

DIRETRIZES HERMENÊUTICAS DO DIREITO DE FAMÍLIA

César Fiuza

Advogado.

Doutor em Direito pela UFMG.

Professor Adjunto de Direito Civil na PUCMG e na UFMG. Professor Titular de Direito Civil na Universidade FUMEC. Professor convidado na UNA e na Faculdade Estácio de Sá. Professor colaborador na Universidade de Itaúna.

Normalmente é em tempos de crise que os estudos de hermenêutica se tornam tão importantes. É em tempos de crise que a maneira tradicional de solucionar casos concretos se transfigura, se abala. É nesses tempos que se buscam novos modos de interpretação, que possam servir de guia nos anseios da sociedade em mutação.

Mas que crise é essa por que passa o Direito de Família, o Direito Civil?

De plano, carece esclarecer que a palavra crise deve ser entendida num sentido positivo. Como superação de paradigmas, *turning point*, virada.

A crise do Direito Civil pode ser analisada sob diversos aspectos. Em primeiro lugar, a crise das instituições do Direito Civil, basicamente de seus três pilares tradicionais: a autonomia da vontade, a propriedade e a família. Em segundo lugar, a crise da sistematização, em que entram em cena os microssistemas, em que a codificação é posta em xeque. Em terceiro lugar, a crise da interpretação, em que se apresentam novos paradigmas hermenêuticos, novas diretrizes.¹

¹ FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 88 *et seq.*

As instituições de Direito Civil foram tradicionalmente aprisionadas em quatro grandes ramos, quais sejam, o Direito das Obrigações, o Direito das Coisas, o Direito de Família e o Direito das Sucessões. Assim está disposta a matéria nas grandes codificações dos séculos XIX e XX, assim se a ensina nos cursos de Direito. Na verdade, procedendo a um corte epistemológico, descobre-se que o sustentáculo desses quatro grandes ramos é, tradicionalmente, a autonomia da vontade, a propriedade e a família.

O Direito das Obrigações tem como principal escopo o estudo e a regulamentação dos contratos. Sendo eles entendidos, classicamente, como fenômeno volitivo, calçam-se na autonomia da vontade, princípio vetorial de todo o Direito das Obrigações. É evidente que não constitui o único princípio, mas é o principal. Em outras palavras, os contratos só podem ser entendidos como fruto da autonomia da vontade.

O Direito das Coisas, das Sucessões e mesmo o das Obrigações sustentam-se em outro fenômeno fundante, qual seja, a propriedade privada, o patrimônio, o ter, o possuir.

Por sua vez o Direito de Família e o Direito das Sucessões giram em torno da família, “célula *mater*” da sociedade, segundo as palavras do próprio texto constitucional de 1988.

Veremos, entretanto, que estes três pilares entraram em crise, principalmente diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, o que veio a acarretar graves conseqüências gerais e, especificamente, para a interpretação no Direito Privado.

A Revolução Industrial, estimulada pelos dogmas do liberalismo econômico e político, gerou dois efeitos importantes. Por força de um deles, construiu-se a teoria clássica do Direito Civil; por força do outro, toda essa

teoria teve que ser revista. Por mais estranho e paradoxal que possa parecer, o fenômeno se explica.

O liberalismo congregava a sociedade (economistas, juristas e políticos) em torno do *laissez-faire*. O liberalismo não era só doutrina econômica. Encontrava fundamentos religiosos (a idéia cristã do homem como valor supremo, dotado de direitos naturais) e fundamentos políticos (oposição ao *ancien régime*, por demais opressivo).

Esse estado de coisas veio até o final do século XIX, início do século XX. No final do século XIX e no século XX, nasce o chamado Estado Social. Quando a massificação chegou ao campo jurídico-contratual, começou-se a rever os conceitos clássicos.

Assim, temos que o liberalismo e o individualismo resultaram do capitalismo mercantilista. Com a Revolução Industrial, que começa na Inglaterra, já no século XVIII, a sociedade se transforma. Dois fenômenos importantes ocorrem: a urbanização e a concentração capitalista, esta conseqüência da concorrência, da racionalização etc.

Esses dois fenômenos resultaram na massificação das cidades, das fábricas (produção em série), das comunicações; das relações de trabalho e de consumo; da própria responsabilidade civil (do grupo pelo ato de um indivíduo) etc.

Como se pode concluir, a mesma Revolução Industrial que gerou a principiologia clássica, que aprisionou o Direito Civil nas fronteiras da vontade, da propriedade privada e da família modelar, essa mesma Revolução trouxe a massificação, a concentração e, como conseqüência, as novas formas de organização, o que gerou, aliado ao surgimento do Estado Social, também subproduto da Revolução Industrial, uma checagem integral na principiologia do Direito Civil.

Consequência dessa massificação, do consumismo e das novas formas de contratar, o Direito Contratual entra em crise. Sua antiga principiologia, calcada nos ideais do liberalismo, já não serve mais. A autonomia da vontade é substituída pela autonomia privada, surge a teoria preceptiva.

A coisificação do sujeito de direito, subproduto da visão de agente econômico, não se sustenta mais no Estado Democrático. A própria idéia tradicional de sujeito de direito gera verdadeira exclusão do outro. O credor é titular, sujeito ativo, detentor de direito de crédito oponível contra o devedor, sujeito passivo, adstrito a realizar em favor do credor uma obrigação creditícia. Se a não cumprir, submeter-se-á a uma quase *manus iniectio* do credor, que poderá agredir-lhe o patrimônio. Mas e os direitos do devedor? Este também é pessoa com direito à dignidade humana, sujeito de direitos fundamentais. Vê-se, claramente, que a idéia tradicional de sujeito de direito e mesmo de relação jurídica exclui os demais, realçando a figura do titular do direito, seja de crédito, seja real. Isso começa a mudar.

O patrimônio e a propriedade deixam de ser o centro gravitacional do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas. Seu lugar ocupa o ser humano, enquanto pessoa, com direito à dignidade, à promoção espiritual, social e econômica. Fala-se, pois, em função social do contrato, da propriedade. Fala-se em despatrimonialização do Direito Privado, principalmente do Direito das Obrigações. Nasce o Direito protetivo do consumidor, acompanhado até mesmo de algum exagero “consumeirista”.

O conceito de propriedade como “direito” de usar, fruir, dispor e reivindicar já não serve mais. Primeiro, por ser excludente. Enfoca-se apenas a pessoa do titular, excluindo-se a coletividade, o outro. Segundo, por trazer em si a idéia de algo absoluto, intocável. Na verdade, o conceito de propriedade não precisa e não deve abandonar a idéia de situação ou de relação jurídica,

sob pena de se desumanizar. Historicamente, o abandono da idéia de pessoa, sujeito de direitos, titular de relações jurídicas, só levou à arbitrariedade e a regimes ditatoriais. Propriedade passa a ser, pois, situação jurídica, consistente em relação entre o titular e a coletividade (não-titulares), da qual nascem para aquele direitos (usar, fruir, dispor e reivindicar) e deveres (baseados na função social da propriedade). Para a coletividade também surgem direitos, que se fundamentam, em sua maioria, na função social da propriedade, e deveres relativos aos direitos do titular. Em outras palavras, os não-titulares devem respeitar os direitos do titular.

A função social da propriedade seria, como se pode perceber, elemento externo ao conceito, fundamento dos deveres do titular e dos direitos da coletividade, ou seja, fundamento das restrições à propriedade.

O Direito de Família também está em crise. A mesma Revolução Industrial que gerou a crise do Direito das Obrigações conduz a mulher para o mercado de trabalho, retira o homem do campo, proletariza as cidades, reduz o espaço de coabitação familiar, muda o perfil da família-padrão.

A mulher se torna mais independente e busca seu lugar ao sol. Já pode votar e ser votada. É cidadã. Apesar disso, ainda se vincula ao marido, considerada relativamente incapaz. Só a década de 1960 consegue libertá-la dos grilhões maritais. Entra em vigor o Estatuto da Mulher Casada.

Mas foi outro subproduto da Revolução Industrial, a dita Revolução Sexual, dos anos 60 e 70, que acelerou a crise no Direito de Família. Já no fim da década de 70, separando-se de uma vez da Igreja, o Direito de Família passa a admitir o divórcio. Dez anos mais tarde, a Constituição Federal consagra o que doutrina e jurisprudência já vinham desenhando, a concepção pluralista de família. Mesmo assim, ainda se não consegue despir de vã tentativa de busca do ideal. A Lei deverá facilitar a conversão da união estável

em casamento. A união, mesmo a não matrimonial, deverá ser entre homem e mulher. Abriu-se por um lado, fechou-se por outro.

Vive-se hoje no Brasil os alvares do Estado Democrático de Direito. Este é o momento da conscientização desse novo paradigma. Só agora assumem a devida importância os princípios e os valores constitucionais, por que se deve pautar todo o sistema jurídico. Constitucionalização ou publicização do Direito Civil entram na temática do dia. O Código Civil não seria mais o centro do ordenamento civil. Seu lugar ocupa a Constituição, seus princípios e valores. Diz-se que os pilares de sustentação do Direito Civil, família, propriedade e autonomia da vontade, deixaram de sê-lo. O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômica. Esse pilar está, por sua vez, enraizado na Constituição. Tudo isso, não há dúvidas, dá o que pensar.

A idéia dominante no positivismo jurídico, que imperou no Brasil até a década de 1970/1980, era a de ser possível uma legislação a tal ponto exaustiva e completa que enclausurasse o sistema, colocando-o a salvo de qualquer arroubo criativo que não tivesse origem no próprio Poder Legislativo. Não que a idéia de codificação ainda predominasse em todas as esferas. Esta já havia sido abandonada, pelo menos nos círculos de pensamento menos ortodoxos. Tinha-se, nesses círculos, já a essa altura, plena consciência da impossibilidade fática de um Código que abrangesse todo o sistema. Seu lugar deveria ser apenas o centro desse sistema. A descodificação e o surgimento dos microssistemas já era realidade palpável. Aí entra em crise a sistematização.

A descodificação, entendida como processo de abertura e quebra de monopólio dos códigos, já vinha há muito ocorrendo. O Código Civil de 1916 foi elaborado sob a inspiração do Estado Liberal burguês, do século XIX. Não

se adequava, evidentemente, às aspirações do emergente Estado Social, instalado no Brasil já no início do século XX. Como consequência, teve que se abrir. Em outras palavras, sua harmonia interna foi logo quebrada, seja pela interpretação da doutrina e dos tribunais, seja pela vasta legislação especial, que o acompanhou desde seus alvares. Por outros termos, mal o sistema civilístico se codificou, teve início o processo de sua descodificação. É lógico, entretanto, que o Código Civil continuou a ocupar a posição central no sistema, só que relido sob a perspectiva do Estado Social.

Se, por um lado, o Código Civil ocupava o centro de sistema, por outro, em sua periferia, nos entornos do Código, começaram a se formar pequenos microssistemas: o da família e dos menores; o do inquilinato; o dos contratos imobiliários; o dos condomínios; o dos títulos de crédito; o do consumidor, sem falar em microssistemas que, de certa forma, desde o início, se tornaram independentes, como o do trabalho.

Esses microssistemas, apesar de girarem em torno do Código Civil, têm vida própria. São, em grande parte, interdisciplinares, inspirando-se em princípios não só de Direito Privado como também de Direito Público. É o que ocorre, por exemplo, com os microssistemas do consumidor, da família e outros.

Por esta e outras razões, muitos chegam a afirmar que no centro do sistema não gravita o Código Civil, mas a própria Constituição, que de lá irradia seus princípios e valores. A assertiva não deixa de ser correta, se levarmos em conta o sistema jurídico como um todo. No entanto, enfocando-se apenas o sistema juscivilístico, seria um pouco exagerada a afirmação, posto que se entenda que é na Constituição que se deve inspirar o intérprete, em última instância. Na verdade, o Código Civil ocupa o centro do sistema civilístico, mas deve, por sua vez, ser lido à luz da Constituição.

Lorenzetti advoga tese um pouco dissonante, porquanto entende que nem o Código Civil nem a Constituição estariam no centro do sistema. A verdade, para ele, é que não há centro no sistema. Nesse contexto, fala da descodificação e da recodificação ou ressystematização, como se pode observar, em suas próprias palavras:

As análises dedicadas à descodificação do Direito Privado se concentram na descrição das rachaduras da ordem axiomática fundada no Código, o surgimento de leis especiais, o aparecimento de falhas na estrutura hierárquica das normas, de antinomias e incoerências. Conclui-se que o sistema parece esfacelar-se em microssistemas.

Outros autores referem que há um processo de descodificação e de recodificação civil, dentro dos limites do Código.

Para nós, o tema é distinto. O Código, como tal, vai se ampliando, ao dar guarida a novos problemas e microssistemas; suas normas internas vão se distendendo mediante a interpretação, até um ponto culminante que termina por transformá-las. Se examinarmos o caminho percorrido desde a interpretação das cláusulas contratuais, que previu o Código Civil, até o que é hoje a qualificação das cláusulas abusivas, teremos uma idéia de que o resultado final nos coloca em outro estágio, porquanto ocorre uma ampliação nas fronteiras do Código concebido como lei estatal.

[...] Nesta primeira etapa descodificadora, os lugares de instabilidade se multiplicam, conferindo uma aparência de desordem insuperável; a desordem é produto da complexidade e a diferenciação é necessária para crescer.

Os microssistemas se comportam como ‘estruturas dissipativas’ e se convertem em fontes de uma nova ordem. Diz Prigogine que ‘a dissipação se encontra na origem do que podemos acertadamente denominar novos estados da matéria’. Mediante este processo, cria-se um novo sistema.

A teoria das catástrofes considera que se produz um ponto de saturação, que obriga a saltar a um estágio distinto, mediante novas estruturas adaptativas.

[...]

A idéia de superioridade no mundo atual é a de sistema de normas fundamentais, que se encontram nas ‘fontes superiores’: Constituições, tratados, princípios, valores. Não se trata de retornar a um ordenamento fundado em um centro. A evolução de astronomia, desde Ptolomeu a Copérnico, e a situação atual demonstram a superação do paradigma do centro: o etnocentrismo, o antropocentrismo, a idéia ptolomaica revelam um modo de ver baseado em um ponto. O processo codificatório acabou por algo sofrer dessa influência.

Atualmente há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantém unidos.

Trata-se de uma mudança nos axiomas. Os elementos básicos, estruturantes do sistema, aqueles a partir dos quais se inicia a lógica da inferência no juízo decisório, se encontravam no Código. Agora, percebe-se que estão no Código, na Constituição, nos tratados, no costume, que são as fontes onde encontramos as normas fundamentais.²

Está aí descrita a chamada constitucionalização do Direito Civil. As normas fundamentais, os valores e princípios constitucionais atuam como convergentes. É a partir deles que se deve interpretar toda norma jurídica, inclusive os códigos.

O Código Civil de 1916, antes em vigor, estava em pleno processo de releitura, talvez em processo final. O Direito das Obrigações, o Direito de Família e o Direito das Coisas, principalmente a propriedade, já eram interpretados de acordo com a Constituição, pelo menos nos meios mais heterodoxos tanto da doutrina quanto da jurisprudência. De grande ajuda para essa virada hermenêutica foram, sem dúvida, o Código do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as Leis sobre a união estável. Se, por um lado, ainda se via quem interpretasse a Constituição de acordo com o Código Civil, por outro lado, a tendência dominante era a de seguir o fluxo contrário. Por outros termos, não se lia o Código Civil sob a ótica do Estado Liberal, mas do Estado Democrático de Direito. Comprovam-no inúmeras obras que vieram a lume no final do século XX, fruto de profundos estudos dos meios acadêmicos, bem como decisões de vanguarda, que faziam com que nos orgulhássemos de nossos tribunais.

Justamente no instante em que o ordenamento juscivilístico começava a se ressystematizar, pelo empenho da doutrina e da jurisprudência; justamente

² LORENZETTI. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 77-79.

no instante em que ganhava contornos de algo simétrico e inteligível, surge o novo Código Civil, que fez ruírem todos os esforços de ressystematização envidados até a época.

É um código que já nasceu de costas para seu tempo, ao menoscabar o paradigma do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, nasceu já necessitando de releitura urgente. Salta aos olhos que seria muito mais sábio proceder-se a uma reforma paulatina do Código de 1916, à semelhança do que se fez com o Código de Processo Civil.

De todo modo, o Direito muda não porque o legislador deseja, ou pelo menos não preponderantemente. O Direito muda, porque a sociedade muda. E as mudanças na organização familiar são visíveis. Suas origens, como dito, devem ser buscadas na Revolução Industrial.

As grandes concentrações urbanas alteraram a geografia política e a da família, urbanizando a sociedade, reduzindo os espaços de convivência familiar, introduzindo novos padrões de existência e de subsistência.

Um fenômeno extremamente importante para a família e para os costumes em geral, que também pode ser dito subproduto da Revolução Industrial, foi a laicização do Estado, que conduziu à laicização da própria sociedade, em geral, ou vice-versa. Não que a religião tenha perdido a importância. Seria cegueira absoluta uma tal afirmação. Não perdeu importância, mas perdeu poder, deixou de ser, pelo menos a religião católica romana, fonte de amarras, de embotamento espiritual, intelectual e sexual, apesar dos esforços do Vaticano em sentido contrário.

Essa laicização contribui fortemente para a concretização da Revolução Sexual. Temas como sexo livre, sexo antes do casamento, sexo como fonte de prazer, divórcio, união estável, homossexualismo e união de pessoas do mesmo sexo vão, paulatinamente, deixando de ser tabus. O preconceito ainda

existe e é muito forte, quanto menos intelectualizado for o meio; a família modelo dos anos dourados ainda é cultivada, mas cada vez menos. Cada vez mais se abrem as perspectivas para uma sociedade plural, em que as pessoas convivem bem com o diferente.

Essa pluralidade sempre existiu, de fato. É que se intensificou, se desnudou. Numa sociedade patriarcal e rural (agrícola), a diversidade era menor e mais recôndita. No século XX, a sociedade se torna menos patriarcal e urbana (industrial), massifica-se. A população aumenta em níveis nunca antes vivenciados. A educação e a saúde se massificam. É óbvio que a diversidade será muito maior e mais explícita.

Coroando a diversidade, a Constituição de 1988 dignifica a família plural, abre as portas para novas tendências. É óbvio que não fecha o sistema. Deixa ao legislador e, principalmente, ao intérprete a tarefa de avançar sempre, de colmatar as lacunas, de aperfeiçoar o sistema, por meio de novas leis e da interpretação casuística. Mas lançou a Constituição as diretrizes: a família plural, a tolerância com o diferente, a dignidade humana como valor máximo, a igualdade entre sexos, entre cônjuges e companheiros, entre filhos, entre iguais, enfim.

Mas que se deve entender por diretriz hermenêutica? Afinal, este é o tema do presente trabalho. Diretriz é a linha que regula o traçado de um caminho; é instrução no cumprimento de uma tarefa. A tarefa, aqui, é a solução dos problemas concretos. Nela, o intérprete, ou seja, cada um de nós, deve ter em mente as instruções constitucionais, as linhas que regulam o traçado que deve percorrer ao desvendar as hipóteses de solução para os problemas concretos.

Será apenas na Constituição que se deve buscar essas instruções? Claro que não. Também se acham no Código Civil e em outras leis. É, porém, a

Constituição sua fonte matricial. Não se pode afastar, por óbvio, o permanente diálogo entre as várias fontes. O Código Civil e a Constituição estão em permanente colóquio, bem como as demais outras leis entre si, com o Código e com a Constituição. Entretanto, as fontes não se resumem apenas à lei escrita. Também dialogam mananciais não escritos, os costumes. E há outras mais fontes escritas, como a jurisprudência e a doutrina. De todas elas, intercomunicando-se sempre, nasce o sistema jurídico, onde o intérprete se inspira na busca das possíveis soluções para os problemas com que depara.

Essa visão dialógica das fontes, por mais incrível que possa parecer, é recente. Até muito pouco tempo atrás, a Constituição era hóspede intrusa nas questões de Direito Privado. Mesmo hoje, há quem resista a esse colóquio entre fontes, nos moldes atuais. De exemplos estão repletas jurisprudência e doutrina.

Para ilustrar, tomemos a questão do imóvel residencial da pessoa solteira. Estaria ele incluído na proteção da Lei 8.009/90?

A resposta parece-nos bastante óbvia, quando se impõe ao art. 1º do referido diploma legal interpretação teleológica e constitucional.

Ora, o objetivo do legislador foi o de garantir a cada indivíduo, quando nada, um teto onde morar, mesmo que em detrimento dos credores. Em outras palavras, ninguém tem o direito de “jogar quem quer que seja na rua” para satisfazer um crédito. Por isso o imóvel residencial foi considerado impenhorável. Trata-se, aqui, do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III da Constituição da República. O valor “personalidade” tem preeminência neste caso, devendo prevalecer em face de um direito de crédito inadimplido.

Nos meios tradicionalistas, contudo, para se chegar ao mesmo resultado, mas sem esse diálogo com a Constituição, há quem defenda a idéia de família

unipessoal, a fim de legitimar a proteção ao imóvel residencial da pessoa solteira. Trata-se de verdadeira ficção jurídica, que não se sustenta nem é necessária, uma vez que a questão se resolve a favor do devedor solteiro, com o amparo do art. 1º, III da Constituição, que eleva a dignidade humana ao patamar de fundamento da República. Com fulcro nesta norma, pode-se defender a idéia de um patrimônio mínimo, que garanta a sobrevivência condigna do ser humano, por mais inadimplente que seja.

Em artigo acerca do tema, Anderson Schreiber defende esse mesmo ponto de vista:

A proteção jurídica à dignidade da pessoa humana, valor fundamental do ordenamento brasileiro, abrange, como se sabe, a tutela dos múltiplos aspectos existenciais da pessoa: nome, imagem, privacidade etc. Inclui também a garantia dos meios materiais razoavelmente necessários – e não apenas mínimos – para o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Tal garantia decorre logicamente da própria tutela da dignidade humana, que se converteria em fórmula vazia não fosse dever do Estado, das instituições e da sociedade civil assegurar os meios necessários ao pleno exercício dessa dignidade.

Entre estes meios, avulta em importância a habitação, que, repita-se, é requisito inerente à formação e ao desenvolvimento da personalidade humana. [...] a Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, veio inserir expressamente no rol dos direitos sociais (art. 6º) o direito à moradia, com aplicabilidade direta e imediata.³

Com esse importante diálogo entre as várias fontes do Direito, o sistema jurídico ganha outra dimensão, muito mais aberta e receptiva. Não que passe a valer tudo. Não é bem assim. As soluções, por menos inovadoras que sejam, hão de se lastrear em argumentos lógicos, ponderáveis, com recurso, no mais das vezes, à dogmática, não à dogmática tradicional, por certo, mas a uma dogmática relida à luz dos novos paradigmas constitucionais, tendo a

³ SCHREIBER. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS; TEPEDINO *et al.* (org.) *Diálogos sobre o direito civil – construindo a racionalidade contemporânea*, p. 83-84.

dignidade humana como sustentáculo central. Essa, afinal, foi a instrução, a diretriz do constituinte, ao elevar a dignidade humana ao *status* de fundamento da República, no art. 1º, III.

O que se pode sentir, no mais das vezes, é um intenso terror de tudo aquilo que é novo e de tudo o que não se pode conceituar de forma muito clara e arredondada, de forma absoluta. Há sempre o medo do arbítrio, apanágio de recorrentes tempos passados.

A verdade, no entanto, é que o ceticismo pós-moderno, num Estado realmente democrático, rechaça a idéia de conceitos absolutos. Tudo é relativo. A própria verdade é relativa, bem como a liberdade, a segurança, a justiça, a dignidade, a riqueza e a pobreza etc.

Que é justiça? Que é dignidade? Que é riqueza? São todos conceitos relativos. É tudo aquilo que, por meio do livre diálogo, se considera justo, digno, rico ou pobre, por um grupo de pessoas, em certos tempo e lugar. Liberdade nos países árabes, de orientação muçulmana, tem sentido totalmente diverso do que para nós, no Ocidente romanizado. O mesmo se diga da justiça, da dignidade etc.

A busca por conceitos absolutos só leva ao malogro e, pior, à intolerância. Tudo o que não se amoldar aos conceitos absolutos, ideais, portanto, será errado e deverá ser destruído. É isso que desejamos? É essa a diretriz de nossa Lei Maior? Quero crer que não.

Em síntese, partindo do problema concreto, seguindo as diretrizes constitucionais, o intérprete deverá ponderar bens e valores, para encontrar no sistema uma ou mais hipóteses de solução. Essa ponderação de bens e valores não é absoluta e só é possível no caso concreto. Daí, serem, em tese, possíveis duas respostas antagônicas para um mesmo problema teórico. É que o Direito vivo não existe em tese.

A importância do problema concreto ganha relevo, quando o antagonismo de soluções deriva do próprio sistema. Na solução de casos concretos, pode haver contradição entre princípios. O princípio da igualdade entre os cônjuges pode bater de frente com o princípio do melhor interesse da criança. Num processo de separação, ambos os cônjuges querem a guarda dos filhos. A quem atribuí-la? O juiz deverá decidir com base, não no princípio da isonomia entre os cônjuges, inadequado à hipótese, mas no princípio do melhor interesse da criança. No entanto, é só diante do caso concreto, que se pode opinar. Muitas vezes, a guarda será compartilhada, exatamente com arrimo no princípio da igualdade parental.

Se algo sobressai na moderna hermenêutica jurídica é a importância dos princípios.

Princípio, hoje não se discute, não tem a conotação antiga, de fonte subsidiária, ainda presente na Lei de Introdução ao Código Civil. Princípio é norma jurídica, ao lado das regras. Posto que não escritos, têm valor, vigem materialmente e reclamam aplicação.

Princípio é norma geral e fundante, da qual se extraem outras normas e princípios. É norma essencial para a solução dos casos concretos, uma vez que é ela que serve de esquete ao intérprete. Assim, conseqüentemente, devemos dar aos princípios do Direito de Família o lugar de honra que têm que ocupar. E são vários e variados, por vezes, e só em tese, antagônicos: o da família plural; o da igualdade entre sexos, entre cônjuges ou companheiros, entre filhos; o do melhor interesse do menor; o da parentalidade sócio-afetiva; o da parentalidade biológica; o do filiocentrismo; e, *last but not least*, o da dignidade humana, para citar os mais importantes.

A família, desde sempre, pode-se dizer, nunca se organizou de modo estandardizado, padronizado. O que sempre houve, por vezes mais, por vezes

menos foram vãs tentativas de se enquadrar em molduras previamente estabelecidas por um grupo dominante. No mais das vezes, essas tentativas de padronização estiveram envolvidas por um véu de religiosidade insana, fanática, fundamentalista. O que não estivesse dentro dos estritos padrões da moralidade sectária, era relegado à marginalidade, à criminalidade. No Brasil, só a partir da década de 1960, iniciam-se os ventos de certa libertação. Os grilhões do catolicismo hipócrita são afrouxados, após décadas da laicização do Estado. Mas são precisos mais vinte anos ainda, para que o ordenamento jurídico reconhecesse a pluralidade e exigisse dos cidadãos o respeito, quando nada formal, pelo diferente, pelo minoritário, por tudo aquilo que fuja aos padrões da “normalidade” ditada pela dita maioria. Hoje, é, sem dúvida, princípio constitucionalmente consagrado o da família plural. Nele deve se basear toda a hermenêutica jusfamiliarista. Por exemplo, a Lei 8.009/90, quando trata da impenhorabilidade do imóvel familiar, refere-se à família nos moldes mais amplos e frouxos, sem qualquer amarra religiosa ou de outra natureza. Assim deve ser interpretada. Faz menção a cônjuges, é bem verdade, mas com base no princípio constitucional da família plural, o intérprete não pode restringir o vínculo ao matrimônio, mesmo porque, a mesma Lei fala em entidade familiar, numa abordagem bem mais ampla que a matrimonial. A questão não é controversa, como pode parecer do texto; foi citada apenas como exemplo de aplicação do princípio da família plural.

A família lida a partir da ótica civil-constitucional torna-se o *locus* da afetividade, das relações de amor e “ódio”, deixa de ser a esfera do *pater-familias*, transformando-se em centro de promoção da dignidade humana; da dignidade dos filhos, cujo tratamento partirá dos princípios da igualdade, do melhor interesse do menor e do filiocentrismo; da dignidade do casal e dos demais membros da família, seja qual for sua configuração.

Essa nova visão do Direito de Família conduzirá inexoravelmente à busca por amparo em outros ramos do conhecimento e da prática, principalmente a psicologia e a psicanálise. Não é possível dispensar uma análise psicológica dos assuntos familiares. Daí porque se rechaça com tanta veemência a abolição da idéia de culpa nos conflitos que sempre ocorrem no seio das “melhores famílias”. Afinal, de quem é a culpa se a mulher traiu o homem? Se o filho se tornou um trans“viado”, a quem culpar? É possível falar em indenização por danos morais advindos da má criação dada pelos pais aos filhos? É viável indenização por adultério? “Me perdoa por me traíres”...

A grande verdade é que, em Direito de Família não há verdades. Há, sim, casos concretos, que devem ser solucionados, um a um, sob o pálio de todos esses princípios e valores, hoje consagrados em nossa Lei Maior.

Para aprofundar os temas aqui abordados:

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 4. ed., Coimbra: Armênio Amado, 1987.

ARIÈS, Philippe *et al.* *História da vida privada*. São Paulo: Cia. das Letras, 1991.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2000.

BÄHR, Peter. *Grundzüge des bürgerlichen Rechts*. 7. Aufl., München: Vahlen, 1989.

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. 7. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- COSTA, Dilvanir José da. *Sistema de direito civil à luz do novo código*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. 9. ed., Lisboa: Livraria Clássica, 1957.
- DÍEZ-PICASSO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. 2. ed., Madrid: Tecnos, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- ENGELS, Fiedrich. *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Berlin: Dietz Verlag, 1983.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo. *Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 143, julho/setembro 1999.

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HATTENHAUER, Hans. *Europäische Rechtsgeschichte*. 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LACAN, Jacques. *O seminário*. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Código civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PONTES DE MIRANDA. *História e fontes do direito civil brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

- RABELO, Sofia Miranda. *Guarda compartilhada: uma nova visão para o relacionamento parental*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo *et al.* (org.). *Diálogos sobre o direito civil – construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROUSTANG, François. *Lacan – do equívoco ao impasse*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- VAN CAENEGEM, R.C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- WARNKÖNIG, L. A. *Commentarii iuris romani privati – De familia et successionibus*. Leodii: J. Desoer, 1829.
- WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996.

