel Kant, filósofo alemão, nasceu em Königsberg, atual Kaliningrado, Prússia Oriental, parte da Rússia, um território no litoral sul do Báltico, em 22 de abril de 1724, falecendo em 12.02.1804, aos 80 anos.

¹²¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2000. v. 4, p. 188.

¹²¹⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 84.

¹²¹⁷ HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. São Paulo: Moraes, 1991. p. 6.

virtual, do seu ‘outro’¹²¹⁸.

O que se poderá dizer, no caso da clonagem do ser humano, sendo “a cópia exata do mesmo, através de produção laboratorial, utilizando-se somente a célula do original?” Se isto algum dia ocorrer, caberá ao Direito e, principalmente, à filosofia, responder às seguintes perguntas: “O clone de meu filho é meu filho ou meu neto? Se meu filho tem três clones, os clones são meus herdeiros?”¹²¹⁹.

Somente com a compreensão do ser humano como um ser-no-mundo-genético, um ser-no-mundo-(des)afetivo e um ser-no-mundo-ontológico será possível responder a essas e a outras intrigantes indagações da reprodução humana medicamente assistida, no exame de cada caso em sua concretude, porque a linguagem hermenêutica deve ser trazida do geral para o particular, do coletivo para o singular¹²²⁰, dentro de uma universalidade e de uma singularidade¹²²¹, porquanto a “‘universalidade’ só é na sua ‘singularidade’ e esta só é na ‘universalidade’”¹²²². A atualização da linguagem compreende o passado a partir do presente¹²²³, uma vez que “todo aquel que lee un texto e intenta comprenderlo ocasiona siempre una apropiación productiva del texto desde su presente”¹²²⁴, dentro da característica fundamental do círculo da compreensão, que se submete a um constante processo de revisão crítica¹²²⁵.

O intérprete/julgador deve apoiar-se na hermenêutica filosófica, que busca a des-objetivação do texto (da Constituição), do ser humano, da família, “tarefa que somente será possível com a superação do paradigma metafísico que (pré)domina o imaginário dos juristas”¹²²⁶, (re)velando os princípios constitucionais da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da prioridade, da prevalência absoluta dos interesses do filho e da tridimensionalidade humana. Ao compreender o ser humano, a família, o texto, o

¹²¹⁸ Pontifícia academia "pro vita", Reflexões sobre a clonagem. Prof. Juan de Dios Vial Correa, Presidente, Mons. Elio Sgreccia, Vice-Presidente. Disponível em: <<http://www.vatican.va/roman.curia/pontifical/academies>>. Acesso em: 18 maio 2001.

¹²¹⁹ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 159.

¹²²⁰ CANCELLO, Luiz A. G. *O fio das palavras*. 4. ed. São Paulo: Summus, 1991. p. 24.

¹²²¹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 225.

¹²²² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 265.

¹²²³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 198.

¹²²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Tradução: Luciano Elizaincín-Arrarás. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 17.

¹²²⁵ VILA-CHÁ, João J. Hans-Georg Gadamer. *Revista Portuguesa de Filosofia*. Braga, v. 56, fase 3-4, p. 305, jul./dez. 2000.

¹²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 287.

intérprete/julgador “está exposto a confundir-se pelas opiniões prévias”, motivo por que deverá suspender seus juízos prévios, sua pré-compreensão, pondo “à prova a sua origem e validade”, o que não significa não considerar seus próprios preconceitos, e sim “estar aberto à opinião do outro ou do texto, o que implica relacioná-los com os próprios juízos ou opiniões”¹²²⁷.

Por isso, não concordo com o pensamento da dogmática jurídica – em compreender o ser humano tão-só pelo viés genético –, porquanto o preconceito, com relação à imposição ao ser humano apenas do mundo biológico, já é um conceito prévio preconceituoso, impuro, imundo, tendo em vista que o ser humano tem o direito à tridimensionalidade humana, que é genética (o mundo dos seres vivos em geral), afetiva (o mundo do relacionamento em sociedade e, essencialmente, em família) e ontológica (o relacionamento consigo mesmo, o modo, o jeito, as circunstâncias o modo de ser-no-mundo único e especial de cada ser humano).

Por isso, é preciso compreender, simultaneamente, os três tempos (passado, presente e futuro) e os três mundos dos pais e filhos, preservando-se sempre o supremo interesse da perfilhação, para que seja respeitada a condição humana tridimensional, mediante a suspensão dos preconceitos autênticos e inautênticos, da fusão de horizontes, do círculo hermenêutico e da tradição da família.

5.15 A Necessidade da Produção do Exame Genético em DNA na Ação de Investigação de Paternidade Genética

A hereditariedade percorreu várias fases, inclusive se pensando, inicialmente, que a filiação podia ser definida pela semelhança fisionômica, como o retrato falado e a prova prosopográfica - sistema ABO (grupo A, B, O e AB)¹²²⁸. A tipagem sanguínea ABO só consegue excluir 13 em cada 100 indivíduos falsamente acusados, “e o HLA, no máximo, 95 em cada 100, isto nos melhores Laboratórios de HLA do mundo! O DNA exclui 100%, e uma não-exclusão em exame de DNA automaticamente significa uma inclusão com probabilidade

¹²²⁷ ROHDEN, Luiz. O “círculo hermenêutico” como estrutura, o “enquanto” da hermenêutica filosófica. *Veritas*. Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS, Porto Alegre, v. 44, n. 1, p. 121-122, mar. 1999.

¹²²⁸ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Quem são os pais? O DNA e a filiação, proposta de solução ou início dos dilemas?. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 204.

de paternidade altíssima¹²²⁹. Em outros termos, quando se garante 100% de não-exclusão de paternidade, que é muito diferente de 100% de inclusão, não possui sentido algum falar-se em probabilidade, pelo que, “somente com o desenvolvimento do teste de DNA (ácido desoxirribonucléico), no final da década de 80, o exame hematológico ganhou em termos de probabilidade de inclusão, ou de indicação paternal, garantindo quase 100% de exclusão da paternidade¹²³⁰”.

Um grande passo na descoberta do DNA foi dado pelo cientista O. T. Avery e dois de seus colegas, lembra Asimov, que “estudaram uma substância capaz de transformar uma linhagem da bactéria em outra. Era o ácido desoxirribonucléico, comumente chamado ADN (ou DNA)¹²³¹. Os códigos do DNA são exclusivos de cada indivíduo (não há duas pessoas com o mesmo código de barras, exceto os gêmeos univitelinos)¹²³², pelo que a impressão digital do DNA é a melhor opção para o estudo da paternidade¹²³³”.

Não obstante a confirmação ou a exclusão científica da paternidade, que torna praticamente infalível o exame genético em DNA, não se tem aceito¹²³⁴ essa prova, tendo em vista os erros que ocorrem e a ausência de respostas às seguintes indagações, por exemplo:

- a) Que laboratórios estão fazendo exames em DNA?;
- b) Quais os critérios tomados para credenciá-los?;
- c) Por que estão proliferando os laboratórios no Brasil, em número superior ao dos Estados Unidos ou da Alemanha?;
- d) Que especialistas e doutores integram esses laboratórios?;
- e) Que cuidados foram tomados na coleta do material genético e na identificação das pessoas?;
- f) Os laboratórios mantêm bancos de dados das frequências populacionais dos sistemas genéticos utilizados?;
- g) Adotam os laboratórios controles de qualidade dos exames?;

¹²²⁹ RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 316.

¹²³⁰ SILVA, Reinaldo Pereira e. Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 228.

¹²³¹ ASIMOV, Isaac. *O Código Genético*. São Paulo: Cultrix, 1962. p. 8.

¹²³² LOPES, Sônia Godoy Bueno Carvalho. *Bio: introdução à biologia, citologia, embriologia animal, histologia animal, os seres vivos, genética, evolução, ecologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 454.

¹²³³ JOBIM, Luiz Fernando. et al. Perícias médicas em investigação de paternidade pelos principais sistemas genéticos. Porto Alegre. *Revista do HCPA*, Porto Alegre, v. 16, abr. 1996.

¹²³⁴ FERNANDES, Tycho Brahe. O exame de DNA na prova criminal. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 377.

- h) Os materiais genéticos foram obtidos e estão guardados com toda segurança?;
- i) O Estado tem fiscalizado os laboratórios?¹²³⁵.

Com isso, alguns autores, como Almeida¹²³⁶, propagam a idéia de que deve ser repensada a sacralização e divinização do exame genético em DNA, na medida em que essa prova não é tão milagrosa, nem capaz de resolver todas as questões referentes à investigação de paternidade, embora seja útil no contexto probatório, e seria absurdo negá-lo. Porém, complementa a autora, não se pode ignorar os demais meios de prova, até porque “inúmeros fatores podem comprometer e prejudicar os resultados ditos inquestionáveis do exame pericial do DNA [...]. O exame científico da paternidade não pode desviar o caminho da instrução probatória, fazendo do juiz um mero homologador de laudos periciais”.

Outrossim, nos casos de transfusão sangüínea nos últimos sessenta dias antes da coleta de sangue ou transplante de medula óssea, deve-se tomar cuidado no resultado do exame genético¹²³⁷, porque essas duas situações são indagadas nas declarações padronizadas fornecidas pelos laboratórios e preenchidas pelas partes antes da coleta, esclarece Raskin. O autor acrescenta que, “caso haja omissão, o exame de DNA detectará a presença do componente genético de dois indivíduos em uma única amostra (doador e receptor), indicando que o teste deve ser repetido com nova coleta”.

Logo quando alguma parte suspeitar da ocorrência de algumas dessas duas situações, é necessário solicitar que, além do sangue, seja coletado amostra de raízes de cabelo, “que contêm o DNA original da pessoa. Se esta suspeita for posterior à coleta, basta solicitar uma contraprova com este tipo de material (amostra de raízes de cabelo), ou aguardar cerca de 60 dias para realizar nova coleta de sangue, caso a suspeita tenha sido de transfusão sangüínea”¹²³⁸.

Concordo que para a pessoa ser submetida ao exame genético em DNA, deve

¹²³⁵ VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 390.

¹²³⁶ ALMEIDA, Maria Cristina de. Prova do DNA: uma evidência absoluta? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 2, p. 148, jul./set. 1999.

¹²³⁷ VELOSO, Zeno. A Dessacralização do DNA. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 196, “se o suposto pai já morreu, o juiz pode autorizar a exumação do cadáver, retirando-se tecidos do mesmo, e o exame pode ser realizado. Em alguns casos, nem se precisa ir tão longe: com amostras de sangue dos irmãos ou dos pais biológicos do falecido é possível a reconstituição do padrão genético do indivíduo”.

¹²³⁸ RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 321.

haver prévia infra-estrutura, por exemplo, regulamentando o procedimento dos exames periciais, redigindo o resultado com linguagem acessível à comunidade jurídica e aos leigos, descrevendo os métodos utilizados e o cálculo estatístico para apresentação da probabilidade de execução; identificar os técnicos incumbidos de cada uma das diferentes etapas do teste e possíveis fontes de erro e problemas na interpretação do resultado, incluindo no laudo fotografias das bandas do DNA ou o filme de Raio X marcado, para o exame visual do resultado; fiscalizar os laboratórios para tornar as provas técnicas mais confiáveis e fixar os requisitos para o credenciamento dos laboratórios¹²³⁹.

Há de se ressaltar que outros fatores podem influir no resultado do exame genético, sem contar com a circunstância de eventual falta de lisura de algum perito¹²⁴⁰, quais sejam:

- a) número deficiente de sondas;
- b) uso de dados estatísticos não adequados à realidade de nossa miscigenação racial, pois baseados em anotações de outros países;
- c) ocorrência de transfusões de sangue;
- d) transplantes de medula;
- e) falta de cuidados na colheita do material;
- f) troca de tubos;
- g) contaminação da aparelhagem por células de outras pessoas¹²⁴¹.

Há mais: deve ser assegurado às partes o direito de indicar assistente técnico. Aliás, nesse sentido, é contraditória a jurisprudência, o que se haure dos seguintes julgados:

- a) “Em sendo o exame em DNA prova técnica, há necessidade de que seja possível a participação de assistentes técnicos indicados pelas partes, consoante determinação

¹²³⁹ TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sangüíneos na determinação da paternidade. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n, 63, p. 327, mar.1995.

¹²⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Acórdão da 8ª Ccv*. 03.08.95. RJTJRS 175/599. Relator: Sérgio Gischkow Pereira.

¹²⁴¹ RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade: manual prático do DNA*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 67-68, os dados que obrigatoriamente devem estar presentes no laudo de teste de determinação de paternidade em DNA: “a) Nome dos pontos (locos) testados; b) Nome das enzimas de restrições utilizadas, menos se o método utilizado for a P.C.R., pois aí não são usadas enzimas de restrição; c) O tamanho dos fragmentos alélicos encontrados ou o número de repetições (quando utilizada a técnica de P.C.R.); d) A data da coleta das amostras; e) O número-código do caso, utilizado pelo laboratório; f) O nome de cada indivíduo testado e o parentesco com o filho; g) A origem étnica da mãe e do suposto pai; h) Os genótipos estabelecidos para cada indivíduo em cada um dos locos examinados. A descrição alélica dos padrões de P.C.R. devem ser baseados no número de unidades repetidas; i) Uma declaração clara se o suposto pai pode ou não ser excluído de ser o pai biológico; j) Em casos de inclusão, deve constar o Índice de Paternidade individual para cada sistema, o Índice de Paternidade combinado de todos os marcadores, a Probabilidade de Paternidade em porcentagem e a probabilidade a priori utilizada para calcular a probabilidade de paternidade. Os casos-deficientes devem apresentar a porcentagem de compartilhamento de DNA entre os indivíduos analisados; k) A assinatura do responsável pelo laboratório”.

do art. 421, § 1º, do CPC, os quais teriam condição de acompanhar toda a perícia, que passaria, assim, pelo crivo do contraditório, quando, então fiscalizado seriam as técnicas e os materiais usados, a fim de que, com maior segurança, fosse aceita”¹²⁴²;

- b) “É perfeita a perícia genética, uma vez que tal exame é feito por poucos laboratórios do Brasil, inviabilizando, assim, a indicação de assistente técnico pelas partes e a formulação de quesitos”¹²⁴³.

Embora a indicação de possíveis erros na formatação da perícia, os quais não se presumem, mas, sim, devem ser devidamente comprovados, já que a confiabilidade do perito é inerente à sua condição profissional, o certo é que o exame genético em DNA tem resolvido satisfatoriamente os problemas da paternidade, em percentual que atingem até 100%, o que representa certeza científica. Não se nega que esse exame, como qualquer outra prova, corre o risco de ser produzido mediante erro, fraude, simulação etc., mas isso não é questão de direito material, e sim de direito processual.

Não se pode afastar o resultado do exame genético em DNA pela simples possibilidade de ocorrência de eventual vício em sua realização, pois qual prova pode ser contraposta ao DNA, que possa indicar praticamente a certeza científica da paternidade? Respondo, nenhuma prova material, havendo, portanto, a infalibilidade do exame, salvo questão de ordem procedural, como a troca de sangue, a corrupção do médico, a adoção de método menos eficaz. Mas, aí, estar-se-á adentrando no terreno movediço do ônus da prova, já que o prejudicado deverá comprovar a suspeita de vício jurídico na perícia, o que significa reconhecer que o resultado do exame genético em DNA é infalível, embora falível possa ser o procedimento de realização dessa prova¹²⁴⁴.

Algumas respostas, para corrigir eventuais distorções na formatação da perícia genética, foram lançadas por Pena, o qual concorda que os erros podem ocorrer não devido à

¹²⁴² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Acórdão n° 29.442/1*. 1ª C. Relator: Antonio Hélio Silva. DJMG de 11.11.94.

¹²⁴³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Acórdão n° 36.969/4*. 5ª CCv. Relator: Roney Oliveira. 16.03.95. DJMG de 26.10.95. p. 2. Revista IOB 3/11430.

¹²⁴⁴ ARRUDA, José Acácio. Parreira, Kleber Simônio. *A Prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 59, o trabalho desenvolvido por Sérgio Danilo Juno Pena e Ranajit Chakraborty, que afirmam “que há pouca justificativa teórica para a escolha desse índice a priori de 50%, mas, em função dos altos valores obtidos para os índices de paternidade pelos testes de ADN, a escolha da probabilidade a priori é praticamente irrelevante. Trata-se, na verdade, de um valor convencionado entre os cientistas e adotado, por exemplo, pela Associação Americana de Bancos de Sangue. O segundo relatório do National Research Council, de 1996, concluiu que, devido aos altos índices de paternidade obtidos, a escolha de uma grande extensão de probabilidade a priori é largamente irrelevante, com o que a crítica quanto à escolha da probabilidade a priori pode ser considerada como ultrapassada”.

falibilidade do DNA, mas, sim, pelos métodos utilizados pelos laboratórios. Na determinação de paternidade pelo DNA, ensina o autor, podem ser utilizados diferentes testes em DNA, como testes com sondas multilocais (impressões digitais de DNA), sondas unilocais e PCR. Com isso, acrescenta o escoliasta, alguns laboratórios podem optar por utilizar apenas uma única metodologia, diminuindo, assim, a necessidade de desenvolvimento de uma metodologia de maior complexidade - como as impressões digitais de DNA pelas sondas multilocais - e minimizando os custos laboratoriais. Prosseguindo com sua idéia, o autor colaciona algumas técnicas que podem ser empregadas para avaliar a confiabilidade de um serviço de determinação de paternidade pelo DNA, quais sejam:

- 1) O laboratório deve ser administrado por um médico, de preferência com o título de mestre ou doutor (Ph.D.) em genética, biologia molecular ou bioquímica;
- 2) Os exames genéticos devem ser realizados com duas sondas multilocais, ou então 6 sondas unilocais ou pelo menos 12 microssatélites estudados pela PCR;
- 3) O laboratório deve empregar a técnica de, pelo menos, duas das três metodologias existentes para testes de determinação de paternidade em DNA;
- 4) O laboratório deve acautelar-se para evitar a ocorrência de erros que passam despercebidos, como a troca de rótulos em tubos;
- 5) No caso de sondas unilocais ou estudo de microssatélites pela PCR, o laboratório deve construir um banco de dados das frequências populacionais dos sistemas genéticos, que deve estar disponível para consulta e, de preferência, com publicação;
- 6) Em casos de exclusão da paternidade, o laboratório deve garantir que esta exclusão resultou do emprego de, pelo menos, dois tipos de exames genéticos diferentes, com o fornecimento dos índice de paternidade para cada sistema genético utilizado;
- 7) Indicar o índice de paternidade final e a probabilidade de paternidade¹²⁴⁵.

Quanto à eventual troca de amostras de sangue em laboratório, Salmo Raskim é enfático ao afirmar que, mesmo que isso fosse possível, não seria o caso de criar a falsa inclusão, mas, sim, a falsa exclusão, “a não ser que o pai biológico estivesse realizando análises no mesmo laboratório, na mesma época e por descuido, o sangue do pai biológico

¹²⁴⁵ PENA, Sérgio D. J. *O DNA: como (única) testemunha em determinação de paternidade*. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/bio2v5/odnacomunica.htm>>.

fosse trocado com o do suposto pai, hipótese esta extremamente improvável¹²⁴⁶.

Afastar a produção do exame genético em DNA é desdenhar o conhecimento ao mundo genético do ser humano, argumenta Theodoro Júnior. Depois, o autor indaga o seguinte: se a biotecnologia inventou métodos de investigação, “que podem conduzir o juiz a uma convicção extremamente sólida, com probabilidade de mais de 99% de acerto, por que se contentar em julgar à luz de precários e vetustos meios indiciários de prova, quase sempre pouco concludentes”? O próprio escoliasta responde, utilizando os termos de Barbosa Moreira: “Estou, e tenho a certeza de que ficarei até a morte, seguramente, inabalavelmente, convencido de que é preciso que o juiz se compenetre da necessidade de que ele assuma realmente, não formalmente apenas, a sua responsabilidade na direção do processo”, pelo que o magistrado, na direção do processo, deve fazer uso de seu poder, determinando a produção das provas necessárias ao esclarecimento da verdade¹²⁴⁷, “ainda que a parte não tenha sido diligente em requerê-las (CPC, art. 130). Se isto é um princípio acatado em todo o processo civil moderno, com muito maior razão haverá de ser respeitado nas ações em que a lide envolve questão de ordem pública¹²⁴⁸.

¹²⁴⁶ RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade: manual prático do DNA*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 40.

¹²⁴⁷ Na dogmática jurídica campeia a idéia, atesta Silva (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 114-115), de que os julgamentos antes da sentença de procedência ou de improcedência não são julgamentos, e sim decisões, a ensejar o recurso de agravo de instrumento, querendo dizer que o juiz nada decide antes do fim da demanda, porque “a doutrina processual moderna passou a identificar julgamento e decisão, tornando sinônimos perfeitos o antecedente lógico (intelectivo), correspondente ao ato de julgar, e o conseqüente volitivo, o ato de decidir”. Entretanto, o autor adverte que não é a certeza jurídica, a vontade do Legislador e da lei que deve ser buscada pelo julgador, e sim a verossimilhança, pois é ela que domina literalmente a ação judicial, porquanto é com base nela que ele profere a decisão de recebimento da inicial, das decisões interlocutórias e, “eventualmente – nos casos em que nosso direito o permite –, profere sentenças liminares, provendo provisoriamente sobre o *meritum causae*, como nos interditos possessórios, no mandado de segurança e, agora, nas antecipações de tutela dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Verdade e significado*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 274-275). Concordo com o pensamento da transformação do processo de conhecimento em mandamental, porquanto evita que a parte, após a sentença de cognição, “ainda tenha de aguardar mais outra centúria temporal para obter a satisfação efetiva de seu direito” (CARVALHO, José Orlando Rocha de. Juizado especial para o processo de execução: uma proposta de reforma constitucional do Poder Judiciário. *Jornal Síntese*, n. 47, p. 3, jan. 2001), não se podendo aceitar o argumento de que, no processo condenatório, plenarizado pela ampla defesa e contraditório, será buscada a sonhada verdade dos fatos, “pois os níveis de incerteza, sob os quais já vivemos, causados por nosso sistema recursal, dificilmente poderiam ser ultrapassados, embora seja comum, verem-se os que se lamentam da morosidade da justiça e do número excessivo de recursos, proclamarem a excelência do procedimento ordinário, com ampla defesa” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 49, n. 287, set. 2001). Isso porque, conforme já dizia Enrico Tullio Liebman, “as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AgRg 485.094-01/0. 4ª Câm. do 2º. 24.08.1999. Relator: Mariano Siqueira. RT 771/267, e a dualidade processo de conhecimento e ulterior processo de execução faz com que o legislador incentive a inefetividade processual, pois reúne dois princípios, “agora sim irmanados no mesmo propósito: nem celeridade e nem economia” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 230).

¹²⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova: princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 3, p. 6, out./dez. 1999.

Por isso, a necessidade de o julgador munir-se de todos os meios jurídicos disponíveis para a descoberta dos mundos biológico, sociológico e ontológico, já que o interesse não é apenas das partes, mas também da família, da sociedade, do Estado e da humanidade¹²⁴⁹.

Nesse sentido, modernamente, há uma tendência de ampliar os poderes do juiz, para que assuma um caráter investigatório, “atingindo, com isso, tanto quanto possível, a verdade real (os três mundos do ser humano), mas sempre respeitando o direito de defesa das partes ou, em outras palavras, o devido processo legal”¹²⁵⁰.

A prova pericial, mesmo antes da descoberta do DNA, como ABO, HLA, sempre foi utilizada nas investigações de paternidade. Porém, os resultados nunca foram de afirmação, apenas de exclusão¹²⁵¹. Com o exame genético em DNA, não se tem tão-somente a exclusão, mas, sim, a comprovação científica da paternidade em 99,99999997%, resultando, em conseqüência, a perda de credibilidade na tese defensiva do investigado, principalmente a “exceptio plurium concubentium”¹²⁵², pelo que não há razão jurídica na produção de outras provas, que até seriam ofensivas diante do DNA¹²⁵³.

Convém lembrar que, com a garantia do exame genético em DNA em praticamente 100%, estar-se-á garantindo ao investigante os mundos biológico e ontológico, direitos fundamentais, que fazem parte da dignidade e da condição humana, impenhoráveis,

¹²⁴⁹ Não servirá de argumento eventual alegação de inaplicabilidade imediata das normas constitucionais dos direitos e garantias individuais, na medida em que há consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido da auto-aplicabilidade (TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 278, p. 5, dez. 2000). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1999. p. 405-6, “o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de causas e outras. Significa isto que o direito à tutela jurisdicional efectiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo - due process”. De acordo com CAPPELLETTI, Mauro; BRYAN, Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. p. 31, podem ser visualizados em três ondas sobre acesso ao Judiciário: “Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira onda desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro, mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente enfoque de acesso à justiça, porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”.

¹²⁵⁰ ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. Algumas reflexões sobre a verdade e a certeza no campo probatório. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 68, p. 55, dez. 1996.

¹²⁵¹ PENA, Sérgio D. J. *Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA: estado da arte no Brasil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 255, “quando tem acesso a familiares próximos do indivíduo falecido, é possível usá-los para tentar reconstituir o padrão de impressões digitais de DNA do falecido. O grau de certeza desse tipo de exame vai depender da natureza e do número dos familiares estudados”.

¹²⁵² AMARAL, José Amir do. Investigação de paternidade. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 63, p. 219, dez. 1995.

¹²⁵³ AMAR, Ayush Morad. Investigação de paternidade e maternidade do ABO ao DNA. [S.l.]: Cone, 1991. p. 169.

imprescritíveis, irrenunciáveis, vitalícios e inerentes à condição da vida humana, que não derivam de ordenamento jurídico, já que o ser humano nasce com os três mundos, não sendo, pois, a lei “que vai conferir ao homem o dom da vida e todas as demais faculdades de que a própria natureza se incumbiu de dotá-lo”¹²⁵⁴.

Em sendo o estado de filho um direito à condição humana tridimensional, seria desumano admitir-se que o direito material e/ou processual, que são circunstanciais, e não existenciais, pudesse impedir a descoberta dos três mundos humanos – mediante o indeferimento da prova –, outorgando-se apenas *um pai formal*, reerguendo-se nocivo precedente da paternidade meramente fictícia, proscribida pelo Pacto Constitucional de 1988. Logo, em envolvendo a ação investigatória o direito ao modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, habitam nessa demanda “elevados interesses sociais e, por ser matéria de suma gravidade, a prova deve ser robusta e convincente, de sorte a desfazer toda dúvida”¹²⁵⁵, e somente a perícia em DNA poderá desvelar o véu da tridimensionalidade humana.

É, portanto, obrigatória a produção do exame genético em DNA¹²⁵⁶, sempre que possível, por várias razões:

- a) o Estado é que deve pagar a prova pericial, porque é constitucionalmente o responsável pela assistência judiciária gratuita e garantista dos direitos da cidadania, da dignidade e da condição humana¹²⁵⁷;
- b) a pessoa tem o direito constitucional e humano ao conhecimento dos mundos biológico, afetivo e ontológico, mas não com aplicação da revelia ou presunção de paternidade, e sim por demanda judicial com ampla tessitura probatória, principalmente pelas provas periciais, como o exame genético em DNA;

¹²⁵⁴ SILVA, Edson Ferreira da. Direitos de personalidade: os direitos de personalidade são inatos? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 694, p. 21, ago. 1993.

¹²⁵⁵ FIDA, Orlando e Albuquerque J. B. Torres de. *Investigação de paternidade*. São Paulo: Ed. de Direito, 1996. p. 300, invocando acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná.

¹²⁵⁶ RASKIN, Salmo. A evolução das perícias médicas na investigação de paternidade: dos redemoinhos do cabelo ao DNA. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 3, p. 54, out./dez. 1999, o DNA (ácido desoxirribonucléico) é a principal unidade biológica que compõe os seres vivos, localizando-se no núcleo de todas as células do corpo humano, sendo desigual em cada pessoa, mas com semelhanças típicas entre indivíduos biologicamente relacionados, o que se deve ao fato de que “sempre metade do DNA de um indivíduo é herdado de seu pai biológico e a outra metade é herdada de sua mãe biológica. Por isso, o DNA funciona como uma marca registrada da herança genética das pessoas”. A seguir, o articulista complementa a idéia, afastando o receio de muitos doutrinadores quanto à confiabilidade da prova em DNA, já que agora é possível, “através do teste em DNA, afirmar que um indivíduo é, com certeza, o progenitor de determinada pessoa, inclusive naqueles casos em que membros da família já faleceram”.

¹²⁵⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1997. t. 1, p.232, a Defensoria Pública (artigo 134 da Constituição do País) é direito fundamental do brasileiro.

- c) os exames genéticos comuns não refletem a paternidade genética, porquanto o DNA tem valor probatório superior aos demais exames conjuntamente, não sendo somente de exclusão, e sim de afirmação da paternidade, em praticamente 100%;
- d) os tribunais têm entendido que cabem várias perícias nas ações de investigação de paternidade ¹²⁵⁸, cabendo, pois, a seguinte indagação: por que não fazer, imediatamente, o DNA, evitando-se gastos financeiros às partes e ao Estado com outras perícias?
- e) as ações de investigação de paternidade têm elevado cunho social, pelo que a prova deve ser robusta e convincente, expungindo qualquer dúvida, e somente o DNA pode trazer a certeza genética, a imersão do ser humano no mundo tridimensional.

Ante a exclusão e a certeza científica da paternidade pelo exame genético em DNA, pode-se afirmar que esse exame genético é a testemunha mais confiável em determinação de paternidade biológica¹²⁵⁹, motivo por que Salmo Raskim tem afirmado que é perda de tempo pretender contestar o uso correto da técnica de DNA, como ferramenta para descobrir o mundo biológico¹²⁶⁰.

5.15.1 Peculiaridades da Prova Pericial

Algumas peculiaridades da prova genética foram noticiadas por Fernando Simas Filho¹²⁶¹, nos seguintes termos: “De todos os exames científicos, os que gozam de maior credibilidade e em suas diversas espécies, por apresentarem resultados exatos, são os *exames feitos no sangue*”, que se referem à parte genética “do tecido circulante e à sua transmissão hereditária, deixando para a Medicina os hemogramas, as dosagens de hemoglobina, a siclemia e o hematócrito”. Depois, o jurista complementa seu pensamento, ao historiar que pediu a um biólogo explicar a impressão genética, a espiral dupla que diferencia um ser de outro, recebendo como resposta: é a *Marca de Deus*, “porque nunca pode ser apagada”

¹²⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *AI n° 593004286. 8ª. CCv. 15.04.93.* Relator: João Andrade Carvalho.

¹²⁵⁹ PENA, Sérgio Danilo J. Engenharia genética – DNA: a testemunha mais confiável em determinação de paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999. *Repensando o direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 343.

¹²⁶⁰ RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação.* Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 330.

¹²⁶¹ Simas Filho, Fernando. *A prova na investigação de paternidade.* 6. ed., Curitiba: Juruá, 1998. p. 78.

No entender do articulista, o exame genético em DNA é determinativo da identidade biológica, sendo mais do que uma impressão digital, de um simples número, porque “permite classificar a pessoa, naquilo que ela tem de mais legítimo: *a sua existência*”. Ressalta que, no caso de o investigado possuir um irmão gêmeo univitelino, *os dois terão o mesmo DNA!*”, pelo que, conclui o autor, nas demais situações, o exame genético em DNA “é infalível, e não deixa margem a quaisquer dúvidas”.

Pela leitura de Jorge Neumann¹²⁶², o exame genético *em DNA* permite determinar a probabilidade positiva de paternidade de, no mínimo, 99,99%, “com igual poder de exclusão de um indivíduo falsamente acusado”. Momento seguinte, esclarece como funcionam os índices de paternidade e de maternidade, nos termos: “Abaixo de 40%: contra a paternidade; entre 40% e 60%: zona de indiferença (para o lado negativo); de 60% e 80%: zona de indiferença (para o lado positivo); de 80% e 90%: paternidade provável; de 90% e 95%: paternidade muito provável; acima de 95%: paternidade segura”.

Nesse sentido, Francisco Salzano¹²⁶³ torna público que o percentual de 95%, indicado como decisivo quanto à probabilidade de paternidade, relaciona-se a valores usualmente estabelecidos em estatística. A seguir, anota que, na probabilidade positiva da paternidade, “há toda uma gama a considerar (de 1% a 100%), e pode-se aplicar o mesmo conceito tanto em um extremo como no outro da distribuição (isto é, probabilidades positivas abaixo de 5% seriam consideradas como evidências significativas *contra* a paternidade)”. Por fim, lembra que, embora, dependendo do sistema genético considerado, o percentual apresente uma tendência para 100%, ele nunca alcança este índice, porquanto a diferença entre uma probabilidade de 99,999999% e a de 100% é negligenciável.

A esse respeito, Luiz Fernando Jobim, Maria Fernanda Horta, Maria Del Carmen Mur e Maria Regina Jobim¹²⁶⁴ historicam as três dimensões de exames genéticos: Os testes de primeira dimensão foram os de grupos sanguíneos eritrocitários, como os sistemas ABO, Rh (CcDEe) e MNSs; os testes de segunda dimensão estudaram o sistema HLA (antígenos leucocitários humanos); os testes de terceira dimensão são os que permitem a análise do DNA, por intermédio de várias metodologias. Os autores tranquilizam os operadores do direito, ao lembrar que “sempre que existir exclusão de paternidade, repete-se a análise com a amostra que tinha sido congelada. Dessa maneira, todas as exclusões são confirmadas, evitando-se possibilidades de troca de amostras durante o processamento dos exames”.

¹²⁶² Neumann, Jorge Milton. Ofício remetido ao Forum de Guarani das Missões-RS, em 25.08.97, juntado ao processo nº 2.543/214, lecionando acerca dos exames genéticos.

¹²⁶³ Salzano, Francisco. Ofício remetido ao autor, em 17.10.96.

¹²⁶⁴ JOBIM, Luiz Fernando et. Al. Perícias médicas em investigação de paternidade pelos principais sistemas genéticos. Revista do HCPA, Porto Alegre, v. 16, abr. 1996.

Quer dizer que o exame genético em DNA garante ao ser humano o conhecimento de seu mundo genético em cem por cento (100%), uma certeza científica, o que vem ao encontro de seu direito à condição e à dignidade humana.

5.15.2 Momento da Produção da Prova Pericial

Ainda não foi lavrado acordo no seio doutrinário-jurisprudencial acerca do momento da produção da prova pericial. Alguns julgados¹²⁶⁵ entendem que se não for requerida no momento processual legal, ocorrerá “a preclusão do seu direito de postulá-la *a posteriori*, mormente em sede recursal. O protesto por prova ou o requerimento, genericamente formulado, não induz na sua determinação de ofício”. Outros¹²⁶⁶, com razão, argumentam que, em se cuidando de direito indisponível, do existencial genético, a qualquer momento, inclusive em grau recursal, o processo poderá ser convertido em diligência, determinando-se a realização do exame genético em DNA, uma forma de confrontar “as tipagens sanguíneas dos envolvidos, a modo de verificar a paternidade, diante dos resultados laboratoriais individuais já acostados”.

Concordo com o último entendimento, porquanto não se pode aplicar às demandas que envelopam direitos humanos indisponíveis, existenciais, as mesmas regras processuais destinadas às demandas que discutem direitos meramente patrimoniais, devendo-se determinar, de ofício, a produção de todas as provas, documental, testemunhal, depoimento pessoal e pericial, especialmente o exame genético DNA, em qualquer momento processual, notadamente em grau recursal.

Tem-se¹²⁶⁷ sentenciado no sentido de que, “o desejo humano é de fazer com o que a verdade formal esteja cada vez mais próxima da verdade material”, não podendo o julgador permanecer inerte, devendo estar sempre preocupado com o esclarecimento da verdade biológica e/ou afetiva. Tonifica-se, também,¹²⁶⁸ que há uma tendência de ampliar os poderes investigatórios do julgador, preocupando-se a esclarecer os fatos, “mas sempre respeitando o

¹²⁶⁵ Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 752, p.301, 1998

¹²⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 594178490*, 7ª Câmara Cível. Rel: Waldemar Luiz de Freitas Filho, 19.04.95.

¹²⁶⁷ BUSANELLO, Eduardo Sávio. Decisão proferida no processo de investigação de paternidade nº 11.110, da Comarca de IJUÍ-RS, quando determinou, de ofício, a produção da prova pericial e testemunhal, mesmo quando já havia sido encerrada a instrução pelo anterior Juiz.

¹²⁶⁸ ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. Algumas reflexões sobre a verdade e a certeza no campo probatório. Revista Ajuris, Porto Alegre, v. 68, p. 55, nov. 1996.

direito de defesa das partes ou, em outras palavras, o devido processo legal”, pelo que o Juiz deverá se orientar no sentido de encontrar a verdade biológica e/ou socioafetiva, determinando a produção das provas que entender necessário¹²⁶⁹. Isso ocorre devido ao fato de a jurisdição constitucional ser de interesse de toda a sociedade, ampliando os poderes do juiz no processo, visto que a verdade formal não mais satisfaz ao processualista atento aos fins sociais de sua ciência.

Conclui-se, pois, que não basta o autor historiar os fatos, havendo necessidade de esses fatos, em se cuidando de direitos indisponíveis, serem devidamente comprovados, não bastando a revelia, a confissão ou a presunção dos mundos genético e/ou afetivos. O Magistrado tem o *poder-dever* de ordenar a produção de todas as provas, de acordo com o artigo 130 do Código de Processo Civil, sob pena de não atender ao devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição do País), denegando ao ser humano o conhecimento de seus mundos genético, afetivo e ontológico. Em decorrência, o exame genético DNA deve ser realizado, de ofício, em qualquer grau de jurisdição, considerando-se a garantia de praticamente 100% de afirmação da paternidade biológica, na medida em que está envolto o direito à condição e à dignidade humana tridimensional, que é um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso III, da Carta Magna).

Para tanto, e considerando os diversos tipos de exames genéticos, com carga probatória diversa, e a eventual ocorrência de erros nas perícias, há manifesta necessidade, quando devidamente fundamentado o pedido, de realização de mais de uma perícia¹²⁷⁰. Não é possível, pois, delimitar o número de provas periciais, já que habita no ordenamento jurídico pátrio a obrigatoriedade da descoberta da filiação genética, afetiva e ontológica.

Na jurisprudência¹²⁷¹ é dito que três ilações podem sintetizar, basicamente, os poderes do juiz em face da instrução, ou seja:

- a) “o Juiz, na busca da verdade real que interessa ao processo, não fica manietado pela inércia da parte;
- b) pode determinar, *ex officio*, a realização da prova que julgar necessária para a melhor e mais justa decisão do litígio;
- c) essa iniciativa do Juiz não sofre os efeitos da preclusão, que só se refere, em

¹²⁶⁹ VIEIRA, Helena Cunha. *Poderes instrutórios do juiz no processo brasileiro*. Revista Ajuris, Porto Alegre, v. 60, p. 327, mar. 1994.

¹²⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ap. cível nº 598047827, 7ª CCv.* em 13.05.98. Relatora: Maria Berenice Dias, DOJ, n.1.456, 18 ago. 1998, p. 28, n. 1.456.

¹²⁷¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Acórdão da 1ª CCv.*, em 23.9.97. AI 96.008826-1. Relator: Carlos Prudêncio.

matéria de prova, às faculdades processuais das partes. Ao Juiz é lícito determinar coleta de prova em qualquer fase do procedimento. Até mesmo depois de encerrada a audiência pode o Juiz converter o julgamento em diligência para complementação de prova".

Em decorrência, o julgador não tem apenas o direito, mas, sim, o *poder-dever* de produzir todas as provas permitidas em direito, determinando tantas provas periciais quantas bastem para residir nos autos o mundo genético do investigante, porquanto, como refere acórdão do Tribunal de Justiça paulista, “o direito de ser reconhecido como filho é um destes poucos direitos aos quais se pode aplicar, sem excesso e sem hipérbole, a qualidade de ‘sagrado’, porque não se trata apenas de arranjar um arrimo econômico para a vida (o que por si só já é importante), mas, muito mais do que isto, trata-se da própria identidade biológica e pessoal - uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal. Pelo mesmo fundamento, o investigado também tem o direito de humanidade que é o de não ser responsabilizado pela paternidade se de fato não for o pai”¹²⁷².

5.16 Condução Coercitiva do Investigado na Produção do Exame Genético em DNA

A recusa em submeter-se ao exame genético em DNA é um dos mais difíceis problemas a serem resolvidos no direito de família, porque parte dos tribunais admite a condução coercitiva do investigado¹²⁷³, mas, o Supremo Tribunal Federal não tem admitido essa conduta processual.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que é obrigatória a produção dessa prova, o que se haure do seguinte julgado: “Na fase atual de evolução do direito de família, não se justifica, sobretudo quando custeada pela parte interessada, desprezar a produção da prova genética do DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz. No campo probatório, a grande evolução jurídica continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real”¹²⁷⁴.

¹²⁷² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *AC 110.067-I*, de 02.11.89. In: RJTJSP 126/201.

¹²⁷³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ap. cível nº 594101032*. 8.Ccv. 27.10.94. Relator: Antonio Carlos Stangler Pereira. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 8.137*. 2ª Ccv. 19.04.94. Relator: Napoleão Amarante.

¹²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REspecial nº 215.247*. 4ª Turma. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. 05.10.99. DJ de 06-12-99, RSTJ, a. 02, (13):260-303, Janeiro, CD-STJ 27, de 11.2000.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu não ser possível a condução coercitiva, nos seguintes termos: “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, do que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”¹²⁷⁵.

Conseqüentemente, instalou-se um conflito jurisprudencial entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, porque, de um lado, o STF garantiu ao investigado o direito de recusa ao exame, mas, de outro, o STJ determinou a produção dessa prova, entendendo que o modo de ser-filho, de ser-em-família é “um direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética, um direito de personalidade à descoberta de sua real identidade, e não mais apenas um vínculo presumido por disposição de lei”¹²⁷⁶.

São invocados os seguintes fundamentos jurídicos para afastar a condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA:

- a) a defesa dos direitos fundamentais à liberdade, à intimidade, à vida privada, à intangibilidade física¹²⁷⁷ e da não-obrigatoriedade de produção de provas contra si, garantindo os princípios da legalidade e da reserva da Constituição do Brasil¹²⁷⁸, porquanto qualquer parte do corpo, como um dedo, uma unha ou um fio de cabelo, é indissociável do corpo humano e da pessoa, não podendo “ser considerado como uma coisa à parte, de modo que não é possível querer tratar o corpo humano, ou um elemento dele, como uma coisa, um bem que possa ser disposto pela vontade de

¹²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas-córpus nº 71373-4-RS. 10.11.94. Relator: Marco Aurélio. *Boletim Informativo*, n. 31, de 11/96, da PGJ do RS.

¹²⁷⁶ ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 48-49.

¹²⁷⁷ CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de derecho constitucional*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 334. v. 1, “a integridade física significa no ser sometida contra su voluntad a tratamientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos”.

¹²⁷⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1997. v. 4, p. 194. “a reserva da Constituição pode, entretanto, assumir duas configurações. Uma vez, consiste numa reserva de regulamentação, de tal jeito que são as normas constitucionais que fazem o travejamento da matéria e a recortam perante outras. Assim, as formas de exercício da soberania ou do poder político são as previstas na Constituição; o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias é o resultante dos preceitos constitucionais. Outras vezes, a reserva da Constituição traduz-se numa enumeração exaustiva, num numerus clausus. Entram aqui os pressupostos da declaração de estado de sítio e de estado de emergência”, etc.

terceiro ou do Estado”¹²⁷⁹;

- b) no futuro, a legalização desse procedimento também será destinado à extração de sangue ou outro material biológico para outros propósitos, como na clonagem humana¹²⁸⁰;
- c) somente seria possível produzir exame genético se existente lei prevendo essa situação¹²⁸¹;
- d) a condução coercitiva violaria a paz social;
- e) o Código Civil prevê que, nos casos de negativa do investigado em se submeter ao exame genético em DNA, a recusa pode suprir a prova que se pretendia obter (artigo 231), presumindo-se, equivocadamente, a paternidade/maternidade.

Na ação de investigação de paternidade genética está em conflito o princípio da dignidade da pessoa humana do investigado e do investigante, que têm o direito e o desejo fundante em conviver e em compartilhar nos três mundos, genético, afetivo e ontológico¹²⁸². Então, qual o sentido que, nesse caso em particular, deve ser compreendido o texto constitucional:

- a) preservar o princípio da dignidade humana de quem confiscou o mesmo princípio do investigante, com a sua negativa em submeter-se a exame genético?
- b) ou a concessão não apenas do princípio da dignidade humana, mas, essencialmente, da tridimensionalidade humana?

¹²⁷⁹ ARRUDA, José Acácio; PARREIRA, Kleber Simônio. *A Prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 140.

¹²⁸⁰ MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade? In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 154.

¹²⁸¹ LIMA NETO, Francisco Vieira. Obtenção de DNA para exame: direitos humanos “versus” exercício da jurisdição. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 123. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2000. v. 4, p. 241. “por certo, haverá que respeitar a liberdade de conformação do legislador. Mas esta, além de variável consoante as normas constitucionais a que se reporta, não pode sobrepor-se, em caso algum, aos princípios constitucionais materiais. Também pode haver desvio de poder legislativo por infração do princípio da igualdade”. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 505, “o poder do legislativo, em seus limites extremos, limita-se ao bem público da sociedade. Trata-se de um poder desprovido de qualquer outro fim senão a preservação e, portanto, jamais pode conter algum direito de destruir, escravizar ou empobrecer deliberadamente os súditos”.

¹²⁸² DOTTE, René Ariel. O exame de DNA e as garantias do acusado. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 277, “nas ações de investigação de paternidade, há uma forte tendência jurisprudencial no sentido de considerar a recusa em doar o material para exame como presuntiva da admissibilidade do fato alegado”.

Alerta Sarlet, que o pensamento, majoritário, opõe-se à harmonização do princípio da dignidade da pessoa humana, e nem mesmo o interesse comunitário justificaria ofensa à dignidade pessoal, porque “cada restrição à dignidade (ainda que fundada na preservação de direitos fundamentais ou proteção da dignidade de terceiros) importa em sua violação e, portanto, encontra-se vedada pelo ordenamento jurídico”¹²⁸³.

Discordo dessa idéia doutrinária e jurisprudencial, porque, pelas razões a seguir lançadas, é, em tese, constitucional a condução do investigado na feitura do exame genético em DNA:

a) para que haja harmonização entre princípios, é necessário manter incólume o princípio da igualdade entre investigante e investigado, que ostentam direitos fundamentais e o mesmo princípio da dignidade e da condição humana tridimensional. Sem esse requisito, estar-se-á denegando um direito fundamental, o que seria francamente inconstitucional, porquanto, em nenhuma hipótese, se justifica esse confisco¹²⁸⁴.

Então, para manter intangível o princípio da dignidade humana do investigante e do investigado, devem ser invocados os princípios da igualdade, da cidadania, da liberdade, da razoabilidade, da proporcionalidade e do conhecimento da tridimensionalidade humana, sacrificando o mínimo para preservar o máximo de direitos, porquanto, “em nenhuma circunstância, um direito constitucional deve suprimir, por inteiro, outro direito”¹²⁸⁵, isso porque sempre há necessidade de aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na decisão judicial¹²⁸⁶;

b) em vista da condução coercitiva, não se está diante de um desses direitos e desejos que fazem parte apenas do mundo genético, “da própria identidade biológica e pessoal – uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal”¹²⁸⁷, mas, muito mais do que isso, porque é direito e desejo humano ter identidade genética, afetiva e ontológica, direitos fundamentais personalíssimos, intangíveis, imprescritíveis e indisponíveis, que fazem parte da condição e da dignidade humana tridimensional, elevados à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil e pilares do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, incisos II e III, da CF);

¹²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 132-133.

¹²⁸⁴ FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 26, n. 76, p. 400-401, dez. 1999.

¹²⁸⁵ FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 26, n. 76, p. 400-401, dez. 1999.

¹²⁸⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2000. v. 4, p. 205.

¹²⁸⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Acórdão nº 110.067-1*. 02.11.89. RJTJSP 126/201.

c) pela certeza científica da paternidade em praticamente 100%, por meio do exame genético em DNA, faz com que haja uma garantia da paternidade ao investigante e investigado, já que somente o investigado pode excluir a paternidade mediante a efetivação voluntária do exame genético. Além disso, o aspecto da negativa ao exame “vai contra a intenção mesma do requerido, pois, ao contestar a ação, apela pela negativa, e essa mostra confere-lhe o ônus de provar que não é o genitor”, pelo que se está diante de um paradoxo, “pois se se pode determinar com certeza a paternidade e a não-paternidade, através de exame pericial, isso de nada vale se o requerido se recusa a fazê-lo”¹²⁸⁸;

d) no tablado jurídico brasileiro vigem, a contar da Carta Fundamental (artigos 226, parágrafos 4º e 7º, e 227, parágrafo 6º), apenas duas verdades da perfilhação: biológica e socioafetiva, as quais devem vir cumuladas ao ser humano, para que ele consiga conviver e compartilhar em seu mundo ontológico. Isso porque a verdade biológica parece ser

a verdade verdadeira, mas não se concebe um sistema jurídico que, embora não o diga, não conceda um lugar à verdade sociológica, aos hábitos individuais, familiares, sociais [...]. O facto de viver como se o vínculo biológico existisse cria [...] uma comunidade psicológica que pode ser tão forte como a comunidade de sangue [...] que seria pouco realista abalar [...], pois ‘juieta non movere’ é uma das máximas secretas do direito. Em suma, tratou-se de dar relevância à verdade sociológica da filiação, de guardar a paz das famílias que assente na comunhão filial duradoura¹²⁸⁹.

Em tendo sido cravadas apenas duas filiações no contexto jurídico brasileiro (genética e afetiva), tornou-se inconstitucional a declaração da verdade formal, ficção jurídica, mera presunção jurídica, significando que somente é constitucional a declaração da filiação biológica e/ou socioafetiva, sob pena de ser reconhecida apenas a ficção do modo de ser-filho, um simulacro da tridimensionalidade humana;

e) para a realização do exame em DNA pode ser colhido material genético pelo sangue, sêmen, raiz do cabelo, pele, placenta¹²⁹⁰, ossos¹²⁹¹, saliva, urina¹²⁹², dentes¹²⁹³ ou

¹²⁸⁸ SIMAS FILHO, Fernando. Investigação de paternidade: peculiaridades, panorama atual, futuro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 465.

¹²⁸⁹ OLIVEIRA, Guilherme. *Crítério jurídico da paternidade*. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 1998. p. 421.

¹²⁹⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Quem são os pais? O DNA e a filiação, proposta de solução ou início dos dilemas?. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 207.

¹²⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 223.

¹²⁹² ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 67-68.

¹²⁹³ VELOSO, Zeno. A Dessacralização do DNA. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 196.

músculos¹²⁹⁴. Dentre essas opções, “temos de fazer concordar os valores jurídicos e, quando um tiver que preponderar sobre o outro, mister salvaguardar, ao máximo, aquele que restou relativizado”¹²⁹⁵, querendo-se dizer que, primeiramente, há de ser colhido do investigado a raiz do cabelo ou a saliva, que não representam sequer risível lesão corporal;

f) o interesse da origem biológica, da preservação da tridimensionalidade humana, diz respeito ao indivíduo, ao grupo familiar, à sociedade¹²⁹⁶ e à humanidade, ainda mais na situação atual da ciência, em que há premência na descoberta da origem biológica, da preservação dos impedimentos matrimoniais/convivenciais e da “prevenção de doenças, tornando-a matéria de saúde pública, ‘a fortiori’ de interesse social”¹²⁹⁷.

Isso quer dizer que a preservação da dignidade e dos modos de ser- no-mundo- genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico do investigante preponderam sobre a negativa do investigado em cumprir um mero ato processual de realização de uma prova genética, exatamente porque, com uma conduta negativa, o investigado continua se relacionando em seus três mundos, ao passo que ao investigante é denegado esse direito e desejo, desalojado de sua própria condição humana;

g) a aplicação da condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA é encontrada na leitura de Sarlet, ao citar que, embora a prática dos atos de violação da dignidade por terceiro, no caso do investigado, que se nega a produzir a prova,

não tenha o condão de acarretar a perda da dignidade, nos parece razoável admitir que, qualquer pessoa, ao cometer uma ofensa à dignidade alheia, acaba por colocar, a si mesma, numa condição de desigualdade na sua relação com os seus semelhantes, que, para além de serem igualmente dignos por serem pessoa, são também - pelo menos para efeito do caso concreto em que se está a fazer a ponderação - dignos nas suas ações¹²⁹⁸.

Essa compreensão vem ao encontro da concepção kantiana da dignidade da pessoa humana, nos termos:

¹²⁹⁴ RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade: manual prático do DNA*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 34.

¹²⁹⁵ FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 26, n. 76, p. 400-401, dez. 1999.

¹²⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na Investigação de paternidade e direitos de personalidade. BARRETO, Vicente; COMAILLE, Jacques et al. (Org.). *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 189-190.

¹²⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto alegre, n. 1, p. 70, jun. 1999.

¹²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 129-130.

se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus¹²⁹⁹;

Quem deu causa à exclusão do princípio da dignidade e da condição humana tridimensional do investigante foi o investigado, e não um terceiro ou a sociedade, ante a sua recusa na submissão ao exame genético. Assim, parafraseando Sarlet, a conduta indigna do suposto pai (investigado) não importa perda, mas, sim, enfraquecimento (harmonização) de sua dignidade e de sua condição humana com as do investigante;

h) as partes devem se encontrar no mesmo nível processual, em vista do princípio da igualdade que norteia o processo, que, em matéria de família, o investigante é a parte mais fraca, em vista do teto constitucional da proteção integral e absoluta e a ausência de sua origem sangüínea e conseqüente condição humana tridimensional;

i) o direito do filho genético e/ou afetivo de investigar a paternidade faz parte de sua condição humana tridimensional, pois:

- vive no mundo dos seres vivos em geral, fazendo com que haja a continuação da linhagem, do ciclo de vida, transmitindo às gerações, por exemplo, a compleição física, os gestos, a voz, a escrita, a origem da humanidade, a imagem corporal, parecendo-se, muitas vezes, com seus pais, tendo a possibilidade de herdar as qualidades dos pais¹³⁰⁰. É o mundo da auto-reprodução dos seres vivos, inclusive do ser humano, das necessidades, correspondendo ao modo de ser-no-mundo-genético, um complexo programa genético que influencia o ser humano em sua atividade, movimento ou comportamento¹³⁰¹, pelo qual o ser humano permanece ligado a todos os demais seres vivos (mundo genético);
- ele vive e se relaciona em família e em sociedade (mundo afetivo);
- ele vive em seu próprio mundo, a conversação consigo mesmo, no qual nasce a necessidade psicológica de conhecer os mundos biológico e/ou afetivo (mundo

¹²⁹⁹ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 353.

¹³⁰⁰ ASIMOV, Isaac. *O código genético*. São Paulo: Cultrix, 1962. p. 16.

¹³⁰¹ VARELLA, Dráuzio. A imposição sexual. *Jornal O SUL*. (Caderno Colunistas). Em 04 de março de 2007, em que afirma que Ernst Mayr, um dos grandes biólogos do século passado, disse o seguinte: “Não existe atividade, movimento ou comportamento que não seja influenciado por um programa genético”. Por isso, enfatiza Dráuzio, “considerar a orientação sexual mera questão de escolha do indivíduo é desconhecer a condição humana”.

ontológico). Por isso, o ser humano somente será cuidado e compreendido como humano se for concedido a ele o direito de conhecer a sua tridimensionalidade humana;

j) sob o ponto de vista emocional, a questão da origem da paternidade faz parte do mundo afetivo e ontológico, já que, “não raras vezes, manifesta-se em casos concretos muito mais confusional e comprometedor para a integração psíquica da pessoa o fato de não portar o sobrenome paterno (e/ou materno), do que o fato de não saber quem seja seu pai”¹³⁰², pelo que se tornou direito de todo ser humano poder conhecer a sua origem, sua identidade, sua família de sangue¹³⁰³, seu modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. O conhecimento do DNA de alguém para determinar a filiação é direito constitucional, já que “a intimidade do pai não é mais forte que o direito do filho de ter assegurado, como consequência da atitude paterna menos digna, o seu direito à cidadania ampla e à própria dignidade pessoal decorrente do reconhecimento”¹³⁰⁴.

k) o interesse aos três mundos humanos diz respeito ao indivíduo, ao grupo familiar, à sociedade¹³⁰⁵, ao Estado e à humanidade, e na situação atual da ciência genética há premência nessa descoberta, inclusive para a “prevenção de doenças, tornando-a matéria de saúde pública, a fortiori de interesse social”¹³⁰⁶.

l) o exame genético em DNA é o *único meio de prova* para descobrir a paternidade genética. Quer dizer, se no ordenamento jurídico houvesse alguma outra prova no sentido de dar garantia de 100% da paternidade biológica, a condução coercitiva do investigado seria inconstitucional;

m) no direito comparado admite-se a condução coercitiva do investigado na produção

¹³⁰² CATTANI, Aloysio Raphael et al. *O Nome e a investigação de paternidade: uma nova proposta interdisciplinar*. In: NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisano (Coord.). *Direito de família e ciências humanas*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. p. 22-23. (Caderno de estudos, 2).

¹³⁰³ MADALENO, Rolf. *Novas Perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 40.

¹³⁰⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O exame do DNA como meio de prova – aspectos constitucionais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 128.

¹³⁰⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos de personalidade. In: Vicente Barreto (Org). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 189-190.

¹³⁰⁶ LOBO, Paulo Luiz Neto. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 1, jun. 1999. O escoliasta lembra que, no início do século XX, houve a mesma discussão acerca da possibilidade de vacinação em massa da população, para combater a febre amarela. Na época, foi açoitado o mesmo argumento de invasão do direito à liberdade individual, à intimidade e à dignidade da pessoa humana. Porém, conclui o autor, a perícia coercitiva tem por finalidade “impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre no caso do reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse que é, a um só tempo, público e individual”.

do exame genético em DNA. Com efeito, a França e a Alemanha produzem essa prova, “porque aquelas legislações disciplinam que a sujeição da integridade do indivíduo está num plano inferior a um interesse coletivo decorrente da ordem pública”¹³⁰⁷. Desde os anos 50, na Alemanha é entendido que “não ofende à dignidade, vida e segurança da pessoa a coleta de pequena amostra de sangue. Foi, porém, a decisão de líder, de 31.01.1989, do Tribunal Constitucional Federal alemão, reconhecendo a existência de um ‘direito da criança de saber sua origem’”¹³⁰⁸.

n) a produção do exame genético em DNA não encontra respaldo na idéia de “não-auto-incriminação”, à medida que estão em confronto dois direitos fundamentais da mesma hierarquia. Negando a certeza científica da paternidade, estar-se-á privando, para sempre, uma existência humana digna, já que afastada de sua condição humana tridimensional, ao passo que, na condução coercitiva, não ocorre esse aniquilamento da pessoa, porquanto não está em jogo a privação da liberdade, mas apenas uma limitação temporária¹³⁰⁹, em decorrência do modo de ser-no-mundo do investigado, que se nega realizar o exame genético.

o) na condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA ocorre a colisão do princípio constitucional da dignidade humana do investigante e do investigado. As ponderações de Streck são no sentido de que, quando da colisão de princípios, deve ser aplicado o princípio da concordância prática (ou da harmonização), com a finalidade de preservar a unidade constitucional¹³¹⁰, uma vez que é justamente “dessa colisão de princípios que deve exsurgir a solução da querela jurídica. Dito de outro modo e para ser mais simples: quais os princípios que devem pesar mais?”. Respondendo à indagação, o escoliasta lembra que se deve procurar a “otimização entre os direitos/valores em jogo, no estabelecimento de uma concordância prática, que deve redundar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou valores fundamentais em choque. Dito de outro

¹³⁰⁷ MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade? In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 160.

¹³⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro - direito pós-moderno à descoberta da origem?. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 43.

¹³⁰⁹ BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 164, rodapé.

¹³¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. In: *Parecer no HC 70.911.823.531*, 5ª Câmara Cível. TJ/RS, em 15/06/2005. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 6 jun. 2006, em nota de rodapé, recomendando ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: forense, 2004 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

modo: busca-se um razoável equilíbrio entre os princípios colidentes¹³¹¹.

No caso da condução coercitiva, pende de harmonização o princípio¹³¹² da dignidade e da condição humana tridimensional do investigado e do investigador. Para que o investigado tenha o direito de exigir a sua dignidade perante o investigador, a sociedade, o Estado, à humanidade, que é a sua liberdade de não se submeter a exame, precisa respeitar a liberdade do investigador em conhecer os seus três mundos. É dizer, se o investigado quer garantir o seu direito à dignidade e à liberdade de não ser tocado em sua integridade física, deve respeitar a dignidade e a liberdade do investigador em conviver e compartilhar nos mundos genético, afetivo e ontológico, submetendo-se voluntariamente ao exame genético.

Não haverá harmonia e nem unidade constitucional com a denegação do direito à dignidade e à condição humana tridimensional do investigador, em vista do comportamento omissivo do investigado. Com a denegação da condução coercitiva do investigado, vê-se que ainda não foram submetidos à jurisdição constitucional o Direito infraconstitucional e nem a principiologia constitucional¹³¹³, já que está prevalecendo unicamente a dignidade e a condição humana do investigado, único ser humano que tem o poder, em tese, de conceber a dignidade e a condição humana ao investigador.

p) com toda razão, nesse aspecto, Lenio Luiz Streck¹³¹⁴, ao pontificar o seguinte:

A bioética, por exemplo, passa a estar na apropriação da linguagem. Não é algo que flutua no ar. Veja-se, aliás, a questão da institucionalização da moral no direito (o ideal de vida boa, etc.). Ora, *saber o nome do pai é uma questão civilizatória; é o resgate da origem; do desvelamento de nosso ser; a angústia que persegue o homem desde a aurora da civilização é saber quando e de que maneira algo é e pode ser.* Veja o Heidegger, comentando Heráclito: se tirássemos do homem a partícula “é”, o que aconteceria? Uma tragédia. Aí tem o enigma que Heidegger coloca: mas isso já

¹³¹¹ STRECK, Lenio Luiz. In: *Parecer no Hábeas-Córpus nº 70.011.823.531*, da 5ª CCr. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 15.06.2005. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 6 jun. 2006.

¹³¹² STRECK, Lenio Luiz. In: *Parecer no HC nº 70.011.823.531*, da 5ª CCr. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 15.06.2005. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 6 jun. 2006. O autor faz as seguintes considerações, com relação à colisão de princípios constitucionais em um caso de incitação ao crime: “O caso concreto evidencia um embate entre princípios de ordem constitucional – da manutenção do pensamento, liberdade de consciência e de crença, liberdade de reunião e liberdade de associação –, previstos no artigo 5º da Constituição e outros princípios constitucionais, como a segurança, a incolumidade pública e a paz social. Colisão de direitos fundamentais. Paz pública (ordem pública) vs. direito de expressão (liberdade de crença, reunião e associação). Problema concernente à colisão de direitos fundamentais. Aplicação do princípio da concordância prática (ou da harmonização), com o fim de preservar a unidade constitucional. Com a concordância prática, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso concreto, por meio de juízo de ponderação que objetive preservar (e concretizar) ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos”.

¹³¹³ STRECK, Lenio Luiz. *E que o texto constitucional não se transforme em latifúndio improdutivo: uma crítica à ineficácia do direito*. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 12 jun. 2006.

¹³¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Respondendo a um e-mail, em 09.05.2007, acerca da indagação que fiz acerca da questão da entificação do ser do ser humano em direito de família.

aconteceu há mais de 2000 anos. O ser foi escondido pela metafísica. *Portanto, proteger o nome do pai no anonimato é metafísica, é a negação da origem, do primeiro, da aurora das coisas. Enfim, negar o nome do pai é negar o princípio.* Por último, ética é paridade axiológica entre o eu e o Outro (grifo nosso).

Com esses fundamentos, justificações e modo de ser-no-mundo-hermenêutico fica cristalino o direito de o ser humano conhecer e ser a sua tridimensionalidade genética, afetiva e ontológica, já que se cuida de uma questão da evolução civilizatória, do conhecimento da origem, do princípio, da observância da isonomia entre os seres humanos, da ética e da moral.

Por derradeiro, (re)lembro a pontuação de Heidegger¹³¹⁵, ao se rebelar contra o esquecimento do ser, da transformação do ser em simples vapor, como disse Nietzsche, certificando que nenhuma catástrofe no planeta seria comparável à privação de “toda a possibilidade de dizer e compreender a palavra ‘é’”, porque, para o autor, “basta que o homem (ser humano) ‘viva’ e atue ‘próximo da vida’, ‘próximo da realidade’”, que é conhecer e ser a tridimensionalidade humana.

5.17 A Diversidade Humana Tridimensional

A idéia jurídica dominante¹³¹⁶, por compreender o texto, o ser humano, a família, pelo mundo genético e, às vezes, pelo mundo afetivo, faz referência à necessidade de ser examinada a diferença (a alteridade, a diversidade) no direito de família. Isso para que ela seja pensadas com direitos iguais, visto que “é somente a partir da diferença, sem a hegemonia de um sobre o outro, que é possível construir uma sociedade igualitária”, sendo somente a diversidade “que possibilitará a aproximação do ideal de justiça, bem supremo do Direito”.

Esse racionalismo dogmático bem demonstra a sua incapacidade, devido à pequena tiragem de seu método, de encontrar a diferença no direito de família, uma vez que ainda continua a compreendê-la como uma *diferença exclusivamente ôntica*, encontrada nas leis, quando, na verdade, a diversidade humana é genética, afetiva e ontológica, portanto *tridimensional*. É dizer, a diversidade do texto do direito de família não é ôntica, e sim ontológica (mundos existenciais genético, (des-afetivo e ontológico), encontrada de forma

¹³¹⁵ HEIDEGGER, Martin. *Heráclito*. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 96-97.

¹³¹⁶ Por todos, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 118-119 e 167.

diferente em cada ser humano, nascendo, por isso, o exame da singularidade e da historicidade da coisa mesma (da questão jurídica em análise), o que afasta, de antemão, a impossibilidade de o legislador prever todas as diferenças/diversidades ontológicas entre os humanos.

Por isso, a reinante impossibilidade da dogmática jurídica compreender, interpretar e aplicar, ao mesmo tempo, as três diferenças humanas, o que somente poderá ser efetivado por uma teoria que compreenda o Direito afastado do campo do Direito. Nesse contexto, a hermenêutica filosófica, que é uma teoria filosófica *no* Direito, tem a capacidade de compreender o texto do direito de família pela linguagem universal do método fenomenológico, do círculo hermenêutico, da suspensão dos preconceitos autênticos e inautênticos, da fusão de horizontes e da tradição histórica da família.

Pensar a diferença tridimensional no direito de família é compreender a verdade, a realidade, o ser humano e suas circunstâncias, sua cadeira de significante, suas formas de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. Isso quer dizer que a dogmática jurídica desvela a diversidade humana unicamente pelo mundo normativo, ao passo que a hermenêutica filosófica cobre e descobre o texto do direito pela linguagem tridimensional.

Essa compreensão existencial se justifica, porque compreender a hermenêutica na modernidade líquida “é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o Direito de soslaio”, na medida em que o fundamento deixou de ser um agir, um comportamento, passando a ser compreendido como um modo de ser-em-seus-três-mundos, significando que a dogmática não fornece a segurança jurídica almejada pela metafísica-fundamentalista, motivo pelo qual “todo esforço em encontrar um fundamento absoluto e seguro para uma teoria representa uma tarefa que pode ser classificada como irracional”¹³¹⁷.

A hermenêutica filosófica¹³¹⁸ não é metódica, e sim condição de ser-no-mundo, é experiência de vida, é existência, é realidade, em que o processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão. O sentido vem antecipado pela pré-compreensão (conceito prévio) que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive

¹³¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? uma resposta a partir do Ontological Turn. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 230 e 241.

¹³¹⁸ BUZZI, Arcângelo R. *Introdução ao pensar*. 31. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p.147.

o intérprete e que modela os seus pré-juízos¹³¹⁹, que somente existe nas cargas pré-genéticas, pré-(des)afetivas e pré-ontológicas, que sempre antecedem a qualquer compreensão do texto do direito de família, que se manifestam pela linguagem.

Essas são algumas razões pelas quais se diz que, enquanto a dogmática jurídica objetifica o ser humano, pela relação sujeito-objeto, a hermenêutica filosófica humaniza, pela relação sujeito-sujeito, ao fazer com que a humanidade, que está velada no ser humano, se mostre, se desvele, se revele, abrindo uma clareira por si mesmo, descobrindo um novo ser humano em sua diversidade tridimensional. Quer dizer que o ser humano não precisa de um objeto, de uma escada (por exemplo, um procedimento para casar; um processo para descascar, desconviver e adotar; o sangue para formar o parentesco; o casamento ou a união estável para demonstrar seu mundo afetivo), porque o próprio ser humano tridimensional se determina por si mesmo, dentro de seus mundos genético, afetivo e ontológico, independentemente da escada material ou procedural que é imposta pela lei.

Significa que o próprio ser humano é que maneja a escada, o procedimento, o processo, a genética, o (des)afeto, a ontologia, a lei, a doutrina, a jurisprudência, a súmula, dentro de seus três mundos, nos quais ele penetra em suas estruturas existenciais, mediante seu modo tridimensional de ser-no-mundo, motivo por que esses mundos não podem ser manejados pelo lado de fora do humano, por meio da lei (procedimentos, processos). Na verdade, sequer há uma escada para penetrar nesses mundos, justamente porque a escada (os modos existenciais) já está dentro do ser humano, que somente por ele pode ser manejada, por seu jeito de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. O legislador, que se encontra do lado de fora do ser humano, não pode instalar uma escada, uma ponte, um procedimento, um processo, para penetrar nos três mundos do humano, porque esses meios se encontram, automática e simultaneamente, dentro do ser humano, formando a sua essência, que é a existência.

Portanto, o ser humano traz a escada, a ponte, o procedimento, o processo, a igualdade, a liberdade, a solidariedade, a reprodução humana pelo sangue, o (des)afeto, a ontologia, a lei, a doutrina, o verbete, a súmula, o enunciado, dentro de seus mundos. É por meio dessa fascinante relação circular que a escada, o modo de ser-no-mundo tridimensional,

¹³¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da Constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, 2000. p. 108, rodapé. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 208 e 211. “Sentido é aquilo em que se sustenta a compreensibilidade de alguma coisa. Chamamos de sentido aquilo que pode articular-se na abertura da compreensão, mas ele não pode ser definido como algo que ocorre em um juízo ao lado e ao longo do ato de julgar”.

levanta o ser humano pelos cabelos, deixando-o suspenso, não podendo ser alcançado por uma escada que se localiza do lado de fora dele, como a normatização, exatamente porque os mundos genético, afetivo e ontológico não são um agir, um comportamento, e sim modos de ser-no-mundo, um existencial.

Com a afirmação de que a escada, a ponte, o método, o processo, já se encontram dentro do ser humano, não estou afirmando que a hermenêutica filosófica afasta a necessidade da lei no Estado Constitucional. O que pretendo dizer é que o legislador e a dogmática jurídica, ao utilizar-se de um método subjetivo para compreender a lei, faz com que compreendam o texto do direito de família de forma objetificada, coisificada, monetarizada, na medida em que a ponte, a escada, o processo, já se encontram dentro do ser humano, no âmago da linguagem familiar. Para tanto, basta atentar um pouco para a realidade social, indagando, por aí, como diria Saussure, o que as famílias pensam sobre:

- a) a necessidade de um tormentoso procedimento para casar;
- b) um processo para separar, divorciar ou dissolver a união estável;
- c) um processo para adotar um *filho de ninguém, um ninguendade*;
- d) o exame da culpa no direito de família tridimensional;
- e) o dano moral no direito de família tridimensional;
- f) a negação do direito de investigar a paternidade na reprodução humana sexual, assexual e socioafetiva;
- g) o anonimato como causa de exclusão do mundo humano tridimensional;
- h) o afastamento do direito do filho *afetivo* de investigar a paternidade genética;
- i) os nomes do ser humano que povoam a sua montanha de vida;
- j) a possibilidade de acrescer ao seu o nome do nubente ou do convivente;
- k) da negativa ao direito fundamental de relacionar-se com a família tridimensional;
- l) a exclusão da tridimensionalidade humana pela ação negatória de paternidade;
- m) a interdição da tridimensionalidade humana;
- n) a ausência de mediação na solução dos conflitos do direito de família tridimensional;
- o) os alimentos aos parentes genéticos e afetivos, o trinômio necessidade-possibilidade-afetividade nos alimentos, o direito à herança genética e socioafetiva e demais direitos da tridimensionalidade humana;
- p) a igualdade entre casamento e união estável;
- q) quem são os pais na inseminação artificial homóloga, heteróloga, na gestação

- substituta e na clonagem do ser humano;
- r) a possibilidade da produção do exame genético em DNA na ação de investigação de paternidade genética;
 - s) a condução coercitiva do investigado na produção do exame genético em DNA;
 - t) qual a diversidade humana tridimensional.

Como refere Heidegger, o mundo é mundo humano, e não mundo das coisas, pelo que somente o humano é formador do mundo, cujo pensamento é confortado pelas dezenas de efeitos jurídicos citados neste capítulo, em que a genética, o (des)afeto, a ontologia não precisam ser normatizados, já que se encontram dentro dos três modos de ser-no-mundo, dentro das estruturas existenciais do ser humano. Significa dizer que é dispensável eventual método, ponte, escada, processo, que o legislador queira fazer entre o Estado e o ser humano, porque não são os métodos, a escada, o processo, e sim pelo modo de ser-no-mundo que se compreende o texto do direito de família.

Calha, assim, transcrever uma passagem citada por Ernildo Stein¹³²⁰, de que Kant reclamava da filosofia, afirmando que “é um escândalo a filosofia não ter encontrado ainda a ponte entre a consciência e o mundo”, ao que Heidegger teria respondido o seguinte: “o escândalo é nós ainda estarmos procurando essa ponte. Nós a temos desde sempre, enquanto seres no mundo”. Momento seguinte, Stein explica essa mensagem heideggeriana, de que o ser humano não é uma coisa que se encontra no mundo junto com as demais coisas, porque é com o ser humano, e não com as coisas, que surge o próprio mundo, a linguagem, tornando-se o humano ser-no-mundo. Com isso, alerta o autor, é preciso abandonar a coisificação, a objetificação, do ser humano, não mais indagando o que é o ser humano, e sim como ele é, qual a diversidade e a igualdade humana.

Pela linguagem heideggeriana, o ser humano tem uma abertura de caráter triplo – “para si, para os outros e para as coisas”. Aplicado esse pensamento ao direito de família, pode ser dito que a compreensão do ser humano não é efetivada unicamente pelo mundo genético (das coisas, dos objetos), mas, sim, compreendido como um acontecer no mundo genético (abertura às coisas), no mundo afetivo e desafetivo (abertura – afeto – ou fechamento – desafeto – para os outros) e mundo ontológico (abertura para si). É por isso que pela hermenêutica filosófica o ser humano deixa de ser objetificado, coisificado, porque ele perde o viés solitário, unitário, a visão monocular da normatização genética, para ser compreendido

¹³²⁰ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 62, 161 e 165.

como um ser em sua totalidade, no acontecer de sua tridimensionalidade genética, afetiva e ontológica.

A objetificação, explica Stein, torna tudo comum, igualando o ser humano e as coisas, os animais, os seres vivos, empacotando-os no mundo genético, mas o acontecer da hermenêutica filosófica é um modo de evitar essa coisificação. É por essa razão que as diversidades genética, afetiva e ontológica se constituem na linguagem da compreensão do ser humano e, ao mesmo tempo, concedem o espaço de seu acontecer, representando “o teorema que precede qualquer distinção entre sujeito e objeto e, onde esta distinção for usada, ela já sempre repousa sobre um acontecer e um vir-ao-encontro”¹³²¹.

Por tudo isso, a Constituição do País, a lei, a família, não podem ser compreendidas como um comportamento, uma forma de agir, mas, sim, como um jeito de ser, uma condição de ser-nos-mundos genético, afetivo e ontológico, uma circunstância de ser dentro do mundo humano, e não dentro de um mundo das coisas. Tudo isso é efetivado mediante a principiologia constitucional, porquanto, no Estado Constitucional, a hermenêutica filosófica promove a incansável compreensão do Direito por meio da jurisdição constitucional.

5.18 Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento e na União Estável

O parágrafo segundo do artigo 1.639 do Código Civil modificou o princípio da imutabilidade do regime de bens, no casamento e na união estável, ao dispor: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”. A questão pertinente à alteração do regime de bens ainda não está sedimentada na comunidade jurídica, já que, por exemplo, se um dos cônjuges ou companheiros não desejar a alteração do regime de bens “poderá sofrer pressão incontornável por parte do outro, que beira à coação, suficiente para ameaçar a paz conjugal”¹³²².

O pedido de mudança do regime de bens e do pacto antenupcial (no casamento) ou convivencial (na união estável) é formatado nos seguintes termos, por exemplo:

¹³²¹ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 17-18.

¹³²² Cfe. FARRULA JUNIOR, Leônidas Filippone. *O Novo Código Civil: do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 315.

- a) pedido dirigido ao Juiz de Direito de Família;
- b) ambos os cônjuges ou conviventes subscrevem a peça inicial ou transcrevem os termos da alteração no instrumento de mandato ou, ainda, requerem a designação de audiência de oitiva do casal;
- c) devem justificar e fundamentar o pedido;
- d) confessam a ressalva dos direitos de terceiros;
- e) precisam intimar o Ministério Público de todos os atos processuais.

A Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, em 10 de setembro de 2003, por meio do Provimento nº 024/03, disciplinou a alteração do regime de bens, nos seguintes termos: artigo 1º - A modificação do regime de bens do casamento decorrerá de pedido manifestado por ambos os cônjuges, em procedimento de jurisdição voluntária, devendo o Juízo competente publicar edital com prazo de trinta (30) dias, a fim de imprimir a devida publicidade à mudança, visando a resguardar direitos de terceiros; artigo 2º - A intervenção do Ministério Público é necessária, para a validade da mudança; artigo 3º - Após o trânsito em julgado da sentença, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis, e, caso quaisquer dos cônjuges seja empresário, ao registro público de empresas mercantis; artigo 4º - A modificação do regime de bens é de competência do Juízo da vara de família da respectiva comarca onde se processar a mudança.

São, em linhas gerais, os seguintes os requisitos exigidos dos cônjuges e dos companheiros quando do pedido de mutação do regime de bens:

- a) a alteração do regime de bens não pode ser mediante escritura pública, e sim por autorização judicial;
- b) a competência é do atual domicílio ou residência dos cônjuges ou companheiros, perante a Vara de Família, se houver;
- c) o pedido é de alvará judicial, com o procedimento da jurisdição voluntária, não havendo, pois, litígio, pelo que a ação não é dirigida contra alguém, porque é um pedido conjunto dos cônjuges ou conviventes;
- d) o pedido deve ser formulado por ambos os cônjuges ou companheiros, cujos termos da alteração (o regime adotado e os fundamentos jurídicos) deverão constar da procuração ou o casal deverá subscrever a inicial;
- e) publicar edital na imprensa local, ou, se não houver, na oficial, com prazo de trinta (30) dias, para resguardar os interesses de terceiros;

- f) intimar o Ministério Público, sob pena de nulidade;
- g) juntar negativas fiscais, municipal, estadual e federal, certidões cíveis e criminais da Justiça Estadual ou Federal, Trabalhista e Militar, se for o caso, e da Junta Militar, se um ou ambos os cônjuges ou companheiros forem empresários, resguardando os direitos de terceiros;
- h) juntar certidões de casamento e do pacto antenupcial, se houver (ou justificar a existência da união estável e comprovar o regime de bens);
- i) justificar as razões da mudança do regime patrimonial e provar que a convenção preserva suficientemente os interesses dos filhos e de ambos os cônjuges, além de não prejudicar direitos de terceiros;
- j) informar qual o regime de bens que rege o casamento ou a união estável e qual o regime matrimonial que será adotado;
- k) após o trânsito em julgado da sentença, requerer a expedição de mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis, e, caso quaisquer dos cônjuges seja empresário, ao registro público de empresas mercantis.

Essa exigência judicial na alteração do regime de bens é um das maiores intromissões do Estado na família, porque objetifica, coisifica, monetariza o ser humano, como ocorre com a exigência de processos de habilitação, celebração e dissolução do casamento. O próprio Estado, em um momento (artigo 1.513 do Código Civil), diz que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, em cujo direito está incluída a livre administração dos bens pelos cônjuges/conviventes.

Em outro momento, no mesmo digesto legal, artigo 1.639, parágrafo único, o Estado invade essa íntima comunhão plena de vida tridimensional, proibindo a modificação do regime de bens sem ordem judicial. Isso quer dizer que, para casar, o regime de bens pode ser escolhido livremente, mas, para alterá-lo, na constância do casamento ou da união estável, é obrigatória a intervenção do Estado, o que foge da razoabilidade, da proporcionalidade e de todos os critérios normativos e hermenêuticos.

O que se pretende com isso é a manutenção das garantias do Estado Liberal de Direito, evitando-se que terceiros sejam lesados em sua “sagrada” propriedade, a qual para os defensores desse Estado, é a extensão do ser humano, quando, na verdade, a extensão, a essência da existência é a liberdade. O Estado Constitucional se esquece de três aspectos: o primeiro, desde o dia 05 de outubro de 1988, o País está mergulhado no Estado *Democrático e Laico de Direito*, um Estado Constitucional; o segundo, o ser humano não é uma coisa, uma

moeda, e sim um ser existencial; o terceiro, o controle judicial jamais será suficiente para ilidir fraude a credores ou à execução.

É por isso que Streck tem afirmado que o Estado Constitucional suplanta as noções dos Estados absolutista, liberal e social, na medida em que deve transformar o modelo de produção capitalista e financeiro e sua progressiva substituição por uma organização social de viés social, “para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades”¹³²³.

A procura judicial para evitar fraude a credores pode ser equiparada à antiga obrigatoriedade de fiscalizar a separação de corpos dos que casavam sem atingir a idade núbil. Da mesma forma, o Judiciário nunca será capaz de assegurar que terceiros não sofram prejuízos na alteração do regime de bens. É preciso deixar de normatizar o ser humano, exigindo-se-lhe um processo judicial para alterar seu patrimônio, já que são maiores e capazes, cujo direito faz parte de sua liberdade de contratar, de dispor livremente de seus bens, dos fins sociais da propriedade, da cidadania, dignidade e da condição humana tridimensional (artigos 1º, II e III, 5º, XXIII, e 170, II e III, da Constituição do País).

Há muitos anos, Rousseau já dizia que “ninguém pode dispor da liberdade de outro, nem mesmo nós podemos dispor livremente da nossa, uma vez que renunciar a ela seria o mesmo que renunciar à condição de ser humano”¹³²⁴. A liberdade constitui-se em um “direito fundamental à participação, em igualdade de chances, nos processos de formação da opinião e da criação do direito legítimo”¹³²⁵. Isso quer dizer se o legislador quer ter o seu direito de liberdade de legislar, também deverá respeitar o direito de liberdade da propriedade privada e de sua função social, isto é, “a liberdade engendra o dever de reconhecer a liberdade do outro”¹³²⁶.

Significa que a liberdade é “abertura, disposição para evoluir, ser flexível, pronto para mudar em vista de mais importantes valores humanos. Identificar a liberdade com certo sistema é negá-la, cristalizá-la, transformá-la num dogma”. A liberdade não vem automaticamente, precisando ser conquistada, apreciada, assimilada, namorada, mas não de

¹³²³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 38.

¹³²⁴ STRECK, Danilo R. *Rousseau & a educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004. p. 32.

¹³²⁵ MENDES, Alexandre Fabiano. *Verbete Liberdade*. BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 538.

¹³²⁶ MAURER Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 79.

uma única vez, e sim no dia-a-dia¹³²⁷, evento-a-evento, motivo pelo qual cresce a importância da efetivação da jurisdição constitucional, reconhecendo o direito dos cônjuges/conviventes de modificarem o regime de bens por meio de escritura pública, sem qualquer ingerência judicial.

5.19 Herança Isonômica aos Conviventes e aos Cônjuges

O artigo 2º, inciso III, da Lei nº 8.971/94, estatui que, “na falta de ascendentes e de descendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”. A Lei nº 9.278/96 silencia quanto ao direito à herança e ao usufruto, concedendo, apenas, no parágrafo único do artigo 7º, ao convivente sobrevivente o direito real de habitação, mas enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Não tendo a Lei nº 9.278/96 expungido qualquer direito constante da Lei nº 8.971/94, ambas devem ser aplicadas, conjuntamente, já que as novas Leis estabeleceram disposições a par das existentes, não revogando, nem modificando as Leis anteriores. Esse mesmo pensamento deve ser sufragado com relação ao Código Civil, pelo que, para a união estável, devem ser aplicadas as três leis nº 8.971/94, 9.278/96 e 10.406/2002.

Todavia, o artigo 1.790 do Código Civil (de 2002) não apenas alçou o cônjuge à condição de herdeiro necessário, como a de *herdeiro necessário privilegiado*, pois concorre com os descendentes e ascendentes do *de cuius*¹³²⁸, mas o legislador cuidou de modo diferente os conviventes com relação ao direito constitucional à herança¹³²⁹. A sucessão do convivente limita-se aos bens adquiridos, onerosamente, na vigência da entidade familiar e de forma

¹³²⁷ MAY, Rollo. *O homem à procura de si mesmo*. 30. ed. Tradução: Áurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Vozes, 2004. p.133-136 e 140.

¹³²⁸ No artigo 1.829 do Código Civil diz que “a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. No artigo 1.845, do mesmo digesto legal, estabelece que são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

¹³²⁹ Artigo 1.790. “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

diversa da outorgada aos cônjuges.

Quer dizer, há flagrante inconstitucionalidade nesse artigo¹³³⁰, porque é deficiente e falho em relação à Lei nº 8.971/1994, em que o companheiro ocupa, na ordem de vocação hereditária, lugar igual ao do cônjuge sobrevivente (art. 2º da aludida lei) e, com o Código Civil, passa a ocupar um lugar abaixo dos colaterais, embora tenha direito a um terço da herança nesta hipótese¹³³¹, com grave ofensa ao princípio isonômico entre os modos de ser-em-família.

Esse (des)cuidado – de fixar o companheiro em patamar inferior ao parente colateral – privilegia o parentesco genético em detrimento da afetivo, da solidariedade, da comunhão de vidas, elementos supremos do moderno Direito de Família. Indaga-se, pois: por que privilegiar os vínculos biológicos, mesmo que de quarto grau, na linha colateral, em prejuízo dos vínculos do afeto, da felicidade, da solidariedade entre os conviventes?

O casamento e a união estável são entidades familiares com a mesma indumentária jurídica¹³³², porquanto, a contar da Lei Maior de 1988¹³³³, está valorizada a relação afetiva na relação entre casados, conviventes, pais e filhos, e não a hierarquia do casamento, significando o início de uma nova Era, a do “prestígio do elemento amoroso, alicerce da maior parte do moderno Direito de Família. É o reforço da outra grande característica do atual Direito de Família, vinculada à veracidade e autenticidade das relações humanas”¹³³⁴.

Nos termos do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, das Leis dos conviventes (nºs 8.971/94 e 9.278/96) e do Código Civil, união estável e casamento são entidades familiares e edificadas no amor, no carinho, no respeito, na coabitação, na lealdade,

¹³³⁰ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 231.

¹³³¹ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Código Civil de 2002: o que há de novo?* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 278.

¹³³² DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 55, a união estável está edificada na “convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Tipificada a relação, há que se deferir os direitos e prerrogativas previstos em ambas as normas legais, pois não se incompatibilizam nem se excluem”.

¹³³³ ROSA, Patrícia Fontanella. *União estável. Eficácia temporal das leis regulamentadoras*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. pp. 94-5, a contar da publicação da Lei nº 9.278/96, assentaram-se três correntes em torno da vigência das duas leis da união estável (nºs 8.971/94 e 9.278/96): a) primeira, que entende a vigência simultâneas das duas Leis, sendo a de nº 8.971/94 destinada a regular o concubinato e a de nº 9.278/96 para a união estável; a segunda, a Lei nº 9.278/96 ab-rogou a Lei nº 8.971/94; a terceira, na qual me filio, sustentando a aplicação das duas Leis, com a observação de que a última lei derogou a anterior na parte em que é incompatível.

¹³³⁴ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Concubinato e união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 51.

na assistência mútua, no companheirismo, no afeto, na convivência, na paz familiar, uma “comunhão de vidas numa ordem constitucional empenhada em valorizar a dignidade da pessoa humana”¹³³⁵.

Com base nas leis nº 8.971/94 e 9.278/96, o direito do convivente sobrevivente é similar à do cônjuge supérstite, não havendo, segundo Zeno Veloso, razão jurídica, motivo histórico, causa sociológica que justifique mudança tão intensa e radical, pelo que é inconcebível que, enquanto o cônjuge passou a ser considerado herdeiro necessário privilegiado, o companheiro seja considerado herdeiro facultativo, “em posição bisonha e tímida, muito inferior à que ocupa na legislação vigente”¹³³⁶.

O texto constitucional de 1988 representa um *pacto social*, em que estão inseridos direitos e deveres recíprocos entre o Estado e o indivíduo. O Estado detém o poder de regulamentar a sociedade com leis, mas assumindo, em contrapartida, o dever de garantir a dignidade do ser humano e a segurança de seus bens. À pessoa é reservado o dever de obedecer às leis, de um lado, e, por outro, o direito de exigir do Estado os seus direitos convencionados¹³³⁷, porquanto os direitos e as garantias fundamentais, arraigados na Lei Maior de 1988, não são modificáveis nem por emenda constitucional¹³³⁸.

No mesmo sentido manifesta-se José Joaquim Gomes Canotilho¹³³⁹, apregoando que “os direitos sociais e económicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo”. O reconhecimento dos direitos fundamentais constitui, segundo o autor, um limite jurídico do legislador e “uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas”. Significa dizer que os direitos fundamentais não foram objetos de convenção quando da passagem para o Estado de Direito, pelo que não pode haver qualquer ingerência nesses direitos, já que não se pode dispor daquilo que não se possui, sendo ilegítima eventual interferência do Estado¹³⁴⁰.

¹³³⁵ SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. *Alimentos decorrentes da união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 13.

¹³³⁶ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice Dias; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 235-236.

¹³³⁷ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2001, p. 6-8.

¹³³⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O exame do DNA como meio de prova – aspectos constitucionais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 128.

¹³³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 387.

¹³⁴⁰ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 15.

Pela Lei nº 8.971/94, cônjuges e conviventes tinham os mesmos direitos, pelo que não pode lei posterior (Código Civil de 2002) derogar essa igualdade constitucional (artigos 5º, I, 226, parágrafos 3º e 5º, da Constituição do Brasil), tendo em vista o princípio constitucional da proibição de retrocesso social, segundo entendimento doutrinário¹³⁴¹ e jurisprudencial¹³⁴².

O Poder Judiciário não tem o direito de agasalhar a desigualdade sucessória entre os cônjuges e conviventes¹³⁴³, devendo julgar inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, uma vez que “no Estado Democrático de Direito há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário”¹³⁴⁴. Destarte, para que não haja uma ruptura na Constituição Cidadã de 1988, os tribunais pátrios terão a missão de corrigir, mais uma vez, o lamentável equívoco perpetrado pelo legislador, para conceder aos conviventes os mesmos direitos hereditários outorgados aos cônjuges, em vista da isonomia constitucional entre as duas entidades familiares.

5.20 Cumulação de todos os Direitos adquiridos na Existência Humana

O ser humano é um todo tridimensional e, ao mesmo tempo, uma parte genética,

¹³⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.503-4, “a garantia constitucional de primeiro grau, dentro ou fora do art. 60, § 4º, “d”, protege o espírito da Constituição. Está fora do poder de emenda. Sobre ela não tem jurisdição o titular do poder constituinte constituído. Esse poder se insere unicamente na esfera jurídica de permissibilidade de emenda, estabelecida pela Constituição [...] As garantias constitucionais de segundo grau são, de conseguinte, aquelas que não conferem aos preceitos constitucionais uma proteção de eficácia idêntica àquelas de primeiro grau, porquanto os resguardam apenas contra o legislador ordinário, mas não prevalecem contra o legislador constituinte que exerce, nos limites da Constituição, o poder de emenda constitucional”. Nesse sentido: 01) STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 97, o Estado Social está assegurado pelo caráter intervencionista/regulador da Constituição, sendo “evidente que qualquer texto proveniente do constituinte originário não pode sofrer um retrocesso que lhe dê um alcance jurídico/social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando um retorno ao estado pré-constituente”. 02) MARTINS, Ives Gandra da Silva. O exame do DNA como meio de prova: aspectos constitucionais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 128; 03) SILVEIRA, José Néri da. A reforma constitucional e o controle de sua constitucionalidade. *Revista do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 35, p. 15, 1995; 04) CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 06; 05) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1999. p. 326-7; 06) RUBIN, Daniel Sperb. Direito privado e constituição: contratos e direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, p. 107, maio 2001; 07) PEIXOTO, Cid. *Princípios elementares de direito público constitucional*. 2. ed. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, Biblioteca de estudos comerciais e econômicos, 1942. v. 2, p. 9.

¹³⁴² PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 39/84, 3º volume, de 11.04.84, processo nº 6/83. In: Diário da República, 1ª série, 5 maio 1984.

¹³⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. ED nº 70010106524, em 02.12.2004. Relator: Rui Portanova. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 19 maio 2007. “Reconhecida a união estável e o direito de partilha dos bens deixados pelo “de cujus”, descabe ao julgado especificar quais são esses bens, porque os efeitos patrimoniais decorrem da lei, especificamente, do artigo 1.790 do Código Civil”.

¹³⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz et al. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 95.

afetiva e ontológica, tendo à sua disposição todos os direitos e desejos desses três mundos, uma vez que a existência é uma formação contínua de eventos, pelo que nas ações de investigações de paternidade/maternidade genética e afetiva e nos demais modos de ser-em-família devem ser *acumulados todos os direitos daí decorrentes*, como alimentos, herança, poder/dever familiar, parentesco, guarda compartilhada, nome, visitas etc.

No decorrer da trajetória da vida, o ser humano vai adquirindo direitos, que vão moldando os seus modos de ser-no-mundo, encontrando-se *em formação contínua da vida*, motivo pelo qual nenhum desses eventos poderá ser renunciado, sob pena de renunciar à carga, à história, à experiência de vida, à evolução da civilização e à linguagem humana, como se toda a temporalidade não tivesse ocorrido e nem conduzido o seu modo de ser-em-família, ser-em-sociedade e ser-no-mundo tridimensional.

A proibição da renúncia a todos os momentos da estrada da vida¹³⁴⁵ decorre da manutenção do modo de ser-no-mundo, porque os eventos da existencialidade não são somente os que foram vivenciados, mas, também, “que o seu ser-vivenciado teve um efeito especial, que lhe empresta um significado permanente”¹³⁴⁶. A vivência se encontra “numa relação direta com o todo, com a totalidade da vida”, pelo que o todo da vida se integra na vivência e a vivência no todo da vida, a qual não se desliga da existência concreta, nem das cargas pré-genética, pré-des-afetiva e pré-ontológica. Essas cargas existenciais vêm sempre antecipadas, significando que o ser humano sempre traz consigo as cargas históricas de seu mundo tridimensional, de seu modo de ser-em-família.

Pela linguagem gadameriana¹³⁴⁷, isso quer dizer que o mundo da vida é sempre e ao mesmo tempo “um mundo comunitário que contém a co-presença de outros”, pelo que toda a experiência familiar, social e pessoal é um confronto, porque ela opõe o novo ao antigo. Isso faz com que as experiências adquiridas pela história da vida, embora possam representar um confronto, não podem ser esquecidas, apagadas do mundo da vida do vivente, porque fazem parte da evolução da humanidade e da essência histórica do ser humano.

¹³⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70010871598*. 8ª CCv. Relator: Alfredo Guilherme Englert, em 25.08.2005. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 7 dez. 2006. “Inexiste qualquer vedação legal para que a viúva busque excluir o patronímico do marido, em face de seu falecimento. Aliás, tal possibilidade atende a uma interpretação sistemática, pois, na separação, é facultado à mulher abandonar o seu nome e na conversão da separação em divórcio é impositiva a volta ao nome de solteira. Assim, de todo descabido impor que continue com o nome de casada se o casamento findou em decorrência da morte do cônjuge”.

¹³⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 106, 115-116.

¹³⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 332, 345 e 465.

Ao buscar compreender os poemas de Paul Celan¹³⁴⁸, Gadamer lembrou que todos os humanos vivem sob o teto da linguagem, e cada um gostaria de demolir o teto que garante uma proteção comum, pois ele nos impede a vista e a passagem. Essa montanha de palavras que encobre a linguagem humana pode ser compreendida como *o teto de preconceitos que paira sobre todos os humanos*, à medida que o preconceito do direito apenas a uma das ancestralidades (a genética) mostra o que é familiar, impedindo todo e qualquer olhar em direção ao não-familiar, que são as duas origens (genética e afetiva) e a concessão de todos os direitos de família de ambas as linhagens.

Essa compreensão da família faz com que o intérprete precise estranhar o que lhe era mais familiar (a exclusividade de direitos do mundo biológico normatizado) e, ao mesmo tempo, o convoca a tornar conhecido o que lhe surge como estranho (os mundos afetivo e ontológico), somando-se todos os direitos decorrentes dessa condição humana tridimensional.

A linguagem familiar, no sentido de vislumbrar a presença de direitos unicamente na genética normativa, pode ser o teto que impede o ser humano de suspender os seus conceitos prévios. Mas, por meio da linguagem não-familiar (da afetividade e da ontologia), esses preconceitos poderão ser descobertos, suscitados, suspensos, para que o ser humano possa derrubar esse *teto preconceituoso genético* que o encobre (de que o ser humano não pode ter duas famílias, genética e afetiva e nem três mundos). Com isso, poderá ser desenhada uma abertura na paisagem e na passagem preconceituosa à compreensão do ser humano como humano, que se relaciona, simultaneamente, no mundo tridimensional.

É preciso desmistificar a idéia de que na família é compreendida somente a linguagem da genética legalizada, porque ela encobre os mundos do afeto e da ontologia, pelo que o texto do direito de família não significa normatização genética, mas, sim, existência humana (genética, afetiva e ontológica). A partir dessa compreensão, o intérprete estará em condições de compreender a *linguagem familiar* da genética, do afeto e da ontologia e a acumulação de todos os direitos de família dessa tridimensionalidade humana.

5.21 Considerações Finais do Capítulo Efeitos Jurídicos Decorrentes da Fenomenologia no Direito de Família

É por meio da genética, do (des)afeto e da ontologia que se compreende a família,

¹³⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Quem sou eu, quem és tu?: comentário sobre o ciclo de poemas*. Hausto-Cristal de Paul Celan. Tradução e apresentação: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2005. p. 58.

porquanto os seus membros convivem e compartilham, ao mesmo tempo, nesses três mundos, dotados de linguagem¹³⁴⁹, autêntico símbolo da humanidade¹³⁵⁰, nada podendo ser existente, identificado ou expressado sem essa visão tridimensional. O legislador, contudo, continua com a idéia da normatização de parte do mundo genético, no que é aplaudido pelo Judiciário, que não ousa infringir as disposições legais, temendo a represália da invasão de competência legislativa, embora *no âmbito da jurisdição constitucional* tenha o poder/dever de *produzir*, e não meramente *reproduzir*, o Direito, sem qualquer ofensa aos demais poderes da República.

Isso ocorre porque o Direito não é de interesse exclusivo do Executivo e/ou do Legislativo, mas também do Judiciário, da comunidade jurídica, da sociedade, dos membros da família e de todo ser humano. Isso quer dizer¹³⁵¹ que o Poder Judiciário passou a ter um potente controle da jurisdição constitucional, uma vez que os tribunais superiores, ainda mais agora com as súmulas vinculantes, transformaram-se em

vigilantes de plantão do imaginário e da (re)produção de seus quadros, cujas funções podem ser exemplificadas: uniformizar decisões dos tribunais inferiores a partir de um marco axiológico e epistemológico pré-definido; calibrar os critérios hermenêuticos impostos; preservar a disciplina e o profissionalismo de todo o corpo de magistrados; constituir-se numa espécie de escudo simbólico de um sistema jurídico fechado, autônomo, completo e autofundamentador.

As deficiências de um dos mundos do ser humano devem ser supridas pelos outros dois mundos, pois se o ser humano for compreendido dentro da normatização do mundo genético, como sempre ocorreu, ele estará sendo compreendido em menos de um terço de sua condição humana e mais de dois terços de inumano; se for compreendido pela dimensionalidade dos mundos genético e afetivo, ainda faltará mais de um terço de sua compreensão humana (o modo de ser-no-mundo-ontológico).

Somente pela linguagem tridimensional poderá compreender o ser humano como humano, habitando, ao mesmo tempo, esses mundos, que interagem, formando único mundo humano, permitindo, portanto, que o ser humano seja visto a partir dele mesmo, nas dimensões de seu modo, de seu jeito, de suas circunstâncias de ser-no-mundo-genético, de

¹³⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 2. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 2, p. 173.

¹³⁵⁰ TIBURI, Márcia. Nota sobre hermenêutica: a linguagem entre o sujeito e o objeto. *Veritas. Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS*, Porto Alegre, v. 45, n. 2, p. 277, jun. 2000.

¹³⁵¹ LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999. p. 176.

ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, que são a estrutura de realização do ser humano.

O intérprete deve relacionar cada parte (genética, afetividade ou ontologia) a um todo mais amplo (tridimensionalidade), precisando, para tanto, conhecer o todo e cada parte, porque a compreensão do ser humano não é efetivada pela soma das partes, como se fosse um quebra-cabeça, e sim por uma pré-compreensão do que é um ser humano tridimensional. Isso é possível pelo movimento circular do todo às partes e das partes ao todo, com a compreensão da tradição histórica e numa fusão de horizonte, em que são suspensos os preconceitos, para que não haja a continuação do círculo hermenêutico vicioso, preconceituoso, da família genética normatizada.

Entretanto, nem mesmo com o método fenomenológico, uma linguagem com alcance universal¹³⁵², é possível compreender a *totalidade da linguagem tridimensional*, sempre ficando algo de fora, algo por ser dito, *que é a realidade*, a existência, o evento, na medida em que “não existe seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos”¹³⁵³, sendo por essa circunstância que “a hermenêutica não mais será uma ‘questão de método’, passando a ser filosofia”¹³⁵⁴.

Como a cultura jurídica do Brasil compreende o texto do direito de família pelo mundo genético-normativo, o mundo dos seres vivos em geral, é preciso traçar a diferença entre os seres humanos e os animais, estabelecida por Aristóteles, nos seguintes termos, resumidamente:

Os animais têm a possibilidade de entender-se mutuamente, mostrando uns aos outros o que lhes causa prazer, a fim de poder buscá-lo, e o que lhes causa dor, a fim de evitá-lo. Apenas aos homens foi dado ainda o *logos* (a linguagem), para que se informem mutuamente sobre o que é útil ou prejudicial, o que é justo e injusto (...). Tudo isso porque o homem (ser humano) é o único ser que possui *logos*. Ele pode pensar e falar¹³⁵⁵.

No mundo ocidental, lembra Rohden¹³⁵⁶, a expressão *logos* foi compreendida como “o

¹³⁵² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II. 2.* ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 214.

¹³⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I.* Petrópolis: Vozes, 2004. p. 631.

¹³⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?* uma resposta a partir do Ontological Turn. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003. p. 236. Sobre a diferença ontológica, ver STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. (Coleção filosofia, 114).

¹³⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II. 2.* ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 173.

¹³⁵⁶ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-georg; _____. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 157-158 (Coleção Filosofia, 117).

homem é o animal racional, o ser vivo racional, isto é, que se difere do resto dos animais por sua capacidade de pensar”. O autor lembra que Gadamer, quando aprendeu a ler Aristóteles, por meio dos ensinamentos de Heidegger, viu com desconcerto, “que a definição clássica de pessoa não é ‘o ente vivo que possui razão’ (*animal rationale*), mas o ente que possui linguagem” (grifo nosso). Nesse sentido, o autor, citando Gadamer, assegura que a linguagem “constitui o verdadeiro centro do existir humano, se se contempla no âmbito que só a preenche o âmbito da convivência humana, o âmbito do entendimento, do consenso sempre maior, que é tão imprescindível para a vida humana como o ar que respiramos”.

Em Gadamer auscultar-se o equívoco do pensamento ocidental, porque *logos* não quer dizer razão, e sim discurso, linguagem, a palavra que se diz a outrem, querendo dizer que, pelo fato do ser humano ter a palavra, a linguagem, ele se distingue dos demais seres vivos¹³⁵⁷. Essa linguagem, que pode ser discernimento, pensamento, fala, diálogo, grito, choro, nome, indicação, silêncio, conversa, (in)compreensão, texto, palavra, gesto, amor, desamor, (des)afeto, modo, jeito, circunstância de ser-no-mundo, enfim, toda forma de comunicação humana¹³⁵⁸ reside nos mundos (des)afetivo e ontológico, no mundo da linguagem com os humanos (mundo afetivo) e com a linguagem endógena do próprio ser humano consigo mesmo (mundo ontológico). É dizer, só nos mundos afetivo e ontológico há linguagem, há comunicação, há ser humano, que “pensa, sente, vive unicamente na língua, e é por ela que deve ser formado”¹³⁵⁹, o que não ocorre no mundo genético, o mundo dos seres vivos em geral.

Todavia, a dogmática jurídica e o legislador *sempre* compreenderam a família pela normatização de parte do mundo genético, o mundo em que não há linguagem humana, equiparando o ser humano aos demais seres vivos. Esse pensamento vem ao encontro do que ocorre comumente no Direito, da (in)transponível dificuldade no reconhecimento dos direitos e das garantias fundamentais constantes do texto constitucional, como igualdade, liberdade, democracia, hermenêutica, dignidade, cidadania e a condição humana tridimensional, porque esses direitos sempre foram pensados dentro da lei biológica, quando, na verdade, essas linguagens se corporificam nos mundos afetivo e ontológico.

Quer dizer, a “cunhagem do conceito de linguagem pressupõe uma consciência de

¹³⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 12.

¹³⁵⁸ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-georg; _____. *Hermenêutica filosófica*: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 156 e 162 (Coleção Filosofia, 117).

¹³⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 65.

linguagem”, porquanto todo pensar sobre a linguagem foi alcançado pela linguagem, significando que o ser humano somente pode pensar dentro de uma linguagem, pelo fato “de que nosso pensamento habita a linguagem que constitui o enigma profundo que a linguagem propõe ao pensar”¹³⁶⁰. E o único ser vivo que pode compreender a linguagem é o ser humano afetivo e ontológico, motivo porque necessário que o legislador/intérprete/julgador, quando da compreensão de um texto, esteja sempre em uma situação afetiva, pois, se estiverem no modo de ser-no-mundo-desafetivo, não compreenderá o ser humano como humano, e sim objetificado, unicamente no mundo genético, em que vivem somente os seres vivos não humanos.

Numa só palavra, se é na linguagem que se representa o mundo; se é na linguagem que se tem concepção de mundo; se o ser humano está mergulhado na linguagem; se o ser humano vive no mundo humano, e não no mundo genético dos demais seres vivos em geral, é fácil compreender que a linguagem não existe no mundo dos seres vivos (no mundo genético), mas no mundo humano, único ser vivo que está, ao mesmo tempo, mergulhado nos mundos genético, (des)afetivo e ontológico.

Um exemplo é citado por Gadamer¹³⁶¹, lembrando Aristóteles, nos termos: Todos os soldados de um exército estão de fuga, tomados pela angústia do pânico, mas, em determinado momento, um dos soldados olha para trás e vê que o inimigo está bem distante, arriscando-se, por isso, parar um instante, sendo seguido por outro soldado e, assim, sucessivamente, até que todo exército deixa de fugir. Isso mesmo acontece com o aprendizado da fala, lembra Gadamer, à medida que “não existe uma primeira palavra; e, no entanto, aprendemos, crescemos na linguagem e no mundo”, isso porque “o sentido de cada palavra pressupõe sempre um sistema de palavra”¹³⁶².

Essa linguagem não se localiza no mundo biológico, e sim nos mundos afetivo e ontológico, que têm por base o relacionamento social, as convenções da vida social, a família, o diálogo consigo mesmo, a convenção endógena, o jeito de ser do humano, a circunstância que ele vive em seu mundo pessoal. Não é sem motivo que Streck¹³⁶³ sufraga o fim da dogmática jurídica, isso porque “o paradigma (modelo/mo-
do de produção de Direito) liberal-

¹³⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 175-176.

¹³⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 235-236 e 255.

¹³⁶² ROHDEN, Luiz. Hermenêutica e linguagem. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-georg; _____. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 191. (Coleção Filosofia, 117).

¹³⁶³ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo, 1999. p. 77, 105 e 108.

individualista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clama novas posturas dos operadores jurídicos”. Isso quer dizer que o intérprete está inserido na história efetual, como diz Gadamer, que se rompe “com a questão epistemológica sujeito-objeto, porque o sujeito não é ele, mas é ele e sua possibilidade de ser-no-mundo¹³⁶⁴, é ele e suas circunstâncias, é ele e sua cadeia significante”.

A família é o doce (afetivo) e amargo (desafetivo) berço humano, que vincula, vinca e (de)marca toda a montanha da vida humana, e, embora se afirme que ela nunca se extinguirá¹³⁶⁵, ela poderá sofrer radical mudança em sua (des)constituição, porque não é mais um comportamento, um modo de agir, um contrato, uma instituição, que pode ser instituída e destituída de acordo com a subjetividade do intérprete/legislador, mediante um procedimento ou processo, querendo dizer que a família é um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

A compreensão da tridimensionalidade humana não significa que o intérprete esteja autorizado a promover decisionismos, relativismos genéticos, afetivos ou ontológicos, porque isso seria admitir verdades absolutas, que seqüestram a temporalidade e a condição humana. Além disso, adverte Streck, os limites da atividade judicial não residem nas virtudes pessoais do juiz, “mas, sim, na sujeição às regras do discurso prático geral e na concordância com os princípios e valores substantivos previsto no direito”, pois o texto não carrega o seu sentido (a norma), sendo vedado ao intérprete “a *atribuição arbitrária de sentidos, e tampouco uma atribuição de sentidos arbitrária*, como se texto e norma estivessem separados”¹³⁶⁶ (grifo nosso). O autor lembra que a utilização de um método de interpretação é sempre arbitrária, porque “proporciona interpretações *ad hoc*, discricionárias”, fazendo com que a hermenêutica filosófica assuma uma relevância fenomenal, na medida em que ela não é compreendida por por um método, e sim por uma teoria filosófica no Direito.

A tridimensionalidade humana está blindada pelo princípio da proibição do retrocesso social, que está alicerçado em dois aspectos¹³⁶⁷:

- a) em sua condição humana, o ser humano conquistou direitos que, hoje em dia, estão consagrados no ordenamento jurídico como direitos e garantias fundamentais e

¹³⁶⁴ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 70, afirma que é precisamente a partir do ‘como hermenêutico’ que se determina o caráter fundamental de ser-no-mundo.

¹³⁶⁵ FONSECA, Claudia. O Casamento Revisitado: afetos em diálogo com a lei. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de (Org.). *Casamento, uma escuta além do judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006. p. 45.

¹³⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 432-434.

¹³⁶⁷ RUBIN, Daniel Sperb. Direito privado e Constituição: contratos e direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 40, p. 107, maio 2001.

sociais;

- b) esses direitos não podem ser confiscados, visto que não pertencem aos indivíduos entre si, mas, sim, da pessoa perante o Estado.

Estabelecido o Estado Democrático de Direito, a negativa de eficácia ou eliminação de direitos e de garantias fundamentais e sociais representa um retrocesso social, uma vez que, segundo Streck¹³⁶⁸,

estando o Estado Social assegurado pelo caráter intervencionista/regulador da Constituição, é evidente que qualquer texto proveniente do constituinte originário não pode sofrer um retrocesso que lhe dê um alcance jurídico/social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando um retorno ao estado pré-constituinte.

Constituição, complementa o autor, significa constituir alguma coisa, fazer um pacto social, um contrato, uma convenção, um acordo no qual toda a sociedade é co-produtora, e violar ou deixar de observar o pacto constitucional é descumprir o contrato social, na medida em que a Constituição provém de um processo constituinte originário, após a ruptura com o regime não-constitucional autoritário.

Isso quer dizer que as normas (regras e princípios) da Constituição vinculam o legislador¹³⁶⁹, o executivo, o judiciário, o intérprete, as instituições públicas, privadas e a sociedade em geral, visto que, na esteira de Eros Grau¹³⁷⁰, “o governo revolucionário instaura a Constituição; o governo constitucional preserva, respeita, a Constituição”. No Brasil, desde o dia 05 de outubro de 1988, embora tenha cessado o momento revolucionário, permanece a vinculação à Constituição e, em decorrência, à implementação da tridimensionalidade humana e da jurisdição constitucional, cuja consciência jurídica nacional precisa ser cultivada, para que o Estado brasileiro se afirme como um *Estado constitucionalmente vinculado*¹³⁷¹. Numa só palavra, em um Estado Constitucional, o direito não pertence aos três poderes ou às Instituições do Estado, pois, na visão de Carvalho Netto¹³⁷²,

¹³⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 97.

¹³⁶⁹ SCAFF, Fernando Facury. Sobre a videoconferência realizada com o Prof^o. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 89. (2ª Parte, Mesa redonda – 22/02/2002 – Fazenda Cainã).

¹³⁷⁰ GRAU, Eros. Sobre a videoconferência realizada com o Prof^o. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 98. (2ª Parte, Mesa redonda – 22/02/2002 – Fazenda Cainã).

¹³⁷¹ NUNES, António José Avelãs. Sobre a videoconferência realizada com o Prof^o. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 118. (2ª Parte, Mesa redonda – 22/02/2002 – Fazenda Cainã).

¹³⁷² CARVALHO NETTO, Monelick de. Sobre a videoconferência realizada com o Prof^o. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 129. (2ª Parte, Mesa redonda – 22/02/2002 – Fazenda Cainã).

a soberania popular só é soberania popular se ela for ocupada por alguém, se ela permanecer um hiato aberto, se ela não for, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal ou o Congresso ou o Presidente da República ou quem quer que seja. No dia em que o direito constitucional se fechar, completar-se, ele não mais será Direito Constitucional, e sim ditadura, exclusão.

Em julgado¹³⁷³ do Tribunal Constitucional de Portugal ficou assentada a proibição de retrocesso social, nos seguintes termos:

Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental.

No Brasil, em vista do Estado Democrático de Direito, todos os direitos e garantias constitucionalmente garantidos, além da necessidade de serem implementados pelo Estado, não são suscetíveis de confisco, de retrocesso social (artigos 1º, II e III, 3º, I, 4º, II, e 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição do País)¹³⁷⁴. Os direitos fundamentais da genética, da afetividade e da ontologia, em vista de sua importância material e formal, suas principais características de historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, que fazem parte da condição humana, não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, insuscetíveis, portanto, de retrocesso social (artigos 1º, II e III, 3º, I, 4º, II, e 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição do País)¹³⁷⁵.

¹³⁷³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão 39/84*. 3 v., de 11.04.84, processo nº 6/83, publicado no Diário da República, 1ª série, de 05 de maio de 1984, cópia do aresto judicial remetido por ofício pelo Secretário da Presidência daquele Sodalício, em junho de 2001. Nesse julgamento também foi dito o seguinte: “Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do «Estado social». Impõe-se a conclusão: após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criado passa a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não pode vir extingui-los ou revogá-los”.

¹³⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n.4, p. 163, 2004.

¹³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica*. Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 163, 2004.

Pelejar pelos direitos e pelas garantias constitucionais “significa ter como meta a permanente e plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana”¹³⁷⁶, uma vez que as regras e os princípios constitucionais precisam ser compreendidos dentro de um contexto histórico, não ignorando as transformações da sociedade, na conjuntura que abrange os fatos de cada época¹³⁷⁷, interpretando-os com o princípio da unidade do texto constitucional, que consiste em unificar e compreender ao máximo a compatibilidade de todas as normas, com base nas regras e, principalmente, nos princípios albergados pela República Federativa do Brasil e pelo Estado Constitucional¹³⁷⁸.

¹³⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais e sua eficácia na ordem constitucional. *Revista da Ajuris, doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, ano 26, n. 76, p. 382, dez. 1999.

¹³⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.

¹³⁷⁸ Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político.

6 CONCLUSÕES DA FENOMENOLOGIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Pelo que foi visto no decorrer da pesquisa, a dogmática jurídica não tem alcance para compreender hermeneuticamente o texto do direito de família, tendo em vista a impossibilidade de a lei antever todos os modos de ser-no-mundo tridimensional, ocasionando a mera reprodução da realidade social passada.

Com a hermenêutica filosófica, o Direito passa a ter potencialidade de transformar a sociedade, saltando-se do fundamentar ao compreender, que “não é mais um agir do sujeito, mas um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade”, tendo sido dois os saltos nesse sentido: o primeiro, o salto heideggeriano, “a partir do qual se supera o caráter epistemometodológico da filosofia, mostrando que a filosofia é hermenêutica”; o segundo, o salto gadameriano, “mostrando que a hermenêutica é filosofia, condição de ser-no-mundo”¹³⁷⁹, que, em direito de família, é condição de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. Por isso, a necessidade de compreensão do Direito por uma teoria *filosófica no Direito*, com a finalidade de promover a inclusão social do ser humano, e não mais, como faz a dogmática jurídica, em um “instrumento para inferiorização de determinados sujeitos e a exclusão de outros”¹³⁸⁰.

Também é dito¹³⁸¹ que a dogmática jurídica está em crise, porque o velho e surrado “modelo de Direito (de feição liberal-individualista-normativista) não morreu e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda”, havendo necessidade de ser adotada uma teoria que deixe “ver aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo”¹³⁸². Com a pré-compreensão, decorrente da tradição, ocorre uma antecipação de sentido do que se compreende, fazendo com que o intérprete possa se armar contra a arbitrariedade e o espelho deformante da subjetividade. É a condição de ser-no-mundo tridimensional que vai determinar o sentido do texto do direito de família, e não por meio do método de interpretação, uma vez que o sentido é um existencial¹³⁸³, e não algo

¹³⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 9-10, 12-13.

¹³⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. As Crises como elementos de ruptura dos vínculos conjugais. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de (Org.). *Casamento, uma escuta além do judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006. p. 228.

¹³⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em *terra brasilis*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 4, n.16, p. 140-141, jan./mar. 2003.

¹³⁸² TOLFO, Rogério. Linguagem e mundo: a fenomenologia do sinal em *ser e tempo* de Martin Heidegger. In: HELFER, Inácio (Org.). *Pensadores alemães dos séculos XIX e XX*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000. p. 139.

¹³⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Verbete HEIDEGGER, Martin, 1889-1976. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 430.

colado ao texto.

Com isso, se busca a “produção de um sentido originado de um processo de compreensão, no qual o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz a fusão de horizontes a partir de sua historicidade”¹³⁸⁴, em que a antecipação de sentido se articula na abertura da compreensão, não podendo seu sentido “ser definido como algo que ocorre em um juízo ao lado e ao longo do ato de julgar”, porque a compreensão está sempre presente antes de qualquer interpretação¹³⁸⁵.

Com o novel paradigma de Direito, estatuído pelo Estado Democrático de Direito, haverá, na visão streckiana, “a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) se torna possível a partir dos princípios introduzidos no discurso constitucional, que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo”¹³⁸⁶. Com a harmonização do sistema de regras com a principiologia constitucional, alerta o autor, poderá ser formatado, mediante o acolhimento da materialidade da Constituição, um “espaço que vem a ser ocupado pelos princípios (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa de ‘desvencilhar’ do mundo prático)”.

O autor quer dizer que é inviável a interpretação de uma regra sem o seu princípio instituidor, porque a regra está nele mergulhada, encobrindo-o, havendo “uma diferença, e não separação entre os dois, não sendo possível, evidentemente, transformar a regra em princípio, já que a regra não subsiste isoladamente, visto que, “se assim fosse, o princípio não cumpriria a função de introduzir a razão prática no direito”. Isso quer dizer, conclui o autor, que o Direito não é mais ordenador, como na fase liberal; nem é promovedor, como na fase do Estado do Bem-Estar Social, porque, na Era do Estado Democrático de Direito, o Direito passou a ser transformador da realidade, mediante o acolhimento da garantia e dos direitos fundamentais, entre os quais a tridimensionalidade humana, a serem compreendidos por meio da jurisdição constitucional, a qual é a condição de possibilidade do Estado Constitucional¹³⁸⁷.

De acordo com Ferrajoli¹³⁸⁸, no modelo paleo-yuspositivista, o Estado era

¹³⁸⁴ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. O Direito (“estátua”) e a hermenêutica da produção: Espelho e Reflexo da realidade. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 161.

¹³⁸⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt.1, p. 208, 211 e 219.

¹³⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 6-7, 142, 167-168.

¹³⁸⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. A constituição e a compreensão hermenêutica da sua (in)efetividade e do seu constituir In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 206.

¹³⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Paris: Trotta, 2005. p. 14, 16-21, 24 e 28.

Legislativo/Legal de Direito, tendo o monopólio da produção jurídica, na qual o princípio da legalidade era a norma de conhecimento. Pelo modelo neo-yuspositivista, *o Estado é Constitucional de Direito*, o qual surgiu na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, instituindo as Constituições rígidas e o controle da constitucionalidade das leis ordinárias com base nos princípios constitucionais.

Significa dizer que o Estado Constitucional continua a ter a função da produção legislativa do Direito, mas, ao mesmo tempo, altera o papel da jurisdição constitucional, determinando ao intérprete a compreensão, interpretação e aplicação das leis que sejam válidas diante do texto constitucional, declarando a sua (in)constitucionalidade, sempre com vinculação social. Com isso, acrescenta Ferrajoli, também ocorre a necessidade, no Estado Constitucional, da subordinação das leis aos princípios constitucionais, o que representa uma “dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa”.

Esses limites foram estabelecidos devido ao fato de os direitos constitucionais representarem proibições e obrigações impostas aos poderes da maioria, os quais, de outra forma, seriam absolutos. Isso quer dizer, finaliza o autor, que os princípios da legalidade e da reserva legal passam a ter cada vez menos sentido, em vista da fragilidade do Estado (único) Legislativo/Legal, que passou a ser, sobretudo, Constitucional, em que vige a harmonia dos princípios constitucionais, significando que

una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un *demos*, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto.

Nesse ponto, Sanchís¹³⁸⁹ pondera que a lei deixou de ser a única, suprema e racional fonte do Direito do Estado Legislativo/Legal, motivando a declaração da intransponível crise da dogmática jurídica. O autor quer dizer que o Estado Constitucional criou uma nova teoria do Direito, com base, por exemplo, nas seguintes questões:

- a) mais princípios que regras;
- b) mais ponderação que subsunção;

¹³⁸⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Paris: Trotta, 2005. p. 131-133.

- c) presença suprema da Constituição em todas as áreas do Direito e em todos os conflitos sociais;
- d) intromissão legal do Poder Judiciário no lugar do legislador ordinário;
- e) coexistência de uma pluralidade de valores, inclusive contraditórios, no lugar da hegemonia ideológica, “en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”;
- f) ao lado “de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice”, fazendo com que o legislador cada vez mais perca a sua autonomia, visto que todas as regras ordinárias precisam ser, previamente, filtradas pelos princípios constitucionais.

É imprescindível uma revolução no direito de família mediante a linguagem, que apresenta o mundo ao humano¹³⁹⁰, porquanto “o lugar de onde falamos é o mundo, onde desde sempre já nos encontramos”¹³⁹¹, sendo, por isso, que “nenhuma revolução é possível sem uma linguagem revolucionária”¹³⁹², pelo que “existência que pode ser compreendida é linguagem”¹³⁹³. Com a linguagem é possível formatar um novo mapeamento da família, que vem sendo compreendida, há vários séculos, pelo olhar normativo e parcial da genética, da discriminação, do pré-conceito impuro, intolerante, da violência, como a dizer que a humanidade paralisou no limiar da vida privada¹³⁹⁴.

A Constituição do País deve ser compreendida de tal forma que sejam ejetados todos os pré-conceitos patrimoniais, biológicos e eclesiásticos, edificando vínculos tridimensionais, sangüíneos, familiares, sociais e pessoais. Quer dizer, o ser humano não é formado apenas pela corrente sangüínea¹³⁹⁵, mas pela linguagem da biologia, do afeto, do relacionamento em sociedade e, essencialmente, em família, e pelo relacionamento consigo mesmo, de seu jeito, de seu modo, de suas circunstâncias de ser em um mundo tridimensional.

Nessa questão, Gadamer diz que “a person is not na intelligent animal, but rather a

¹³⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 581.

¹³⁹¹ LUCAS, Douglas César (Org.). *Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”*. In: _____ (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o Direito*. Ijuí: Ed. Unijui, 2006. p. 35, lembrando Custódio Luiz S. Almeida.

¹³⁹² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt 1, p. 21.

¹³⁹³ KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Tradução: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 257, 265, 271, 273 e 276.

¹³⁹⁴ OST, François. *O Tempo do direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

p. 388.

¹³⁹⁵ VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito de família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 28.

human being”, significando que o ser humano não é um *animal* inteligente, e sim um ser humano que convive e compartilha entre os humanos em um mundo humano, e não em um mundo genético, um mundo natural. No mundo genético, vivem os seres vivos em geral, inclusive os humanos, mas nesse mundo o humano não é um ser humano, mas mero ser vivo, visto transformando-se em humano nos mundos afetivo e ontológico.

O ser humano está mergulhado, ao mesmo tempo, na linguagem de três mundos, quais sejam:

- a) a linguagem biológica, o mundo dos objetos à nossa volta, o mundo dos seres vivos em geral (um modo de ser-no-mundo-genético);
- b) a linguagem (des)afetiva, que está submersa nos “factores externos sociales”, um ser-com, que “no es simplemente un agregado, un añadido, sino lo que uno hace, lo que emana de un individuo, lo que un individuo provoca, lo que inventa, lo que decide”, motivo pelo qual “un niño no se hace desde su propio desarrollo somático o nervioso, se hace desde la *Mitwelt* que es la familia” (um ser-no-mundo-des-afetivo);
- c) a linguagem ontológica, “que es el mundo propio, el mundo interior. La interiorización de la *Mitwelt* abre paso a la *Eigenwelt*. Y allí, ya los modos de finitud anteriores son superables en un crecimiento” (um modo de ser-no-mundo-ontológico).

O mundo humano pode ser alcançado mediante um “crecimiento natural desde la *Umwelt* al ápice constitucional, del ápice constitucional a la interiorización de la *Mitwelt* situacional, social, y de allí a la constitución de la *Eigenwelt*, es decir, del mundo íntimo o del mundo propio”¹³⁹⁶. Em outros termos, o ser humano vive em três mundos, ao mesmo tempo: no mundo biológico, em que se encontram os objetos, a técnica, que são domináveis, manipuláveis, obedientes, como uma televisão, um carro, o computador; no mundo afetivo, em que ocorrem as relações de (des)afeto com os outros, principalmente em família; o mundo ontológico, próprio da realidade de cada um, o mundo pessoal, íntimo, o terreno de surpresas, da forma, do jeito, da circunstância de cada ser humano ser em seu mundo humano, do inédito¹³⁹⁷.

1396 LA LIBERTAD possible. Disponível em: <http://www.iterhominis.com/autores /Polo/PHC/PHC_ 02_ Libertad_posible.htm>. Acesso em: 24 nov. 2005.

1397 WEINSTEIN, Luis. Fundamentos los del desarrollo alternativo. Disponível em: <<http://www.unrc.edu.ar /publicar/23/ tres.html>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

Significa dizer que a compreensão do humano não é efetivada somente pelo comportamento com o mundo das coisas (mundo genético), como até agora tem sido sustentado na cultura jurídica do mundo ocidental, mas também pelo modo de ser-em-família e em sociedade (mundo des-afetivo) e pelo próprio modo de relacionar consigo mesmo (mundo ontológico). Quer dizer que a compreensão em família é linguagem, diálogo, conversação infinita e modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. O ser humano não existe só, porquanto, nas palavras heideggerianas¹³⁹⁸,

ele existe para si (*Eigenwelt*): consciência de si; ele existe para os outros (*Mitwelt*): consciência das consciências dos outros; ele existe para as entidades que rodeiam os indivíduos (*Umwelt*). Existência se dá no interjogo dessas existências. Mas o Ser deve cuidar-se para não ser tragado pelo mundo-dos-outros e isentar-se da responsabilidade individual de escolher seu existir.

A hermenêutica filosófica acolhe os modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico¹³⁹⁹, porque a linguagem é a casa do ser¹⁴⁰⁰, que somente pode ser compreendido pela linguagem¹⁴⁰¹, pelas seguintes razões:

01) o ser humano é biológico, fazendo com que haja a continuação da linhagem, do ciclo de vida, transmitindo às gerações, por exemplo, a compleição física, os gestos, a voz, a escrita, a origem da humanidade, a imagem corporal, parecendo-se, muitas vezes, com seus pais, tendo a possibilidade de herdar as qualidades dos pais¹⁴⁰². É o mundo da auto-reprodução dos seres vivos, inclusive do ser humano, das necessidades, correspondendo ao modo de ser-no-mundo-genético, um complexo programa genético que influencia o ser humano em sua atividade, movimento ou comportamento¹⁴⁰³, pelo qual o ser humano permanece ligado a

¹³⁹⁸ HEIDEGGER, Martin. Matrizes pós-românticas. Fenomenologia e existencialismo. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/museupsi/aula29.PPT#36>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

¹³⁹⁹ BUZZI, Arcângelo R. *Introdução ao pensar*. 31. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 17-24. “Ontologia é a questão do ser! Sua tarefa consiste no esclarecimento do ser. A existência humana, em todos os aspectos, humildes e elevados, certos ou errados, está na questão do ser. O ser é simplesmente porque é, porque aparece e se presentifica. Ele aí está, na totalidade dos entes e na série de objetos que compõem o mundo. O ser é pensar, sentir, é compreensão”.

¹⁴⁰⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. v. 1.

¹⁴⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. v. 1 e v. 2. 2. ed., Tradução: Enio Paulo Giachini.

¹⁴⁰² ASIMOV, Isaac. *O código genético*. São Paulo: Cultrix, 1962. p. 16.

¹⁴⁰³ VARELLA, Dráuzio. A imposição sexual. *Jornal O SUL*. 4 mar. 2007. (Caderno Colunistas). em que afirma que Ernst Mayr, um dos grandes biólogos do século passado, disse o seguinte: “Não existe atividade, movimento ou comportamento que não seja influenciado por um programa genético”. Por isso, enfatiza Dráuzio, “considerar a orientação sexual mera questão de escolha do indivíduo é desconhecer a condição humana”.

todos os demais seres vivos;

02) o ser humano é afetivo e desafetivo, porque forjado pela dinâmica dos fatores pessoal, familiar, social e universal¹⁴⁰⁴, cuja linguagem não é algo dado, codificado, enclausurado, pré-ordenado, logicizado, de modo fixo, cópia de uma realidade social que é pré-estabelecida, e sim um existencial, um modo de ser-no-mundo-(des)afetivo, um construído, um (des)coberto, uma imagem, um especulativo de um sentido na singularidade do ser dentro da universalidade e faticidade das relações sociais, do mundo em família, porque o ser humano “não é coisa ou substância, mas uma actividade vivida de permanente autocriação e incessante renovação”¹⁴⁰⁵.

O estado de humor, diz Heidegger¹⁴⁰⁶, em si mesmo, não é algo psíquico, um estado interior, mas, sim, um existencial, o que, em direito de família, quer dizer que o afeto e o desafeto (que são os estados de humor) são existenciais, momentos, eventos, instantes, fatos, acontecimentos, que se mostram por si mesmos.

A compreensão afetiva faz parte da condição humana, conforme informam Heidegger e seus seguidores, nos seguintes termos:

- a) o ser humano, na qualidade de ser-no-mundo, é compreensão e afetividade¹⁴⁰⁷;
- b) a afetividade atinge o ser humano em sua manifestação de linguagem¹⁴⁰⁸;
- c) a compreensão afetiva “é necessária porque, quando falamos, comunicamos marcos afetivos particulares, seleccionamos e omitimos, falamos do que poderia ser”¹⁴⁰⁹;
- d) a expressão afeto é devastadora, fazendo “parte de meu relacionamento ek-stático, de meu ser-no-mundo”¹⁴¹⁰;
- e) todos “os existenciais, não apenas a compreensão, por exemplo, também a afetividade, tiram o seu sentido do futuro originário”¹⁴¹¹;

¹⁴⁰⁴ DOURADO, Ione Collado Pacheco; PRANDINI, Regina Célia Almeida Rego. *Henri Wallon: psicologia e educação*. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/24/T2071149960279.doc>>. Acesso em: 26 nov. 2004.

¹⁴⁰⁵ BLANC, Mafalda de Faria. *Introdução à ontologia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. p. 110. (Coleção pensamento e filosofia).

¹⁴⁰⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 61 e 189.

¹⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 200.

¹⁴⁰⁸ COBRA, Rubem Q. *Martin Heidegger*. Disponível em: <<http://www.cobra.pages.nom.br/fc-heidegger.html>>. Acesso em: 20 dez. 2001.

¹⁴⁰⁹ ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. O ideal da Europa. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 56, fase 3-4. p. 327, jul./dez. 2000. p. 327.

¹⁴¹⁰ HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Tradução: Gabriela Arnhold; Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 187.

¹⁴¹¹ HAAR, Michel. *Heidegger e a essência do homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. p. 65.

- f) a experiência afetiva, “em que se lhe mostra o ser, ou melhor, em que nos sentimos no meio dele, é uma experiência indistinta de existência, e o seu nada é, paralelamente, um nada da existência finita”¹⁴¹²;
- g) de acordo com Vattimo¹⁴¹³, seguindo as pegadas de Heidegger, a afetividade é “o modo originário de se encontrar e de se sentir no mundo é uma espécie de primeira ‘pressão’ global do mundo que, de alguma maneira, funda a própria compreensão”. Numa só palavra, *o intérprete somente compreenderá o texto do direito de família tridimensional se ele se encontrar numa situação afetiva*, querendo dizer que

o próprio encontro com as coisas no plano da sensibilidade só é possível com base no facto de que o *Deisen* está sempre originariamente numa situação afetiva; por conseguinte, toda relação específica com as coisas individuais (mesmo a compreensão e sua articulação interpretativa) é possível em virtude da abertura ao mundo garantida pela tonalidade afectiva. ‘A tonalidade afectiva abriu desde já sempre o *Deisen* ao mundo na sua totalidade, tornando assim possível um dirigir-se para’.

Momento seguinte, Vattimo afirma que o ser humano pode confiar “a descoberta originária do mundo à simples tonalidade afectiva”, significando que o “ser-no-mundo nunca é um sujeito puro porque nunca é um espectador desinteressado das coisas e dos significados”. Em outras palavras, *o ser humano não poderá ter uma pré-compreensão do mundo se ele estiver numa situação desafetiva*.

Quando o ser humano está se relacionando com o mundo afetivo, acontece alguma coisa dentro dele “infinidamente mais complexa, sutil, rica e poderosa do que já tínhamos percebido”¹⁴¹⁴, porque é ele que auxilia o ser humano em sua realização pessoal, mas é preciso aceitar a idéia de que, de um modo geral, esse mundo sempre foi muito castigado, mal-compreendido e mal-orientado¹⁴¹⁵, visto que o humano não é um ser unicamente afetivo, sendo também desafetivo (ausência de afeto).

03) o ser humano é ontológico, porque se comporta e se relaciona no mundo, sem divisões, sem origens, sem teoria exclusiva (genética, ou afetiva ou ontológica, porquanto é um ser único, total, tridimensional). O humano é um ser com condição comum a todos os humanos, um acontecer, que convive e compartilha nos mundos da ancestralidade sangüínea,

¹⁴¹² FRAGA, Gustavo de. *Sobre Heidegger*. Coimbra: Livraria Almedina, 1965. p. 35.

¹⁴¹³ VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10. ed. Portugal, Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 38-40.

¹⁴¹⁴ MAY, Rollo. *A descoberta do ser*. 4. ed. Tradução: Cláudio G. Somogyi. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 25.

¹⁴¹⁵ BAQUERO, Victoriano. *Afetividade integrada libertadora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Loyola, 1992. p. 5.

do relacionamento social/familiar e consigo mesmo.

É por isso que a dogmática jurídica tem causado muitos problemas sociais, com a compreensão do texto do direito de família apenas em parte do mundo genético, já que a normatização não alcança a realidade da vida, a existencialidade, o evento, mas, como a pessoa não é e nem pode ser compreendida como uma coisa¹⁴¹⁶, ela está sendo transformada em vítima de arrombamento, sem violência, de seus modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

Para compreender o texto do direito de família, a interpretação não deve levar em conta o *ser-objeto*, a normatização do mundo genético, uma vez que há um mundo circundante em que é vislumbrado um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito sobre a Constituição do País¹⁴¹⁷ e a condição humana tridimensional. Nesse sentido, Gadamer¹⁴¹⁸ lembra que o intérprete, ao dirigir-se a um texto, não deve partir da opinião prévia que lhe é própria, “mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade”. É preciso despir-se dos pré-conceitos, da pré-compreensão do que é família, lei, decisão judicial ou um processo que desconstitui o vínculo genético, afetivo e ontológico, querendo dizer que os preconceitos que dominam o ser humano comprometem o seu verdadeiro reconhecimento do passado histórico¹⁴¹⁹.

Para suscitar os preconceitos deve ser acolhida a distância temporal, que é uma distância hermenêutica, lembra Gadamer¹⁴²⁰, já que “o tempo não é primeiramente um abismo que se deve ultrapassar porque separa e distancia”, mas é o fundamento que sustenta o acontecer, no qual se enraíza a compreensão atual, “como uma possibilidade positiva e produtiva da compreensão”. Além disso, o autor lembra que *quem quiser compreender um texto está disposto a deixar que ele diga alguma coisa*, pois são as coisas que se revelam ao humano, e não ele quem as indica¹⁴²¹. Em outros termos, a compreensão da família não

¹⁴¹⁶ OHLWEILER, Leonel. Administração pública e filosofia política contemporânea: algumas projeções do constitucionalismo comunitário. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 4, p. 266. 2006. O autor lembra que Martin Heidegger “chamava de o fascínio pela técnica, querer dispor das coisas do mundo da vida por meio da técnica”.

¹⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 229.

¹⁴¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t.1, p. 356.

¹⁴¹⁹ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Org.). *Hermenêutica filosófica. História e hermenêutica na obra de Hans-Georg Gadamer*. In: _____. *Hermenêutica e argumentação*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003. p.20.

¹⁴²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2004. p.79 e 80.

¹⁴²¹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes, Construir a constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os Mitläufers jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o Direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 81.

decorre da aplicação de um método de interpretação, devendo o intérprete deixar que o texto (Constituição do País, o ser humano, a família) lhe diga alguma coisa, à medida que negar a linguagem tridimensional é o mesmo que negar a existência humana.

Uma pausa deve repousar sobre a atual compreensão do texto do direito de família, para que não seja compreendido unicamente pela visão do intérprete, do legislador ou do julgador, mas deixar que o texto diga algo, empreendendo uma viagem hermenêutica-filosófica ao âmago do método fenomenológico, da circularidade hermenêutica, da tradição, da fusão de horizontes e da suspensão dos pré-conceitos. Isso porque há *preconceitos que cegam e aqueles que iluminam o ser humano*, impostos, inapelavelmente, ao ser lançado em um mundo já existente, com significados, valores, e abarrotado de conceitos prévios autênticos e inautênticos, cabendo ao ser humano identificá-los e purificá-los¹⁴²².

Aquele que não se conscientizar dos pré-conceitos puros e impuros “acaba se enganando sobre o que se revela sob sua luz”¹⁴²³, exigindo do intérprete uma conduta receptiva à alteridade do texto do direito de família, visto que um conceito prévio falso é uma pré-decisão, uma pré-compreensão, um pré-julgamento, que pode estar ocultando a verdade, causando, conseqüentemente, graves prejuízos à humanidade. Como compreender é um interpretar, uma forma explícita da compreensão, o problema da linguagem, que ocupava uma posição ocasional e marginal na dogmática jurídica, passa a ocupar, com a hermenêutica gadameriana, o centro da filosofia¹⁴²⁴, “representando não apenas um giro lingüístico, mas, sobretudo, um giro ontológico”¹⁴²⁵.

Isso quer dizer que o intérprete deve deixar que a linguagem da família lhe diga alguma coisa, porque “no es que unicamente nosotros conduzcamos la conversación, sino que también somos conducidos por ella”¹⁴²⁶. A linguagem familiar do texto da Constituição do País de 1988 é um acontecimento, um momento, um evento, um instante, um fenômeno, uma viragem, uma importância histórica para todo o povo brasileiro, a passagem de uma geração para outra, quando tudo ficou diferente, tudo mudou, tudo se transformou, tudo envelheceu,

¹⁴²² D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003. p. 476 e 414, lembrando a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.

¹⁴²³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. t. 1, p. 471.

¹⁴²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 406.

¹⁴²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2005. t. 1, v. 1, p. 108.

¹⁴²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Tradução: Luciano Elizaincín-Arrarás. Madrid: Trotta, 2004. p. 11.

mas, ao mesmo tempo, ficou novo, formou-se o poente e o nascente, o que antes foi, já não é, aparecendo algo novo, tornando tudo novo, uma nova linguagem da família, com o acolhimento da condição e dignidade humana tridimensional.

Não basta, porém, que o País esteja mergulhado em uma nova Era Constitucional, se a cultura jurídica continuar vivendo o novo com um velho arcabouço de preconceitos, à medida que essa nova Idade constitucional deve ser compreendida pelo estranhamento, pelo assombro, pela admiração, pelo desconcerto, pela perplexidade, pelo espanto, pela vinculação a um marco histórico de rompimento dos preconceitos do passado. Esse conceito diante do direito de família significa

que reconhecemos nossa ignorância e exatamente por isso podemos superá-la. Nós nos espantamos quando, por meio de nosso pensamento, tomamos distância do nosso mundo costumeiro, olhando-o como se nunca o tivéssemos visto antes, como se não tivéssemos tido família, amigos, professores, livros e outros meios de comunicação que nos tivessem dito o que o mundo é; como se estivéssemos acabando de nascer para o mundo e para nós mesmos e precisássemos perguntar o que é, por que é e como é o mundo, e precisássemos perguntar também o que somos, por que somos e como somos¹⁴²⁷.

O intérprete deve vincular-se ao texto do direito de família, assustando-se com a realidade, com o que ele encontra no mundo, que já é preposto, pré-lançado, motivando perguntas, porquanto, com o perguntar, o intérprete assume a condição de que nada sabe com relação ao mundo em que vive. A linguagem hermenêutica não permanece refém (como se dá com a dogmática jurídica) dos acasos do momento, porque vive da herança da tradição, como “solo comum do mundo comum em que nos situamos, o acervo garantido dos conhecimentos comuns dos quais vivemos”¹⁴²⁸, partindo do princípio de que “aquele que quer compreender está ligado ao que é transmitido e está em contacto ou estabelece contacto com a tradição, da qual brota o que é comunicado”¹⁴²⁹.

De acordo com a idéia gadameriana, “todo esse desacerto, assombro e incompatibilidade na compreensão convida sempre a avançar a um conhecimento mais

¹⁴²⁷ CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2004. p. 18.

¹⁴²⁸ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: _____; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 151.

¹⁴²⁹ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: _____; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 151.

profundo¹⁴³⁰, sugerindo o entrelaçamento entre o intérprete e o texto, fazendo com que a pré-compreensão do texto (do ser humano, da família) não seja efetivada unilateralmente pelo intérprete, pelo texto ou somente pelo caso concreto, mas, sim, pela fusão de horizontes entre o texto, o intérprete, a tradição histórica da vida familiar.

Com isso, Gadamer pretende dizer que a indagação ao texto (da família, do ser humano) propicia a compreensão da pergunta pela qual é interpelado o intérprete, mas, para perguntar, é preciso querer saber, confessar que não se sabe¹⁴³¹. Esse é talvez o maior problema do intérprete, do julgador e do legislador, à medida que lhes falta a humildade para admitir que não compreendem a linguagem tridimensional do texto do direito de família. Por isso, lembro da advertência gadameriana, de que “sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar¹⁴³²”, querendo dizer que “compreender significa primeiramente entender-se na coisa e, só em segundo lugar, apartar e compreender a opinião do outro como tal¹⁴³³”.

Há premente necessidade de o intérprete passar à condição de lenhador, de guardião, de desvelador, de descobridor dos caminhos do texto do direito de família, desterrando os velhos conceitos prévios, uma vez que, para perguntar, é preciso conhecer a coisa a ser pesquisada, discutida, examinada, compreendida/interpretada/aplicada. Com isso, a expressão gadameriana – sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar¹⁴³⁴ – serve justamente para evitar que os caminhos da floresta do direito de família não permaneçam sinuosos, preconceituosos, perdendo-se, subitamente, no não trilhado¹⁴³⁵. Com relação aos caminhos da floresta, Heidegger¹⁴³⁶ afirma o seguinte:

¹⁴³⁰ ROHDEN, Luiz. Hermenêutica e linguagem. In: ALMEIDA, Custódio; FLICKINGER, Hans-Georg; _____ (Org.), *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 164.

¹⁴³¹ ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. O ideal da Europa. *Revista Portuguesa de Filosofia*. Braga, v. 56, fase 3-4, p. 328, jul./dez. 2000.

¹⁴³² ROHDEN, Luiz. Ser que pode ser compreendido é linguagem. *Revista Portuguesa de Filosofia*. Braga, v. 56, fase 3-4, p. 544, jul./dez. 2000.

¹⁴³³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2004. p. 78.

¹⁴³⁴ ROHDEN, Luiz. Ser que pode ser compreendido é linguagem. *Revista Portuguesa de Filosofia*. Braga, v. 56, fase 3-4, p. 544, jul./dez. 2000.

¹⁴³⁵ STRECK, Lenio Luiz. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em *terra brasilis*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 4, n. 16, p.160-161, jan./mar. 2003. O autor refere que Heidegger assim se manifestou sobre a descoberta de caminhos: “Há que se *des-cobrir os caminhos* que podem nos levar para o *des-velamento* daquilo que tendencialmente encobrimos... Entretanto, há que se ter muito cuidado! Afinal, diz HEIDEGGER, no seu *Holzwege*: ‘Na floresta há caminhos que, no mais das vezes sinuosos, terminam perdendo-se, subitamente, no não trilhado. Chamam-se caminhos da floresta (*Holzwege*). Cada um segue separado, mas na mesma floresta (*Wald*). Parece, muitas vezes, que um é igual ao outro. Porém, apenas parece ser assim. Somente os lenhadores e os guardas-florestais conhecem os caminhos. Eles sabem o que significa estar metido num caminho da floresta”.

¹⁴³⁶ HEIDEGGER, Martin. *Caminhos da floresta*. Tradução: Irene Borges Duarte. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. ix.

A floresta não é, no sentido próprio, um mero arvoredo, que a mão do homem pudesse ter plantado. Não é um parque. É selva e mato, natureza em estado puro, selvagem. Os caminhos do mato, estreitos e sinuosos, mais que atravessá-los, levam quem o tenta fazer a descobri-lo como tal, embrenhando-se no seu interior sem saída. ‘Perder-se’ por esses caminhos é, pois, encontrar a floresta, encontrar-se nela.

Somente se o intérprete invadir os caminhos estreitos e sinuosos da floresta familiar e neles se perder é que poderá desvelar e encontrar o verdadeiro sentido do texto do direito de família, não tendo a mínima capacidade de colocar perguntas orientadoras se ele não tiver uma compreensão prévia, uma visão provisória, um juízo precoce, um pré-juízo, um experimentar a nós mesmos, um reconhecer “os fios condutores clandestinos, que dirigem nossa abordagem do mundo”, uma exposição “ao risco de ver-se surpreendido, sempre de novo, por obscuros impulsos e motivos orientadores de nossa postura, sem que se estivesse consciente disto de antemão”¹⁴³⁷.

Nesse sentido, Flickinger tem dito que o “compreender recusa qualquer postura subjetiva de domínio e, em consequência, de instrumentalização do mundo objetivo”, porquanto “toda compreensão se efetua na linguagem e na história, por nós de modo algum objetiváveis”¹⁴³⁸. Isso ocorre, conclui o autor, porque a hermenêutica filosófica gadameriana é “um curioso arrombamento, sem violência, da postura intelectual objetificadora de que somos herdeiros”¹⁴³⁹, um giro ontológico em direção ao que vem a ser o objeto da compreensão: *a linguagem*¹⁴⁴⁰.

A hermenêutica filosófica, segundo Leal, é efetivada por um sujeito histórico que parte de condições *espaciais*, temporalmente dadas, uma vez que “em todo o processo de compreensão se parte de pressupostos ou pré-juízos – no sentido etimológico de juízos prévios – que viabilizam e constituem certa memória cultural presente em teorias, mitos, tradições etc.”. Quer dizer, o intérprete que compreende “não parte do zero, mas, ao contrário, conta com toda uma história que lhe caracteriza e mesmo o define como sujeito”, evitando que suas opiniões prévias sejam arbitrárias, dirigindo-se ao texto a partir da opinião prévia

¹⁴³⁷ FLICKINGER, Hans-Georg. Hans-Georg Gadamer: uma abordagem hermenêutica das ciências do planejamento. In: HELFER, Inácio (Org.). *Pensadores alemães dos séculos XIX e XX*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000. p. 31-32.

¹⁴³⁸ FLICKINGER, Hans-Georg. Hans-Georg Gadamer: uma abordagem hermenêutica das ciências do planejamento. In: HELFER, Inácio (Org.). *Pensadores alemães dos séculos XIX e XX*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000. p. 31-32.

¹⁴³⁹ FLICKINGER, Hans-Georg. Hans-Georg Gadamer: uma abordagem hermenêutica das ciências do planejamento. In: HELFER, Inácio (Org.). *Pensadores alemães dos séculos XIX e XX*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000. p. 31 a 33.

¹⁴⁴⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999. p. 114.

que lhe subjaz, “mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade”¹⁴⁴¹.

Cultivando essa linguagem, o autor lembra que o ser humano se encontrará na arte de perguntar, que é continuar perguntando, de se colocar à prova, de pensar, na medida em que perguntar é a Arte de pensar e pensar é a Arte de perguntar, de um dizer-se, um surgir. Ao se dizer que em um texto do direito de família caberia uma pergunta, isso já é uma verdadeira pergunta, pelo que, nesse horizonte do perguntar, se alcança o sentido. Quer dizer, todo compreender de um texto é sempre algo mais que a mera reprodução de uma opinião alheia ou a repetição de algo passado, sendo participação num sentido presente¹⁴⁴², significando que é impossível a reprodução de sentido.

Essa experiência do intérprete de perguntar diante do antigo e ao atual é um confronto, um estranhamento, um choque hermenêutico, fazendo-o estranhar o que lhe era mais familiar e, ao mesmo tempo, o convoca a tornar conhecido o que lhe surge como estranho¹⁴⁴³. Com isso, ocorre o enfrentamento do novo ao antigo, dos preconceitos autênticos e inautênticos, que são incorporados pelo intérprete no decorrer da compreensão histórica da tradição familiar, os quais permanecem por algum tempo, às vezes sempre, após ter-se instalado um novo texto, em vista do paradigma genético dominante. A resistência ao acolhimento da família tridimensional é devido aos paradigmas da discriminação, da hierarquia, da família patriarcal, da violência, da compreensão apenas parcial (normatização) do mundo genético e da exclusão dos mundos afetivo e ontológico, promovidos há milênios pela cultura jurídica do Ocidente, cujo preconceito deverá ser quebrado mediante uma revolução científica¹⁴⁴⁴.

A visão fenomenológica e tridimensional do direito de família poderá ser compreendida por meio de uma teoria que não esteja mergulhada no Direito, como a

¹⁴⁴¹ LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999. p. 114-122.

¹⁴⁴² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 479-489 e 508.

¹⁴⁴³ ALMEIDA, Custódio Luís S. de. *Hermenêutica e dialética. Hegel na perspectiva de Gadamer*. In: _____; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz (Org.), *Hermenêutica filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 65. O autor, a esse respeito, diz o seguinte: “A distância é o fio condutor que liga horizontes distintos e torna possível a fusão deles, através de um processo dialógico. Gadamer nos diz que a experiência do *choque* hermenêutico, que acontece quando um intérprete se vê diante da alteridade da distância – algo estranho a seu horizonte de sentido, com perspectivas diferentes – faz com que ele ponha em questão seus *pré-juízos*, levando-o assim a descobrir-se marcado por um determinado horizonte histórico. O *choque* hermenêutico faz o intérprete *estranhar* o que lhe era mais *familiar* e, ao mesmo tempo, o convoca a tornar familiar o que lhe surge como estranho. Por isso, a receptividade de um texto diferente exige *disposição* e *abertura* do intérprete, sem lhe pedir neutralidade, pois o que ocorre a partir da receptividade é a tomada de consciência de suas opiniões prévias e de seus *pré-juízos*, provocando a revisão do projeto inicial de interpretação e a aproximação da *coisa mesma*, pois ‘são os *pré-juízos* não percebidos que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição’”.

¹⁴⁴⁴ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p.122 e 116.

hermenêutica filosófica, que é uma teoria filosófica *no* Direito, com linguagem universal, mediante a compreensão do método fenomenológico universal, a suspensão dos preconceitos, a fusão de horizontes, o círculo hermenêutico e a tradição histórica. Com a filosofia, é possível promover uma abertura, uma clareira, na Constituição do Brasil, como alerta Streck¹⁴⁴⁵, para des-ocultar os caminhos, à medida que é na abertura da floresta jurídica, “no aberto para tudo que se apresenta e ausenta, é que se possibilitará que a Constituição se mostre como ela mesma, que se revele e se mostre em si mesma, enquanto fenômeno”¹⁴⁴⁶.

A Constituição precisa triunfar sobre o antigo, sobre os preconceitos e a tradição, e por ser uma revolução científica ela deve se afirmar contra o passado familiar, abolindo a discriminação, a hierarquização, a violência e a desigualdade. A Constituição do País poderá ser desvelada, desocultada, descoberta se o intérprete estiver munido de preconceitos puros, e não dos pré-juízos inautênticos da violência familiar, pelo que concordo com Gabriel García Márquez¹⁴⁴⁷, quando afirma o seguinte, em sua “Crônica de uma morte anunciada”: *Dai-me um preconceito e moverei o mundo*, pelo que, parafraseando o autor, com preconceitos puros move-se o direito de família em direção ao verdadeiro sentido da tridimensionalidade humana.

A função da *Constituição do País é constituir*, sentencia Streck, pois contempla os princípios e os direitos fundamentais e sociais, iluminando e desvelando a interpretação da legislação (infra)constitucional, sendo no plano da ciência jurídica e na compreensão histórica da tradição que se localizam “as normas atualmente vigentes e as formas de pensamento jurídico comumente reconhecidas, mediante o trabalho precedente de muitas gerações de juristas”, no qual se inclui “tudo o que se faz no campo jurídico (doutrina, decisões judiciais,

¹⁴⁴⁵ STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 94-96, anotando o seguinte sobre o que significa clareira: “O espaço de onde emerge o ser-aí – e onde se revela o ente – é o mundo: o desvelamento, a clareira, o acontecimento-a-propriação (Ereignis), ou o ser. Isto é experimentado pela compreensão radical da diferença ontológica. O ser – que assim é experimentado por Heidegger – surge da superação e radicalização da subjetividade e da postura transcendental. Este ser não pode ser mais entendido como determinação do ente. Pelo contrário, todo o ente é compreendido enquanto emerge do âmbito deste ser. O ser, para Heidegger, é aquele espaço, abertura ou clareira, em que acontece qualquer ente. Ele se abre como tempo (...). Primeiro era necessário superar a ontologia objetivística, mediante a fenomenologia transcendental, colocando a problemática do ser a partir do homem. Não sendo isso suficiente, era preciso dar o segundo passo: além de Heidegger realizar a ontologia fundamental, enquanto analítica existencial, ele teria que realizar a ontologia fundamental, enquanto elaboração do sentido do ser. Foi isso possível pelas vias fenomenológicas? O terceiro passo, dado pelo segundo Heidegger, permitiria suspeitar a resposta: o sentido do ser seria a própria clareira, o mundo, o desvelamento. A fenomenologia (desaparecida como expressão) se resumiria no papel de vigiar a diferença ontológica e, nela, o acontecer de velamento e desvelamento, que seriam as duas faces do ser”.

¹⁴⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 287.

¹⁴⁴⁷ MÁRQUES, Gabriel García. *Crônica de uma morte anunciada*. Tradução: Remy Gorga Filho. 33. ed. São Paulo: Record, 2005. p. 148.

pareceres, etc.)¹⁴⁴⁸. Por isso, a importância do questionamento, do diálogo, do confronto, com o novo direito de família inserido no texto constitucional, para que um novo texto, uma nova família, um novo ser humano “venha à luz pela mediação do antigo, constituindo-se, assim, um processo de comunicação, cuja estrutura corresponde a um modelo de diálogo”¹⁴⁴⁹.

A lei, a jurisprudência, o caso precedente, a doutrina, a súmula, o enunciado, o verbete, a fala da autoridade, o oráculo jurídico, são paradigmas da dogmática jurídica. Pela hermenêutica filosófica, eles serão partes integrantes da fusão de horizontes (entre o intérprete, o texto, a tradição), o círculo hermenêutico (do todo à parte e da parte ao todo) e do reexame dos preconceitos herdados, automaticamente, da tradição, que são os pontos de partida para toda a compreensão¹⁴⁵⁰, os quais não podem ser totalmente erradicados da história humana¹⁴⁵¹.

Fingir não ter preconceitos já é outro preconceito, o da neutralidade¹⁴⁵², o mais grave de todos os preconceitos, na medida em que, nas palavras de Heidegger, a pessoa e o essencial das coisas tendem para o disfarce ou estão efetivamente encobertos, havendo o que ele denomina de *o primado para o encobrimento*. Significa que ideologia, interesse, repressão, alienação, reificação, são modos de totalização que comandam nossas teorias sobre o texto, o ser humano, a história¹⁴⁵³, a família. Nessa espiral hermenêutica encontra-se inserida a mensagem gadameriana, de que quem quiser compreender um texto está disposto a deixar que ele diga alguma coisa, pelo que, parafraseando o autor de Marburgo, quem quiser compreender o significado da família tridimensional deve estar disposto a deixar que ela lhe diga alguma coisa, dentro dos limites (de)limitados pela Constituição do País.

A compreensão que se extrai da leitura do texto do direito de família não é uma verdade única, sagrada, eterna, como pretende a dogmática jurídica. Na visão gadameriana, em cada nova leitura extrai-se um novo texto (um novo ser humano, uma nova família), sendo comum descobrir que a obra, conhecida de várias leituras anteriores, ainda surpreende com

¹⁴⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 274.

¹⁴⁴⁹ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Org.). *Hermenêutica filosófica. História e hermenêutica na obra de Hans-Georg Gadamer*. In: _____. *Hermenêutica e argumentação*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003. p. 21.

¹⁴⁵⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 22. (nota de rodapé).

¹⁴⁵¹ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio Luís S. de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz (Org.), *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 183. O autor esclarece que “a hermenêutica filosófica afirma que não é possível a erradicação total de todos os ‘pré-juízos’, como foi a pretensão da Ilustração”.

¹⁴⁵² D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 414. (Coleção idéias).

¹⁴⁵³ STEIN, Ermildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 69.

conhecimentos que não haviam sido percebidos¹⁴⁵⁴. Por isso, o texto do direito de família deve ser lido de tal forma que haja um entrelaçamento entre o intérprete e a questão jurídica (a coisa mesma), na busca da compreensão da linguagem biológica, (des)afetiva e ontológica, para que possam ser arredadas a expectativa, a curiosidade, a (in)diferença, a afobação, a inquietação, a intolerância, a alteridade, examinando-as mediante o afastamento dos preconceitos autênticos e inautênticos do passado, inicializando um novo diálogo, um vir-à-fala, com perguntas e respostas sobre aquilo que se está procurando no exame da coisa mesma.

O giro lingüístico da hermenêutica filosófica é o (re)aparecimento dos fenômenos à luz do sentido próprio da vida¹⁴⁵⁵, uma vez que ninguém escapa da história, que é a proveniência do ser humano, que também é o presente, que sempre produz efeitos nos fenômenos da convivência, significando que a história é um conjunto de acontecimentos e influências que atravessa passado, presente e futuro¹⁴⁵⁶. A compreensão do direito de família não se exaure na normatização da genética, mas em cada evento dos modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, mediado pela jurisdição constitucional, já que “não existe seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos”¹⁴⁵⁷.

Estar junto significa estar junto no mesmo mundo¹⁴⁵⁸, e conhecer quer dizer “um dos modos de ser, fundados na estrutura permanente do ser-no-mundo”¹⁴⁵⁹, sendo a compreensão da família um estar junto, um conhecer, um palavrear, um diálogo, porquanto é da condição da família estar junto, conhecer-se, ouvir e ser ouvido, mergulhando na mesma linguagem. Na montanha da vida, afirma Gadamer, é preciso saber que “es necesario escuchar y que se puede hacer comprender algo sólo a quien es capaz de escuchar”, acrescentando que Aristóteles “tiene razón cuando sostiene que lo que distingue al hombre de los animales es el lenguaje”, isso porque “el lenguaje no es proposición y juicio, sino que únicamente es si es respuesta y pregunta”, é estar no caminho comum com os Outros.

Uma passagem de Heidegger é lembrada por Gadamer, de que o ser humano ‘es

¹⁴⁵⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 296.

¹⁴⁵⁵ CANCELLO, Luiz A. G. *O fio das palavras*. 4. ed. São Paulo: Summus, 1991. p. 83.

¹⁴⁵⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. v. 2, p. 183-184.

¹⁴⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 631.

¹⁴⁵⁸ MAY, Rollo. *A Descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. Tradução: Cláudio G. Somogyi. 4. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 129.

¹⁴⁵⁹ DOWELL, João A. Mac. *A Gênese da ontologia fundamental de M. Heidegger*. São Paulo: Loyola, 1993. p. 193.

weltet’, porque ele tem e faz mundo. Isso significa que “quien escucha al otro, escucha siempre a alguien que tiene su propio horizonte”, fazendo com que nessa escuta ao outro “se abre el verdadero camino en el que se forma la solidaridad”. Essa forma de Gadamer visualizar a solidariedade, que habita em cada ser humano pelo fato de escutar, permite que cada humano “aprenda a salvar las distancias y a superar los antagonismos entre nosotros”¹⁴⁶⁰. Todavia, é preciso lembrar o pensamento heideggeriano, no sentido de que “somente quem já compreendeu é que poderá escutar”¹⁴⁶¹.

Em outra oportunidade, Gadamer, ao estudar os mistérios da saúde, referiu que “o paciente é uma pessoa, e não um ‘caso’”¹⁴⁶². Por isso, o ser humano deve ser compreendido não como *um caso, um paciente, uma parte de um processo*, isto é, quando da compreensão do texto do direito de família, não estão em jogo “casos”, “partes”, à medida que esses “casos”, esses “demandantes e demandados”, *são pessoas, são humanos, e não meros seres vivos*. Por isso, o intérprete não deve aplicar, simplesmente, a súmula, a doutrina, a lei, a jurisprudência, o enunciado, mas também, como refere Gadamer, levar a cabo, “na práxis vital de cada um, aquilo que existe, e não o que gostaríamos que existisse”¹⁴⁶³.

Muito ainda precisa ser dito acerca do texto do direito de família, da necessidade de conversação, de escutar e ser escutado, do círculo hermenêutico, da fusão de horizontes, da tradição histórica, da herança dos preconceitos puros e impuros e dos modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. Por enquanto, (re)lembro o diálogo gadameriano¹⁴⁶⁴, no sentido de que o hermeneuta que não tiver vários horizontes terá uma visão reduzida, delimitada, obstruída, compreendendo demasiadamente o que está próximo em detrimento do que está à distância, ou desvalorizando o que está distante em detrimento do que está próximo, motivo pelo qual renovo a mensagem gadameriana, de que quem quiser compreender o texto do direito de família deixe que esse evento lhe diga alguma coisa.

Por isso, Gadamer diz que ter horizonte é valorizar de forma equânime o que está perto e o que está longe, o que é novo e antigo, a parte e o todo, a fração e o inteiro,

¹⁴⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. La diversidad de las lenguas y la comprensión del mundo. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Paidós Ibérica, Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1997. p. 120-121.

¹⁴⁶¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo I*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 223.

¹⁴⁶² GADAMER, Hans-Georg. *O mistério da saúde: o cuidado da saúde e a arte da medicina*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1993. p. 99.

¹⁴⁶³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 269-270.

¹⁴⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 400 e 403.

aprendendo “a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele, mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos”, mediante a linguagem do diálogo, em que o horizonte é propagado, enriquecido, nascendo a cada leitura uma nova compreensão do direito de família.

Concluo a pesquisa com o mesmo argumento apresentado por Hans-Georg Gadamer, quando, nos termos finais de sua obra *Verdade e Método*¹⁴⁶⁵, disse o seguinte: “Seria um mau hermeneuta aquele que imaginasse poder ou dever ter a última palavra”, tendo em vista que a história está em curso, pelo que o ser humano nunca compreenderá, nem mesmo por meio da linguagem universal da hermenêutica filosófica, a totalidade dos acontecimentos do passado, do presente e do futuro da tridimensionalidade humana, que estão sempre presentes e diferentes em todos os eventos da vida, significando que, “quando faltam o tempo e a tradição, falta-nos a chave da compreensão!”¹⁴⁶⁶.

Pela linguagem gadameriana, não existe a primeira, a segunda e nem a última palavra, e sim o poder falar, só existe ‘a’ palavra¹⁴⁶⁷, pelo que o intérprete não parte de um grau zero, um ponto neutro de compreensão ou de atribuição de sentido, à medida que “a linguagem, como a história, possuem um ‘peso’, uma força que nos conduz ou arrasta”¹⁴⁶⁸. Quer dizer, cada leitura da família é uma nova compreensão da família, já que não há textos sem normas, nem normas sem fatos, nem interpretação sem relação social, sendo no caso em concreto, na coisa mesma, na aplicação do texto, que se dará o acontecer do sentido, que é único e irrepetível¹⁴⁶⁹.

Esse pensamento vem ao encontro do que disse Heráclito, há milhares de anos, de que “é impossível banhar-se duas vezes na mesma água do rio”¹⁴⁷⁰, querendo dizer que “aqueles que descem aos mesmos rios recebem águas sempre novas”¹⁴⁷¹, motivo pelo qual os instantes da genética, da afetividade e da ontologia precisam ser compreendidos pelo sentido da realidade do mundo, em cada caso, porque a hermenêutica é infinita, e o sentido da obra, inesgotável, não parando “de enriquecer ao longo das suas interpretações, alimentando

¹⁴⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 544.

¹⁴⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 206.

¹⁴⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 14.

¹⁴⁶⁸ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e Linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio; FLICKINGER, Hans-Georg; _____ (Org.), *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 151 e seguintes.

¹⁴⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 180.

¹⁴⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica) e estado democrático de direito: uma análise crítica*. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo, 1999. p. 105.

¹⁴⁷¹ BRUN, Jean. *Os pré-Socráticos*. Tradução: Armindo Rodrigues. Lisboa: Edições 70. p. 45-47.

leituras sempre novas”, tendo em vista que “não há *ciência do sentido*. O sentido não é objectivável: ele é um *acontecimento*, que tem lugar na ocasião da prática hermenêutica. Não se compreende *melhor*, mas apenas *de outra forma*”¹⁴⁷².

Tudo isso é efetivado por meio da linguagem, visto que o ser humano se compreende quando compreende a linguagem, compreendendo algo como algo, a família como família, o texto como texto, que se manifestam na linguagem, no diálogo, na palavra, em que as coisas chegam a ser e são¹⁴⁷³. Com isso, renova-se a abertura dos sentidos de cada evento, incorporando os pré-conceitos, acolhendo o Direito em sua historicidade, em seu tempo, e não em uma odisséia procedimental e metodológica.

Essa compreensão do direito de família não será efetivada à margem da Constituição do País, em que não basta compreender as regras, mas, sobretudo, os princípios, na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo, nem mesmo pela linguagem, sempre sobrando algo por ser dito. O princípio pode desnudar a capa de sentido imposta pela lei, que esconde a condição humana tridimensional, pois, enquanto a regra abre, o princípio fecha a compreensão do texto. Isso quer dizer que a lei não prevalece diante do princípio, sob pena de o intérprete incidir em contradição, porque a regra se funda com base em um princípio, não podendo sobrepor-se à sua principiologia, sob pena de haver um retorno ao positivismo¹⁴⁷⁴.

Isso explica as ponderações de Rollo May, de que a ontologia serve para afastar o totalitarismo da razão, apontando a “fenda entre o que é *abstratamente verdadeiro* e o que é *existencialmente real*”. O autor lembra que o esquecimento do mundo afetivo (*Mitwelt*) faz com que o ser humano conviva no mundo instintivo (*Umwelt*), e que o afastamento do mundo ontológico (*Eigenwelt*) “contribui não somente para uma aridez intelectual e perda da vitalidade, como, também, obviamente, tem muito a ver com o fato de que as pessoas modernas sejam propensas à perda do senso de realidade em suas experiências”¹⁴⁷⁵.

O acolhimento da hermenêutica filosófica - uma teoria filosófica *no* Direito - permite ao intérprete acolher a jurisdição constitucional a partir do mundo real de sua vivência, produzindo o Direito com vinculação social, acolhendo, na práxis vital de cada ser humano, o que nele existe, e não o que gostaria que existisse. Tudo isso a ser efetivado por meio da linguagem, para descerrar o véu que encobre a tridimensionalidade no direito de família e os

¹⁴⁷² HOTTOIS, Gilberto. *História da filosofia*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2002. p. 346-7.

¹⁴⁷³ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969. p. 44.

¹⁴⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.266 e 102.

¹⁴⁷⁵ MAY, Rollo. *A Descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. Tradução: Cláudio G. Somogyi. 4. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 142.

limites da jurisdição constitucional.

Isso quer dizer que o texto do direito de família remete fortemente contra o ocultamento, a aproximação, a normatização humana e o afastamento do tempo, visto que os sentidos da tridimensionalidade humana são temporais, existenciais, não podendo ser compreendidos e apreendidos em sua totalidade, porque sempre fica algo de fora, o inacessível, o não-dito.

Na hermenêutica filosófica não há como fugir das heranças da tradição, que suspende os preconceitos, e da incidência do tempo, o tempo de todos os tempos¹⁴⁷⁶, que demarcam as diferenças entre os modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, em que o direito não é separado da sociedade, da realidade da vida, motivando a compreensão, a existência, pela vinculação social. É por isso que somente é possível falar sobre aquilo que o intérprete consegue compreender.

Assim, a tese tem a pretensão de trazer apenas uma mensagem, um anúncio da fenomenologia e da tridimensionalidade, e não de interpretar o texto do direito de família, para que haja uma experiência hermenêutica, a qual, segundo Gadamer, “no es algo que podemos planear y controlar en un laboratorio, sino que nos sucede, nos derrumba y obliga a pensar de otro modo”¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. *Heráclito*. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 96-97. Nas pp. 74 e 75, o autor esclarece que a palavra “é” é uma derivação da palavra “ser”, e ser “é a palavra de todas as palavras”, e “como a palavra de todas as palavras, a palavra ser é, portanto, propriamente, a palavra-originária-do-tempo. Como palavra de todas as palavras, ser, esta palavra-do-tempo nomeia ‘o tempo de todos os tempos’. Ser e tempo pertencem um ao outro de maneira originária”.

¹⁴⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Diferença (ontológica) entre texto e norma*: afastando o fantasma do relativismo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situações e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, 2004.

ADORNO, Theodor W. Mensagem numa garrafa. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ALBUQUERQUE, Antônio Augusto. Reportagem. *Correio do Povo*, Porto Alegre, 12 nov. 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutcinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ALMEIDA, Custódio Luís S. de. Hermenêutica e dialética. Hegel na perspectiva de Gadamer. In: _____; FLICKINGER, Hans-georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (Coleção filosofia, 117).

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Estado brasileiro contemporâneo*. Texto elaborado em dezembro de 1999. Disponível em: <www.jus.uol.com.br>.

ALMEIDA JÚNIOR, A. *Paternidade: aspectos biopsicológico, jurídico e social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1940.

ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Prova do DNA: uma evidência absoluta? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 2, jul./set. 1999.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Exame de DNA, Filiação e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. (Grandes temas da atualidade).

ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. Cidadania(s), identidade(s) e integração social: reflexões sobre os modelos contratualista, naturalista e comunitarista da cidadania. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 30, set. 2001. 1 CD-ROM.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR. Dalmir (Org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Tradução: Dalmir Lopes Júnior et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AMAR, Ayush Morad. *Investigação de paternidade e maternidade do ABO ao DNA*. São Paulo: Cone, 1991.

AMARAL, José Amir do. Investigação de paternidade. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 63, p. 219, mar. 1995.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir, GENTILI, Pablo A. A. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A reconstrução do conceito liberal de cidadania: da cidadania moldada pela democracia à cidadania moldando a democracia. In: CAMPUZANO, Afonso de Julios et al.; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O Poder das Metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Violência contra a mulher e controle penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC, Florianópolis*, 1998. v. 1, p. 207. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 34, 2003. 1 CD-ROM.

ANTONIUK, Elisete. Clonagem Humana. Porto Alegre: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 10. p.7-9, 2001.

ANTUNES, Tatiana de Souza Araújo. Clonagem Humana: uma afronta aos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Org.). *Direito ao extremo: coletânea de estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARANTES, Valéria Amorim. *Afetividade e cognição: rompendo a dicotomia na educação*. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur23/valeria.htm>>. Acesso em: 26 nov. 2004.

ARANTES, Valéria Amorin (Org.). *Afetividade na escola*. São Paulo: Summus, 2003.

ARAÚJO, Evaldo Altino de. *Contribuição à investigação da paternidade ilegítima*. Dissertação (Concurso para a cátedra de Medicina Legal) -- Faculdade de Direito. Universidade de Recife, 1959.

ARAÚJO, Maria de Fátima. Amor, casamento e sexualidade. *Revista de Psicologia, Ciência e Profissão*, Brasília, ano 22, n. 2, 2002.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Tradução: Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. São Paulo: Renovar, 1999.

_____ et al. (Dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução: Patrice Charles; F. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean; FARINAS DULCE, Maria José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARRUDA, José Acácio; PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ASIMOV, Isaac. *O código genético*. São Paulo: Cultrix, 1962.

AURVALLE, Luís Alberto D'Azevedo. A evolução do direito de família. *Seleções Jurídicas*, mar./abr. 1998.

ÁVILA, Fernando Bastos de. *Introdução à sociologia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1996.

AXT, Gunter. *O Ministério Público no Rio Grande do Sul: evolução histórica*. Porto Alegre, Procuradoria-Geral de Justiça, 2001. (Projeto Memória).

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União entre pessoas do mesmo sexo. Direito de família: a família na travessia do milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BAGATINI, Idemir Luiz, *O consumidor brasileiro e o acesso à cidadania*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

BALLONE, GJ. *Afetividade*. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/cursos/afet.html>>. Acesso em: 26 out. 2004.

BAQUERO, Victoriano. *Afetividade integrada libertadora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Loyola, 1992.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A prova genética e os direitos humanos: aspectos civis e constitucionais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. (Grandes temas da atualidade).

BARBOSA, Águida Arruda. Para todos. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, ano 4, n. 26, maio/jun. 2004.

BARBOSA, Florentino. *A família, sua origem e evolução*. Petrópolis: Vozes, 1948.

BARRETO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, ano 23, v. 23, 2001.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BARROS, Fabrício Silveira. O interesse superior da criança como paradigma da filiação sócio-afetiva. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (Org.). *O direito de família descobrindo novos caminhos*. Canoas: Ed. La Salle, 2001.

BARROS, Fernanda Otoni de. Um pai digno de ser amado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARROS, Sérgio Resende. A Constituição e o afeto. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, nov./dez. 2005.

_____. Direitos humanos da família: Dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. Resenha do prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

BERNARDES, Márcio de Souza. *A compreensão do direito nas matrizes neopositivistas e pragmático-sistêmica*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5624>>. Acesso em: 11 set. 2005.

BESTER, Gisela Maria. Direito, democracia representativa e caráter masculino da cidadania. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 30, set. 2001.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamento*. Tradução: Padre Antônio Pereira de Figueiredo. [S.l.]: Difusão Cultural do Livro, [19--]. Gênesis: 2:7, 18, 21, 22; 3: 16 e 17; 38:8; 25: 5 e 6; 16:2 e 15; 21: 3, 9 e 10; 30:3, 22, 23 e 24; Êxodo: 20: 14; Levítico: 6: 8, 9 e 13; 12: 2 - 5, Dos casamentos ilícitos: 18: 6 até 18; Uniões abomináveis: 18:22; Deuteronômio: 21:15; 22:22; 24: 1, 2 e 4; 22:20 e 21; 21:18 e 21; Números: 27:4 a 9; 6 - 8, 11 e 12.

BIGNOTTO, Newton. Tolerância e diferença. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Clonagem: fenômeno e disciplina jurídica. *Jornal da Síntese*, [S.l.]: n. 13, mar. 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal: parte geral*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. São Paulo: Leud, 1975.

BLANC, Mafalda de Faria. *Introdução à ontologia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. (Coleção pensamento e filosofia).

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

_____. *O positivismo jurídico*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Thomas Hobbes*. Tradução: Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOFF, Leonardo. *Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000.

BONAMIGO, Rita Inês Hofer. *Cidadania: considerações e possibilidades*. Porto Alegre: Dacasa, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Prefácio da obra “*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*”, de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORÓN, Atilio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BRAGA, Renata. Por um estatuto jurídico do embrião humano. In: SILVA, Reinaldo Pereira; AZEVEDO, Jackson Chaves de (Coord.). *Direitos de família, uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 1999.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BRAGATO, Fernanda. Verbete Individualismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRANDÃO, Adelino. *Iniciação à sociologia do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (Org.). As novas orientações do direito de família. In: _____ (Org.). *O direito de família descobrindo novos caminhos*. Canoas: Ed. La Salle, 2001.

_____. Casamento desfeito, transitoriedade e recomposição familiar. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de (Org.). *Casamento, uma escuta além do judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006.

_____. Nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 14, jul./dez. 2000.

_____. Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. São Leopoldo: *Anuário da UNISINOS*, 2000 e *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 78, jul. , 2000.

_____. A bioética e os progressos científicos da medicina moderna: quais os limites de segurança. *Anuário da Unisinos de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, 1999.

_____. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 31, n. 83, set./dez. 1998.

BRUM, Argemiro J. *O desenvolvimento econômico brasileiro*. 20. ed. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 1999.

BRUN, Jean. *Os Pré-Socráticos*. Tradução: Armindo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, [19--].

BRUNET, Karina Schuch. Engenharia genética: implicações éticas e jurídicas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 274, set. 2000.

BUSANELLO, Eduardo Sávio. Decisão proferida no processo de investigação de paternidade nº 11.110, da Comarca de IJUÍ-RS.

BUZZI, Arcângelo R. *Introdução ao pensar*. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Divórcio e separação*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. t. 1.

_____. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANCELLO, Luiz A. G. *O fio das palavras*. 4. ed. São Paulo: Summus, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2000.

_____. *Brançosos e interconstitucionalidade*. Coimbra, Portugal: Ed. Almedina, 2006.

_____. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYAN, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: Repensando o direito de família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO NETTO, Monelick de. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. (2ª Parte, Mesa redonda - 22/02/2002 - Fazenda Cainã).

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM; Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). *Sociedade e Estado em transformação*. Tradução: Noêmia Espíndola. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

_____. *A Sociedade em rede*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Repensando a indivisibilidade da hipoteca. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 276, nov. 2000.

CATTANI, Aloysio Raphael et al. O nome e a investigação de paternidade: uma nova proposta interdisciplinar. In: NAZARETH, Eliana Riberti et al. (Coord.). *Direito de família e ciências humanas*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. (Caderno de Estudos, 2).

CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto: os domínios do homem*. São Paulo, 2002. v. 2.

_____. *As encruzilhadas do labirinto*. Tradução: Regina Vasconcelos. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 4.

CHALITA, Gabriel. *Pedagogia do amor*. São Paulo: Gente, 2003.

CHASIN, Ibaney. *O canto dos afetos*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

CHÂTELET, François. *Uma história da razão: entrevista com Émile Noël*. Tradução: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *Histórias das idéias políticas*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Afiliada, 2004.

CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução: Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituição de direito processual civil*. 2. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução: Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2000. v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CLOTET, Joaquim, *Bioética como ética aplicada e genética*. Disponível em: <<http://200.239.45.3/cfm/espelho/revista/bio2v5/bioeticaaplicada.html>>. Acesso: 9 jun. 1999.

COBRA, Rubem Q. *Martin Heidegger*. Disponível em: <<http://www.cobra.pages.nom.br/fc-heidegger.html>>. Acesso em: 20 dez. 2001.

_____. Immanuel Kant. *Página de filosofia moderna*, Geocities, 1997.

COELHO, Edmundo Campos. *As profissões liberais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro - 1822 a 1930*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de derecho constitucional*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. Apresentação da obra de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. Ijuí: Ed. Unijuí, 1999.

COSTA, Demian Diniz da. Reconhecimento jurídico e situação fática das famílias monoparentais no Brasil. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (Org). *O direito de família descobrindo novos caminhos*. Canoas: Ed. La Salle, 2001.

COSTA, Dilvanir José da. *Curso de hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

COSTA, Jean Carlo de Carvalho. Hans-Georg Gadamer: notas introdutórias à hermenêutica filosófica contemporânea. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v.14, n. 5, 2004.

COSTA, Maria Luiza Andreozzi da. *Piaget e a intervenção psicopedagógica*. São Paulo: Olho d'Água, 1997.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade antiga*. 4. ed. Tradução: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. Responsabilidade civil dos conviventes. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Direito e globalização. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 23. ed. Rio de Janeiro: Saraiva. v. 1.

DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DE MARCO, Anelise. Os princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação da teoria dos sistemas. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Autopoiese e constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*. Passo Fundo: UPF, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Souza, Ivone M. C. Coelho de. Separação litigiosa, na 'esquina' do direito com a psicanálise. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, ano 26, n. 76, dez. 1999.

DIAS, Maria Berenice. *Amor proibido*. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br>.

_____. *Convivendo com a diversidade*. Disponível em: <www.intranet.mp.rs.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2006.

_____. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Incesto: um pacto de silêncio. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, nov./dez. 2005.

_____. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. União homossexual, aspectos sociais e jurídicos. *Juris Plenum*, Caxias do Sul: Plenum, 1 CD-ROM.

_____. Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 1, abr./jun. 1999.

DINIS, Joaquim José de Souza. Filiação resultante da fecundação artificial humana. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

DINIZ, Maria Helena. Direito de família. In: _____. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

_____. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DORIA, Anna Rossi. Representar um corpo. Individualidade e 'alma coletiva' nas lutas pelo sufrágio. In: BONACCHI, Gabriella; GROPP, Angela (Coord.). *O Dilema da cidadania, direitos e deveres das mulheres*. São Paulo: Ed. Unesp, 1994.

DÓRIA, Antonio de Sampaio. As nações unidas e os direitos do homem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 797, maio 2001.

DOTTI, René Ariel. O exame de DNA e as garantias do acusado. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DOURADO, Ione Collado Pacheco; PRANDINI, Regina Célia Almeida Rego. *Henri Wallon: psicologia e educação*. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/doc>>. Acesso em: 26 out. 2004.

DOWELL, João A. Mac. *A gênese da ontologia fundamental de M. Heidegger*. São Paulo: Loyola, 1993.

DUBOIS, Christian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

DUBY, Georges. *Idade média, idade dos homens: do amor e outros ensaios*. Tradução: Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

DUQUE, João. Gadamer e a teologia. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 56, fase 3-4, jul./dez. 2000.

DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Verbete GADAMER, Hans-Georg. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DURKHEIM, Émile. *Sociologia e filosofia*. Tradução: Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2004.

ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução: Leandro Konder. 14. ed. Rio de Janeiro: BCD União de Editoras, 1997.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução: J. Baptista Machadi. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes, Construir a constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os Mitläufers jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. A Tríplice Paternidade dos Filhos Imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 2.

_____. As crises como elementos de ruptura dos vínculos conjugais. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de (Org.). *Casamento, uma escuta além do judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006.

_____. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Sobre a videoconferência realizada com o Profº. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). São Paulo: Renovar, 2005. (2ª Parte, Mesa redonda – 22/02/2002 – Fazenda Cainã).

_____. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Sujeito, poder e direito na contemporânea principiologia axiológica civil-constitucional. In: *Direito e poder. estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. São Paulo: Ed. Manoel, 2005.

_____. Da casa privada à ágora: reflexão sobre a metáfora do estatuto jurídico conceitual da violência familiar no tempo proprietário. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 49, n. 284, jun. 2001.

FARIA, José Eduardo .*O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de permanecer casado. *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre, n. 18, jun./jul. 2003.

FARIAS, Paulo José Leite. *A manipulação do patrimônio genético do contexto do ordenamento jurídico vigente*. Disponível em: <www.jus.com.br.>, confirmado pelo autor por e-mail, em 02.05.01.

_____. *Invalidez do negócio jurídico de comercialização de células germinativas humanas*. Disponível em: <www.jus.com.br.>, elaborado em dezembro de 1999, confirmado pelo autor por e-mail, em 02.05.01.

FARRULA Junior, Leônidas Filippone. *O Novo Código Civil: do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

FELDSTEIN, Richard; FINK, Bruce; JAANUS, Maire (Org.). *Para ler o Seminário 11 de Lacan*. Tradução: Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

FERNANDES, Tycho Brahe. O exame de DNA na prova criminal. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. 4.ed. Tradução: Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2000.

_____. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel de (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Paris: Trotta, 2005.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FIDA, Orlando; ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Investigação de paternidade*. São Paulo: Universitária de Direito, 1996.

FERREIRA, Patrícia Vasconcellos Pires. *Afetividade e cognição*. Disponível em: <<http://www.psicopedagogia.com.br/artigos/artigo.asp?entrID=404>>. Acesso em: 29 nov. 2004.

FERREIRA, Verônica A. da Motta Cezar. A culpa nas separações conjugais, vista sob uma ótica psico-jurídica. In: CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE PSICOLOGIA JURÍDICA, 3., 2000, São Paulo. *Anais...* São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2000.

FILIPPI, Rejane. Recasamentos. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de (Org.). *Casamento, uma escuta além do judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006.

FLICKINGER, Hans-Georg. Hans-Georg Gadamer: uma abordagem hermenêutica das ciências do planejamento. In: HELFER, Inácio (Org.). *Pensadores alemães dos séculos XIX e XX*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

FONSECA, Claudia. O Casamento Revisitado: afetos em diálogo com a lei. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de (Org.). *Casamento, uma escuta além do judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006.

FRAGA, Gustavo de. *Sobre Heidegger*. Coimbra: Livraria Almedina, 1965.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Código civil de 2002: o que há de novo?* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

FRANTZ, Nilo. *Palestra constante do livro da Escola Superior de Advocacia*. Porto Alegre: OAB/RS, 2000.

FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 26, n. 76, dez. 1999.

_____. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 221, mar.1996.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal*. 49. ed. São Paulo: Global, 2004.

FROMM, Erich. *A arte de amar*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CHALITA, Gabriel. *Educação: a solução está no afeto*. 8. ed. São Paulo: Gente, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. A incapacidade para o diálogo. In: ALMEIDA, Custódio Luís S. de; FLICKINGER, Hans-georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (Coleção filosofia, 117).

_____. *A razão na época da ciência*. Tradução: Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Acotaciones hermenéuticas*. Traducido: Ana Agud y Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2002.

_____. Da palavra ao conceito. In: ALMEIDA, Custódio Luís S. de; FLICKINGER, Hans-georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (Coleção filosofia, 117).

_____. *El problema de la consciencia histórica*. 2. ed. Traducido: Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Tecnos, 2001.

_____. *Elogio da teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001.

_____. *Herança e futuro da Europa*. Tradução: António Hall. Lisboa, Portugal: Capa de Edições 70, 1989.

_____. *Hermenéutica de la modernidad: Conversaciones con Silvio Vietta*. Traducido: Luciano Elizaincín-Arrarás. Madrid: Trotta, 2004.

_____. Homem e linguagem. In: ALMEIDA, Custódio Luís S. de; FLICKINGER, Hans-georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (Coleção filosofia, 117).

_____. *La actualidad de lo bello*. Introducción: Rafael Argullol. México: Paidós, 2002.

_____. La diversidad de las lenguas y la comprensión del mundo. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Paidós Ibérica/Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1997.

_____. *O mistério da saúde: o cuidado da saúde e a arte da medicina*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1993.

_____. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução: Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

_____. *Quem sou eu, quem és tu?* Tradução: Raquel Abi-Sâmara. Rio de Janeiro: UERJ, 2005.

_____. *The enigma of health*. Tradução: Jason Gaiger; Nicholas Walker. California: Stanford University Press, 1996.

_____. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *Verdade e método II*. 2.ed. Tradução: EnioPaulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, 2005.

GARCIA, Célio. Psicanálise: operadores do simbólico e clínica das transformações familiares. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Prefácio na obra de Rodrigo da Cunha Pereira. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GARRAFA, Volnei. *Bioética e ciência: até onde avançar, sem agredir*. (Texto apresentado no Curso de Especialização *latu sensu* em Direito Penal, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), no período entre 10/06/97 e 28/11/98.)

GOLDIM, José Roberto. *O Sextante e a bioética*. Disponível em: <<http://www.ufrs.br/HCPA/gppg/sextante/htm>>. texto atualizado em 28.02.98.

GOMES, Celeste Pereira. Modernidade obscura. Os limites da criação. Biotecnologia. *Revista dos Tribunais*, Informa, São Paulo, ano 3, n. 14, jul./ago. 2001.

GÓMES, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. São Paulo: Vozes, 2000.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Seleções Jurídicas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. (Sinopses Jurídicas).

GRANGER, Giles-Gaston. *A razão*. Tradução: João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 1955.

GRANGER, Michel; CARLES, Jacques. *A biocriação artificial do homem*. Tradução: J. Mota. Lisboa: Semente, 1977.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Resenha do prefácio. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). São Paulo: Renovar, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. Será verdadeiramente plena a adoção unilateral? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 5, 2004. 1 CD-ROM.

_____. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GRONDIN, Jean. *Hans-Georg Gadamer: uma biografia*. Barcelona: Empresa Editorial Herder, 2000.

GUEDES, Néviton. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUIA DA CIDADANIA. *Almanaque Abril*: Brasil. 27. ed. São Paulo: Abril, 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HAAR, Michel. *Heidegger e a essência do homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

HAAS, Adriana Amaral. Teoria dos sistemas autopoieticos. *Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito*, Cruz Alta, v. 1, n. 1, jan./dez. 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

_____. *Verdade e justificação*. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução: Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Caminhos da floresta*. Tradução: Irene Borges Duarte et al. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

_____. *Caminhos de bosque*. Tradução: Helena Cortés; Arturo Leyte. Madrid: Aliança, 2000.

_____. *Carta sobre o humanismo*. São Paulo: Moraes, 1991.

_____. *Heráclito*. 3. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

_____. *Introdução à metafísica*. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.

_____. *Matrizes pós-românticas. Fenomenologia e existencialismo*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/museupsi/aula29.PPT#36>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

_____. *O caminho da linguagem*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

_____. *Seminários de Zollikon*. Tradução: Gabriela Arnhold; Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. *Ser e tempo*. 14. ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 1986. v. 1.

_____. *Ser e tempo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. v. 2.

HERMANN, Nadja. *Hermenêutica e educação*. Porto Alegre: DP&A, 2003.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução: João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

HOHLFELDT, Antonio. Passaramente, dores que quase sempre sente quem é filho de pais separados. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 8 set. 1999.

HOTTOIS, Gilberto. *História da filosofia*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2002.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUISMAN, Denis. *História do existencialismo*. Tradução: Maria Leonor Loureiro. Bauru: Edusc, 2001.

IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução: Luíza Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

JAMESON, Fredric. O Pós-modernismo e o mercado. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

JORNAL ZERO HORA, Porto Alegre, 09 dez. 1995.

JOBIM, Luiz Fernando et al. Regina. Perícias médicas em investigação de paternidade pelos principais sistemas genéticos. *Revista do HCPA*, Porto Alegre, v. 16, abr. 1996.

JUNGES, José Roque. *Bioética, perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

JUSTO, A. Santo. *Introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra, 2003.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. 2. ed. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução: Samuel Rodrigues; Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, Teoria do direito, Dogmática jurídica. In: _____; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Pierre. *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan*. Tradução: Vera Ribeiro et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

KEHL, Maria Rita. Civilização partida. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. Tradução: por Luís Carlos Borges. Martins Fontes, 1992.

KLEIN, Melanie. *Amor, culpa e reparação e outros trabalhos*. Tradução: André Cardoso. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

KOLTAR, Caterina. O 'estrangeiro' no processo de globalização ou a insustentável estrangeiridade do outro. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.). *Desafios da globalização*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

KOSELLECK, Reinhart. Histórica y hermenéutica. In: _____; GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Paidós Ibérica/Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1997.

KOSHIBA, Luiz. *História: origens, estruturas e processos*. São Paulo: Atual, 2000.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

KUPFER, Maria Cristina Machado. Afetividade e cognição: uma dicotomia em discussão. In: ARANTES, Valéria Amorim (Org.). *Afetividade na escola*. São Paulo: Summus, 2003.

KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Tradução: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Tradução: Antonio Coutinho Jorge; Potiguar Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

_____. *O Seminário: as informações do inconsciente: livro 5*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

LACERCA, Galeno. O juiz e a justiça no Brasil. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 53, n. 58, nov. 1991.

LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.

_____. *Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEIBNIZ, G. W. *Los Elementos del derecho natural*. Tradução: Tomás Guillén Vera. Madrid: Tecnos, 1991.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *O acesso à jurisdição e a garantia do crédito-débito tributário para impugnar a execução fiscal: uma releitura hermenêutica*. Disponível em:

<www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.revistadoutrina.trf4>. Acesso em: 12 jul. 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). Exame de DNA, ou o limite entre o genitor e o pai. In: *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Procriações artificiais: bioética e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LEME, Maria Isabel da Silva. Cognição e afetividade na perspectiva da psicologia cultural. In: ARANTES, Valéria Amorim (Org.). *Afetividade na escola*. São Paulo: Summus, 2003.

LIMA, Fabíola. *Escuta pronta*. Disponível em: <www.sinpmp.com.br/News3_Escuta.asp>. Acesso em: 1 dez. 2005.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA NETO, Francisco Vieira. Obtenção de DNA para exame: direitos humanos “versus” exercício da jurisdição. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIRA, Ricardo César Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: PEREIRA Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 22, 1998.

_____. A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado democrático de direito. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 1998-1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do “*numerus clausus*”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. Direito de família: a família na travessia do milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 1, jun. 1999.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Sônia Godoy Bueno Carvalho. *Bio: introdução à biologia, citologia, embriologia animal, histologia animal, os seres vivos, genética, evolução, ecologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. Direito de Família. In: CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

LOTUFO, Renan. Separação e divórcio no ordenamento jurídico brasileiro e comparado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LOUREIRO, Leila da Costa. *A bioprostituição e o direito*. Disponível em: www.jus.com.br, elaborado em janeiro de 2001, confirmado pela autora por e-mail, em 01.05.01.

LUCAS, Douglas César (Org.). Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”. In: _____ (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

_____. A crise funcional do estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Sociologia do direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do direito II*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUZ, Valdemar P. da. *Curso de direito de família*. Caxias do Sul: Mundo Jurídico, 1996.

MACIEL, Jarbas. *Elementos de teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1974.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2. ed. Tradução: Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 2001. (Coleção filosofia, 17).

MACKINSON, Glady J. Princípio y final: bioética y democracia. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julio et al. *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Divórcio e dano moral*. *Revista do Direito de Família*, Porto Alegre, v.1, n. 2.

_____. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Alimentos e sua restituição. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 211, maio 1995.

_____. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de família no novo código civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MAIA, Alexandre da. O Embasamento epistemológico como legitimação do conhecimento e da formação da lei na modernidade: uma leitura a partir de Descartes. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: v. 1, n. 4, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro: direito pós-moderno à descoberta da origem? In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MÁRQUES, Gabriel García. *Crônica de uma morte anunciada*. Tradução: Remy Gorga Filho. 33. ed. São Paulo: Record, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O exame do DNA como meio de prova: aspectos constitucionais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, José Renato Silva; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade? In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MATTÉI, Jean-François. *A barbárie interior*. São Paulo: Ed. Unesp, 2002.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A Árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução: Humberto Mariotti; Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAURER Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAY, Rollo. *A descoberta do ser: estudos sobre a psicologia existencial*. 4 ed. Tradução: Cláudio G. Somogyi. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

_____. *O homem à procura de si mesmo*. 30. ed. Tradução: Áurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Vozes, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério público e cidadania. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 264, out. 1999.

MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade: 'mãe de aluguel'*. Curitiba: Genesis, 1998.

_____. Palestra publicada no livro da Escola Superior de Advocacia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE BIODIREITO, 1., 2000. *Anais...* [S.l.], 2000.

MELO, Albertino Daniel de. Filiação Biológica: tentando diálogo direito: ciências. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELLO, Baptista de. *Direitos de bastardia: historia, legislação, doutrina, jurisprudência e prática*. São Paulo: Saraiva, 1933.

MENDES, Alexandre Fabiano. Verbete Liberdade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDES, Sérgio de Sá. *Direito romano resumido*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición juridical romano-canônica*. Tradução: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cutlrura Econômica, 2004.

MINDLIN, Betty. Família indígena, poligamia e mitos de moqueca de maridos In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Ed., 1997. t. 1.

_____. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Ed., 2000. t. 3.

_____. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Ed., 1993. t. 4.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2001. v. 1.

MONTEIRO, Denise Schulthais dos Anjos et al. *Resiliência e pedagogia na presença: intervenção sócio-pedagógica no contexto escolar*. Disponível em: <<http://www.pedagogiaemfoco.pro.br/fundam01.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. Direito de família. In: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 37. ed. Rio de Janeiro; Saraiva. 2004. v. 2.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAIS, José Luís Bolzan de; AGRA, Waber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, 2004.

MORAIS, José Luís Bolzan de; AGRA, Waber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). As crises do Estado. In: _____. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; STECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos de Personalidade. In: BARRETO, Vicente; COMAILLE, Jacques et. al. (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MORENO, Montserrat; SASTRE, Genoveva. O significado afetivo e cognitivo das ações. In: ARANTES, Valéria Amorim (Org.). *Afetividade na escola*. São Paulo: Summus, 2003.

MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORIN, Edgar. *Amor, poesia, sabedoria*. 6. ed. Tradução: Edgard de Assis Carvalho. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MOTTA, Maria. Direito de família: a família na travessia do milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NAZARETH, Eliana Riberti. Com quem fico, com papai ou com mamãe? considerações sobre a guarda compartilhada. In: Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família. *Direito de família e ciências humanas: contribuições da psicanálise ao direito de família*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997. (Caderno de Estudos, 1).

NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, Marcelo Neves. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA; José (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, *O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <[http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=161 nº 41](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=161_nº41)>. Acesso em: 24 set. 2001.

NÓBREGA, Airton Rocha. *Obrigação alimentar e cessação do dever de sustento*. Site Disponível em: <[thhp//jus.navigandi](http://jus.navigandi.com.br)>. Acesso em: dez. 2000.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NOVAES, Adauto (Org). Crepúsculo de uma civilização. In: _____. *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

NOVO ensino dinâmico de pesquisa. São Paulo: Edipar, 1999.

NUMANN, Jorge Milton. Ofício remetido ao Fórum de Guarani das Missões-RS, em 25.08.97, juntado ao processo nº 2.543/214.

NUNES, António José Avelãs. Sobre a videoconferência realizada com o Profº. J.J. Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. (2ª Parte, Mesa redonda - 22/02/2002 - Fazenda Cainã).

NUNES, Victor Augusto Pereira. *Tratado: filiação legítima e ilegítima : comentário à lei de protecção dos filhos*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Ed., 1963.

OHLWEILER, Leonel Pires. Verbete Ontologia Jurídica. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Administração Pública e filosofia política contemporânea: algumas projeções do constitucionalismo comunitário. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, 2006.

_____. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 5, 2007.

OLIVEIRA, Basílio de. *Direito alimentar e sucessório entre os companheiros*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

_____. *Alimentos: revisão e exoneração*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 30.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: _____. *Jurisdição e hermenêutica constitucional do Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

OMMATI, José Emilio Medauar, *As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>, texto confirmado em 01.05.01.

OSÓRIO, Luiz Carlos. *Família hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

OST, François. *O Tempo do direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PALHARES, Cinara. Princípios constitucionais e consumeristas informadores do direito bancário. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 267, jan. 2000.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PAULO NETTO, José. Repensando o balanço do neoliberalismo. In: Emir SADER; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

PEIXOTO, Cid. *Princípios elementares de direito público constitucional*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional/ Biblioteca de Estudos Comerciais e Econômicos, 1942. v. 22.

PELUSO, Antonio Cezar. O desamor como causa da separação. In: *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

PENA, Sérgio D. J. Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA: estado da arte no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *O DNA como (única) testemunha em determinação de paternidade*. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/bio2v5/odnacomunica.htm>>.

_____. Engenharia genética – DNA: a testemunha mais confiável em determinação de paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE

DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEPE, Albano Marcos Bastos. Direito e democracia: aspectos do legado greco-aristotélico. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Org). *Direito ao extremo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Kant e a modernidade jurídica; razão e liberdade. In: COPETTI, André, STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Coord.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, n. 2, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 5.

_____. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*: anotações e adaptações ao código civil por: José Bonifácio de Andrada e Silva. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A primeira lei é uma lei de direito de família: a lei do pai e o fundamento da lei. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise*: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. Direito, amor e sexualidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Direito de família*: a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000

_____. A criança não existe. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Direito de família*: uma abordagem psicanalítica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Dano moral e direito de família: o perigo de monetarizar as relações familiares*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>.

_____. Princípios jurídicos da família de nossos dias. *Diário Oficial da Justiça do RS*, Porto Alegre, n.1.358, 30 abr. 1998.

_____. Concubinato e união estável In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva. O estatuto da criança e do adolescente inovando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. O princípio do ‘melhor interesse da criança’ no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PESSINI, Léo. Direitos humanos, infância e bioética. In: SILVA, Reinaldo Pereira e; AZEVEDO Jackson Chaves de (Coord.). *Direitos de família: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 1999.

PESSOA, Adélia Moreira. A tormentosa culpa na dissolução da sociedade conjugal. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de (Org.). *Casamento, uma escuta além do judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006.

PESSOA, Fernando. *Poesias*. Seleção de Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1997.

PESSOA, Oswaldo Frota. *Fronteiras do biopoder*. Disponível em: <<http://200.239.45.3/cfm/espelho/revista/bio2v5/fronteirasbiopoder.htm>>. Acesso em: 9 jun. 1999.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Minas Gerais: Del Rey, 2001.

_____. Direito e psicanálise: breves apontamentos acerca do estatuto da lei. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PICHLER, Nadir Antonio; TESTA, Edimárcio (Org.). *Epistemologia, ética e hermenêutica*. Passo Fundo: Ed. UPF, 2005.

PIMENTA, Olímpio. *Razão e conhecimento em Descartes e Nietzsche*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da organização do estado, dos poderes e histórico das constituições*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 17, p. 91-92. (Sinopses jurídica).

PIOVESAN, Flávia. Cidadania no Brasil: o que diz a lei. In: *Almanaque Abril: Brasil*, São Paulo, 2001.

PIRES, Celestino. Deus e a teologia em Martin Heidegger. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, fase 3-4, t. 26, jul./dez. 1970.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Anotações preliminares à lei nº 11.340/06 e sua repercussão em face dos juizados especiais criminais*. In: Centro de Apoio Criminal do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

PORTUGAL, Sylvio. *Investigação de paternidade*. São Paulo: [S. n.], 1926.

PRADO, Luiz Regis. Manipulação genética e direito penal: um estudo aproximativo. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. A evolução das perícias médicas na investigação de paternidade: dos redemoinhos do cabelo ao DNA. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 3, out./dez. 1999.

_____. *Investigação de paternidade: manual prático do DNA*. Curitiba: Juruá, 1999.

REALE, Miguel. *A atualidade do direito de família no projeto do Código Civil à frente da Constituição de 1988*. Disponível em: <Jus.navigandi.com.br>. Acesso em: mar. 2000.

REBÊLO, Gabriel Antônio. *A Família brasileira e o reconhecimento do filho adulterino*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1943.

REGO, Teresa Cristina; OLIVEIRA, Marta Kohl de. Vygotsky e as complexas relações entre cognição e afeto. In: ARANTES, Valéria Amorim (Org.). *Afetividade na escola*. São Paulo: Summus, 2003.

REI, Cláudio Alexandre Sena. *Danos morais entre cônjuges*. Disponível em: <www.jus.navigandi.com.br>. Acesso em: 3 mar. 2001.

Rio Grande do Sul. Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul. *Relatório azul. Garantias e violações dos direitos humanos*. Porto Alegre. 2000/2001.

RESENDE, Cássio Eduardo Rosa. Ministério público e defesa da cidadania. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 38, 1 a 06 de 1997.

REVISTA CONSULEX, São Paulo, ano 2, n. 16, abr. 1998.

REVISTA VEJA EDUCAÇÃO, 2001. Disponível em: <www.veja.com.br>. Acesso em: 6 ago 2001.

RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.

_____. Civilização sem guerra. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. v. 1.

_____. A Família na Travessia do Milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RICCIARDI, Maurizio. Príncipes e razão de Estado na primeira idade moderna. In: DUSO, Giuseppe (Org.). *O Poder: história da filosofia política moderna*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução: Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RITT, Eduardo. O Ministério Público como instrumento de democracia. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 38, de 01 a 06 de 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 1.

_____. Fecundação artificial. Porto Alegre: *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 52, jul. 1991.

ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Teoria do Estado, democracia e poder local*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. O Ideal da Europa. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 56, fase 3-4, jul./dez. 2000.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

ROCHA, Leonel Severo et al. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: _____. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O direito na forma de sociedade globalizada. *Anuário de Mestrado e Doutorado da UNISINOS*, São Leopoldo, 2001.

RODRIGUES M., Dario. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: *El derecho de la sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrate et. al. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

RODRIGUES, Silvio. Direito das sucessões. In: _____. *Direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. Algumas reflexões sobre a verdade e a certeza no campo probatório. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 68, p. 55, nov. 1996.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica e linguagem. In: ALMEIDA, Custódio; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz (Org.). *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

_____. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002.

_____. O “círculo hermenêutico” como estrutura, o “enquanto” da hermenêutica filosófica. In: *Veritas. Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS*, Porto Alegre, v. 44, n. 1, mar. 1999.

_____. Ser que pode ser compreendido é linguagem. *Revista Portuguesa de Filosofia*. Braga, v. 56, fase 3-4, jul./dez. 2000.

RONEY, Paulo Holismo. Direito e ética. Santa Catarina: Revista da Faculdade de Direito da UFSC. v. 1, n. 28, maio 1998. *Juris Sínteses*, Porto Alegre, 2001. 1CD-ROM.

ROSA, Alexandre Morais da. O estrangeiro, a exceção e o direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Direito de psicanálise*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

ROSA, Patrícia Fontanella. *União estável: eficácia temporal das leis regulamentadoras*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

ROUSSEAU, J.J. *Emílio ou da educação*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Do contrato social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

RUBIN, Daniel Sperb. Direito privado e Constituição: contratos e direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre: n. 40, maio 2001.

RULLI, Júnior, Antonio. Parlamento do Mercosul: fonte de direito comunitário. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 259, maio 1999.

SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual sem *virtù*. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os Clássicos da política*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. v. 1

_____. O poder judiciário na reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SOLA; Jorge Wilhelm; Lourdes (Org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. Tradução: Lya Lett Luft. São Paulo: Geração, 2000.

SALDANHA, Nelson. Verbete Historicismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. *Secularização e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O jardim e a praça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.

SAMPAIO, José Celso de Camargo. A inseminação artificial no direito de família. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 670, 1991.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Paris: Trotta, 2005.

SANTANA, Jair Eduardo. *Democracia e cidadania: o referendo como instrumento de participação política*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Eduardo dos. *Direito da família*. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1999.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto nº 27>. Acesso em: 24 set. 2001.

SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. *Alimentos decorrentes da união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A Separação judicial e o divórcio no novo Código Civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, jan./mar., 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Quem são os pais? O DNA e a filiação, proposta de solução ou início dos dilemas?. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Reflexões sobre o reconhecimento da filiação extramatrimonial: investigação da paternidade e fecundação artificial. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 1, mar. 2000.

SÃO PAULO, Maria Luíza de Lamare. *O novo Código Civil: do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária a possível. In: _____. *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na CF de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, 2004.

_____. Maquiavel, “o príncipe” e a formação do Estado moderno. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, edição 72, v. 2, ago. 2003.

_____. Os direitos fundamentais e sua eficácia na ordem constitucional. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, n. 76, ano 26. dez. 1999.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J. Gomes Canotilho. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. (2ª Parte, Mesa redonda - 22/02/2002 - Fazenda Cainã).

_____. O jardim e a praça ou a dignidade da pessoa humana e o direito tributário e financeiro. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, 2006.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo Luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo et al. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Edson Ferreira da. Direitos de personalidade: os direitos de personalidade são inatos? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 694, p. 21, ago. 1993.

SILVA, Franklin Leopoldo e. *O Biofilho*. Disponível em: <http://200.239.45.3/cfm/espelho_revista/bio2v5/biofilho.htm>. Acesso em: 9 jun. 1999.

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./jun. 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Kelly Susane Afllen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000.

SILVA, Maria Luísa Portocarrero. Razão e memória em H.G. Gadamer. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 56, fase 3-4, jul./dez. 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, 2006.

_____. Coisa julgada relativa? *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003.

_____. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 51.

_____. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Processo e ideologia. O Paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Sentença da coisa julgada*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

_____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Contraditório nas ações sumárias. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 49, n. 287, set. 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. In: ALMEIDA, Custódio; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz (Org.). *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

SILVA, Rui Sampaio da. Gadamer e a herança Heideggeriana. *Revista Portuguesa de Filosofia*. Braga, v. 56, fase 3-4, jul./dez. 2000.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. *Os avós e a prestação alimentar*, home-page da autora; <<http://planeta.terra.com.br/servicos/soniateixeira>>.

SILVEIRA, José Néri da. A reforma constitucional e o controle de sua constitucionalidade. *Revista do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 35, 1995.

SIMAS FILHO, Fernando. Investigação de paternidade: peculiaridades, panorama atual, futuro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *A prova na investigação de paternidade*, 6. ed., Curitiba, Juruá, 1998.

SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. Tradução: Vera Ribeiro. São Paulo: Ed. Unesp/Cambridge University Press, 1999.

SOUZA, Aida Maria Loredo Moreira de. *Aspectos polêmicos da união estável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUZA, Maria Thereza Costa Coelho de. O desenvolvimento afetivo segundo Piaget. In: ARANTES, Valéria Amorim (Org.). *Afetividade na escola*. São Paulo: Summus, 2003.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Org.). *Hermenêutica filosófica: história e hermenêutica na obra de Hans-Georg Gadamer*. In: _____. *Hermenêutica e argumentação*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

_____. O Direito (“estátua”) e a hermenêutica da produção: espelho e reflexo da realidade. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. A Constituição e a compreensão hermenêutica da sua (in)efetividade e do seu constituir In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

STEIN, Arnildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. Porto Alegre: Movimento, 1983.

_____. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 1997. (Coleção filosofia, 57).

_____. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2004.

_____. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

_____. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2000. (Coleção filosofia, 114).

_____. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

_____. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In: *Martin Heidegger: sobre a essência do fundamento. conferências e escritos filosóficos*. Tradução: Arnildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores).

_____. Nas raízes da controvérsia. In: STRECK, Lenio Luiz. *Apresentação da obra Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Juris Lumen, 2006.

_____. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade. Apresentação à obra "*Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*", de Lenio Luiz Streck. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 12 jun. 2006.

_____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

_____. *Seis estudos sobre ser e tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Uma breve introdução à filosofia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Danilo R. *Rousseau & a educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, 2006.

_____. A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da Constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, 2000.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; _____ (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, 2004.

_____. *Apelação Criminal nº 70007387608*. Quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 11 de fevereiro de 2004. Relator: Aramis Nassif. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 31 maio 2006.

_____. *Apelação criminal nº 70009422833*, da 5ª CCr. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em 13.08.2004. Relator: Luiz Gonzaga da Silva Moura. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 31 maio 2006.

_____. *Apelação criminal nº 70.006.451.827*, 5ª Criminal do Tribunal de Justiça do RS, em 20 de junho de 2003. Relator: Luiz Gonzaga da Silva Moura.

_____. *Apelação criminal*. Acórdão da 5ª. CCr. Do tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70000284455*. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. 09/02/2000. Disponível em www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 31 maio 2006.

_____. *Apelação criminal nº 70001588300*, da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 01.11.2000. Relator: Amilton Bueno e Carvalho.

_____. *Parecer no Hábeas-Córpus nº 70.011.823.531*, da 5ª CCr. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 15.06.2005. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 6 jun. 2006.

_____. *Parecer no HC nº 70.911.823.531*, 5ª Câmara Cível. TJ/RS, em 15/06/2005. Disponível em: <[wwwleniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 6 jun. 2006.

_____. As convenções internacionais, o direito de família e a crise de paradigma em face do Estado Democrático de Direito. *JORNADA JURÍDICA NACIONAL*, 6. 1997, Porto Alegre. *JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITO DE FAMÍLIA*, 1., Porto Alegre. 1998. In: *Seleções Jurídicas*, Porto Alegre, mar./abr. 1998.

_____. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado democrático de direito: ainda é possível falar em constituição dirigente? *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*. São Leopoldo, 2001.

_____. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, 2004.

_____. Verbete HEIDEGGER, Marin, 1889-1976. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. São Paulo: Manole, 2005.

_____. Direito penal, criminologia e paradigma dogmático: um debate necessário. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 36, 1995.

_____. *Dogmática e hermenêutica*. São Leopoldo: UNISINOS, 1997. (Caderno de pesquisa, 2).

_____. *Hermenêutica (jurídica) e Estado democrático de direito: uma análise crítica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 1999.

_____. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? uma resposta a partir do Ontological Turn. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Leopoldo, 2003.

_____. *Hermenêutica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Interpretando a Constituição: sísifo e a tarefa do hermeneuta. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 5, 2007.

_____. Prefácio do livro. In: Belmiro Pedro Welter. *Filiação biológica e socioafetiva, na reprodução humana natural e medicamente assistida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). São Paulo: Renovar, 2005. (2ª Parte, Mesa redonda - 22/02/2002 - Fazenda Cainã).

_____. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales-sociales*. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 12 jun. 2006.

_____. O “crime de porte de arma” à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, n. 1, 2001.

_____. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em *terra brasilis*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 4, n. 16, jan./mar. 2003.

_____. Prefácio. In: LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

_____. *Quando um caso em concreto não é um caso concreto*: um caso prático. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 11 nov. 2005.

_____. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais. Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. t. 1, v. 1.

_____. *Verdade & consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad*. Madrid, Espanha: Centro Editorial de Góngora, 1925.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 278, dez. 2000.

_____. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TESTA, Edimarcio Testa. *Hermenêutica filosófica e história*. Passo Fundo: UPF, 2004.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução: Brunela Vieira de Vincenzi et al.. São Paulo: UNnimpe, 2005.

_____. *O Direito como sistema autopoietico*. Tradução: José Engrácia Antunes. Portugal, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 3, out./dez. 1999.

THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

TIBURI, Márcia. Nota sobre hermenêutica: a linguagem entre o sujeito e o objeto. *Veritas. Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS*, Porto Alegre, v. 45, n. 2, jun. 2000.

TOLFO, Rogério. Linguagem e mundo: a fenomenologia do sinal em *ser e tempo* de Martin Heidegger. In: HELFER, Inácio (Org.). *Pensadores alemães dos séculos XIX e XX*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.

TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sangüíneos na determinação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. O poder e as limitações dos testes sangüíneos na determinação da paternidade. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 63, p. 327, mar. 1995.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Ontem, os códigos; hoje, as constituições. (introdução). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2. Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

VARELLA, Drauzio. *Planejamento familiar*. Disponível em: <www.drauziovarella.com.br/artigos/pfamiliar>. Acesso em: 14 jun. 2006.

_____. A imposição sexual. *Jornal O SUL*. 4 mar. 2007. (Caderno Colunistas).

VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10. ed. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 1996.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. O poder judiciário como poder político no Brasil do século XXI. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 49, n. 283, maio 2001.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. A Dessacralização do DNA. direito de família: a família na travessia do milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2000, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

_____. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de família. In: _____. *Direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 6.

VERCELLON, Paolo. As novas famílias. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito de família e do menor: inovações e tendências: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VIEIRA, Helena Cunha. Poderes instrutórios do juiz no processo brasileiro. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 60, p. 327, mar. 1994.

VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

VIANA, Marco Aurelio S. *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VILA-CHÁ, João J. Hans-Georg Gadamer. *Revista Portuguesa de Filosofia*. Braga, v. 56, fase 3-4. jul./dez. 2000.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, set./out. 2001.

_____. O modelo constitucional da filiação: verdades & superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 2, jul./set. 1999.

_____. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

_____. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. *Introdução geral ao direito III. o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

WARAT, Luis Alberto e Pimentel, Ana Paula. Da transição à consolidação da democracia na América Latina nos anos 90. *Anuário de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 1999.

WEINSTEIN, Luis. *Fundamentos los del desarrollo alternativo*. Disponível em: <<http://www.unrc.edu.ar/publicar/23/tres.html>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

WELTER, Sandra Regina Moraes. *A secularização da culpa no direito de família*. 2005. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) -- Faculdade de Direito. Universidade do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo.

WILHEIM, Jorge. Por que reformar as instituições? In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Ed. Unesp; Brasília: ENAP, 1999.

ZABAGLIA, Rosângela Alcântara; PEREIRA, Tânia da Silva. O Estatuto do idoso e os desafios da modernidade. In: LEMOS, Maria Teresa Toríbio Brittes; ZABAGLIA, Rosângela Alcântara (Org.). *A arte de envelhecer*. Rio de Janeiro: Idéias & Letras, 2004.

ZARADER, Marlène. *Heidegger e as palavras de origem*. Tradução: João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

ZILLES, Urbano. Filosofia e linguagem. *Veritas. Revista da PUCRS*, Porto Alegre, t. 9, n. 17, jun. 1974.

ZIZEK, Slavoj (Org.). O espectro da ideologia. In: _____. *Um mapa da ideologia*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.