

# **.DIRETRIZES PARA UMA NOVA HERMENÊUTICA NO DIREITO DE FAMÍLIA**

**TÂNIA SILVA TIBURZIO**

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo trazer aos operadores do Direito de Família algumas diretrizes a serem seguidas na difícil tarefa de aplicar e interpretar as normas deste campo do Direito, conciliando segurança e justiça. Através de uma reflexão sobre temas atuais, tais como; afeto, dignidade humana, interdisciplinaridade, subjetividade, adaptabilidade do ordenamento jurídico, etc., que certamente servem de alavanca para a Evolução do Direito de Família e contribuem para que sejam tomadas decisões mais justas e mais humanas, alcançando assim o fim último deste ramo do Direito, qual seja, o desenvolvimento e bem estar da família e de todos os seus membros.

## **SUMÁRIO**

- 1) INTRODUÇÃO
- 2) A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VETOR DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA
- 3) O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE
  - 3.1) Princípio da Afetividade no Direito Matrimonial
  - 3.2) Princípio da Afetividade e a filiação
- 4) A INTERDISCIPLINARIDADE COMO FATOR DE APRIMORAMENTO DA APLICAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA
- 5) PRÉ - COMPREENSÃO E SUBJETIVIDADE
- 6) AS CLÁUSULAS GERAIS E A MAIOR PERMEABILIDADE E ADAPTABILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO
  - 6.1) As cláusulas gerais no Código Civil
  - 6.2) A cláusula geral de inclusão do Art. 226 da Constituição Federal
- 7) CONCLUSÃO
- BIBLIOGRAFIA

## **1. INTRODUÇÃO**

No último século a família passou por profundas mudanças fruto de novos costumes, tais como a revolução sexual, o movimento feminista, o desenvolvimento da biotecnologia, etc. No entanto, a mais profunda e radical destas mudanças operou-se silenciosamente em seu interior: a passagem de unidade institucional, núcleo econômico e de reprodução a núcleo de companheirismo, amor e afeto.

A Constituição Federal de 1988, acompanhando esta tendência e revolucionando o ordenamento familiar brasileiro trouxe uma visão mais aberta e humana da família, recolocando a "pessoa" no centro do ordenamento jurídico, dando ao Direito uma visão mais humanista.

Nesta mesma trilha o Novo Código Civil Brasileiro em vigor deste Janeiro de 2003, concebe a família de modo mais pessoal e menos patrimonialista e através do uso de cláusulas gerais contribui de forma decisiva para que o Direito consiga acompanhar as constantes mudanças da sociedade e da família.

Mas será que nós aplicadores do Direito estamos prontos para este Direito humanizado e aberto?

Afinal, na área de família, mais do que em qualquer outra área do Direito, seus operadores precisam de uma aguçada sensibilidade e de um conhecimento multidisciplinar para que seja alcançada com segurança a finalidade da norma (ou como prefere Ihering, "o para quê" da norma) tendo sempre como norte os princípios constitucionais.

A realidade aponta para um incessante processo de construção e reconstrução de modelos familiares, desafiando o Direito e a sociedade a conviverem com as diferenças e paradoxos,

abrindo novas perspectivas para a completa realização do ser humano. Neste contexto a Hermenêutica Jurídica assume papel de destaque, pois o processo hermenêutico considera a norma como parte integrante do sistema jurídico, mas a considera, também, como meio para a solução de conflitos que não se caracterizam por suas dimensões estritamente legais, já que comportam aspectos sociais e valorativos, determinantes para a própria eficácia do Direito.

Este trabalho pretende apontar alguns possíveis caminhos para que os interpretes e aplicadores do Direito de Família consigam reconhecer os valores que estão subjacentes à letra da lei e, mais do que isto, cuidar para que estes valores continuem direcionados para causa do homem e da sociedade, pois ela só se justifica quando serve à dignidade e à natureza humana.

Inicialmente tratamos do Princípio da Dignidade Humana, que a partir da Constituição de 1988 passa a ser o último de todo o ordenamento familiar. A seguir tratamos do Princípio da Afetividade e conseqüentemente da importância do afeto nas relações familiares e na interpretação das normas que a elas dizem respeito. Tratamos ainda da questão da interdisciplinaridade como fator de aprimoramento do Direito de Família, uma vez que tomamos consciência da natureza plural do ser humano e de tudo a ele relacionado, destacando aqui a impossibilidade de ser o interprete e aplicador do Direito imparcial uma vez que lhe é impossível despir-se de sua natureza humana, sempre condicionada a sentimentos, valores e experiências passadas. Por fim tratamos do uso cláusulas gerais nas normas de Direito de Família como fator de constante adaptabilidade deste aos novos casos concretos que surgem a cada dia e que exigem do interprete sempre uma solução diferenciada. Por fim destacamos a cláusula geral de inclusão do Art. 226 da Constituição Federal e o uso das cláusulas gerais no Novo Código Civil Brasileiro.

## **2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VETOR DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA**

"O entendimento do que se diz estabelece-se a partir das causas do dizer: não é a palavra que deve sujeitar-se à palavra, mas a palavra a coisa" (São Tomás de Aquino)

A Hermenêutica Jurídica costuma ser apresentada como ciência ou mais especificamente como a parte da Ciência do Direito que tem por objeto as técnicas de interpretação. A complexidade das ciências sociais, sempre referidas a valores, faz com que a verdade se mostre de forma oculta ou que seja, ao menos discutível. E o Direito não foge a regra. A Hermenêutica Jurídica refere-se a todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implica na compreensão total do fenômeno que requer solução. Não basta detectarmos o fato e encaixá-lo a uma lei geral e abstrata. O Direito é comprometido com valores e a norma que buscamos no texto através da interpretação encontra-se relacionada a uma situação histórica na qual fazem parte o sujeito (interprete) e o objeto a ser interpretado (fato e norma).

"As leis positivas são formuladas em termos gerais, fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito".

O Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro ao declarar que "na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", deixa claro que cabe ao interprete, mais do que reconhecer na norma os valores e princípios da democracia social, cuidar para que estes continuem direcionados para a causa do homem e da sociedade, servindo assim de agente eficaz no progresso das instituições jurídicas.

A interpretação e aplicação do Direito devem considerar a causa do homem, visto como ser humano que vive em sociedade e que aspira o bem comum.

Ao aplicarmos uma norma jurídica devemos estar atentos a sua finalidade (ou como queria Ihering, o para que? da norma), adaptando-a a nova realidade social, econômica e política a fim de alcançarmos o equilíbrio e a harmonia da sociedade em que vivemos.

Com o Direito de Família não poderia ser diferente. Mas qual seria a finalidade social do Direito de Família?

A partir da Constituição Federal de 1988, a finalidade de todo o ordenamento jurídico brasileiro e conseqüentemente do Direito de Família passa a ser a promoção da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), que se traduz, segundo Antônio Junqueira de Azevedo em :

a) respeito à integridade física e psíquica das pessoas;

b) consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida e, c) respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.

O princípio da dignidade da pessoa humana, que é prólogo de várias cartas constitucionais modernas, alicerça-se na filosofia kantiana de que o ser humano existe como um fim em si mesmo, ou seja, como algo que não pode servir simplesmente de meio para a consecução de determinado resultado e que a humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma.

A consagração deste princípio implica em considerar o homem o centro do universo jurídico, independentemente de sua idade, sexo, raça, cor, língua, condição de saúde, religião, posição social, econômica, política e cultural e daí decorre que o Estado tem a obrigação na elaboração do Direito e também na sua aplicação de zelar pela igualdade entre os homens, já que a consideração da pessoa humana é um conceito dotado de universalidade, que não admite distinções.

No âmbito da família este princípio se reflete no fato de ela passa a ser concebida com base na igualdade e na liberdade. "Igualdade total dos cônjuges e entre os filhos, independentemente da condição de nascimento; liberdade de constituir e extinguir relação conjugal; liberdade assentada na garantia da integridade física, mental e moral; liberdade de fixar os números de filhos; liberdade de se planejar"

E ainda e talvez a mais importante implicação do princípio da dignidade da pessoa humana para os operadores e principalmente para o intérprete é o fato de que a família passa a ser o espaço de realização do ser humano, só tendo validade quando tem esta realização como objetivo final.

### 3. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A partir do séc. XX, especialmente depois da segunda metade com a revolução sexual, unir-se a alguém e ter filhos passou a ser encarado com absoluta naturalidade, sem preconceitos ou tabus.

O afrouxamento dos costumes pré-conjugais trouxe uma maior afetividade no relacionamento matrimonial, já que as pessoas passaram a negligenciar, desconhecer as considerações ditadas pela prudência e interesses familiares e passaram "apreciar seu parceiro calcados somente na inclinação, na afeição e na aventura amorosa".

A partir deste momento então, a família deixa de ser essencialmente uma unidade econômica e de reprodução e se torna núcleo de companheirismo, troca de afetos e amor. "Perdendo função após função, acabou por encontrar a sua propriedade, que é ser locus de amor, sonho, afeto e companheirismo".

Esta evolução social da família foi sentida no Direito quando em 1988 a Constituição Federal trouxe a afetividade como princípio implícito do Direito de Família, facilmente encontrado através da interpretação sistemática de alguns de seus dispositivos, tais como:

- a) todos os filhos são iguais independentemente de sua origem (Art. 227, § 6º);
- b) a adoção como escolha afetiva, ergueu-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (Art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (Art. 226, §§ 3º e 4º);
- d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que afetividade desapareça (Art. 226, §§ 3º e 6º);
- e) os pais devem assistir, criar e educar os filhos menores e a os filhos maiores devem ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (Art. 229).

O Princípio da Afetividade, como princípio constitucional que é, passa então a vincular o aplicador, sendo aplicável às entidades familiares e aos seus membros com força obrigatória.

Neste sentido dispõe Pietro Perlingiere :

"O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente as relações de sangue, mas, sobretudo, aquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida (...) Se o dado unificador é a comunhão espiritual e de vida, deve ser evidenciado como ela se manifesta em uma pluralidade de articulações, em relação aos ambientes e ao diverso grau sócio-cultural da família nuclear sem filhos à grande família> cada forma familiar tem uma própria relevância

jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa (...)"

### 3.1. Princípio da Afetividade no Direito Matrimonial

O amor conjugal comporta uma totalidade na qual entram todos os componentes da pessoa, corpo e instinto, força do sentimento e da afetividade, espírito e vontade. O amor conjugal dirige-se a uma unidade profundamente pessoal, aquela que, para além da união numa só carne, não conduz senão a um só coração e uma só alma. (João Paulo II)

No Direito Matrimonial, um ótimo exemplo da importância dada ao afeto na atualidade é o caso de que os tribunais têm considerado não sujeitos à partilha os bens adquiridos durante o período de separação de fato do casal. É a chamada "despatrimonialização" do Direito de Família que se caracteriza pela consciência de que a pessoa e seus aspectos amorosos-afetivos são a base da família contemporânea e que os interesses materiais apenas emergem secundariamente quando os primeiros se extinguem.

Neste sentido:

"A leitura da norma legal pertinente à comunhão de bens diz respeito àqueles existentes antes do casamento ou havidos na sua constância. A constância do casamento pressupõe a convivência matrimonial. Sem convivência, rompido de fato o vínculo, inexistente casamento gerando direitos e obrigações". (Ap. Civ. 990.066.965 - 5ª Cam. Civ. TJRS - j. 06.12.1990 - Des. Lio Schmitt).

Afinal, a ratio essendi das normas relativas à comunhão de bens entre cônjuges é a existência, real e concreta, de vida em comum, não havendo sentido em jurídico, nem moral a aplicação de um regime de comunhão de bens a um casal que não é mais um casal pela ausência absoluta da affectio maritalis.

Uma exegese diferente da aqui exposta nos levaria a uma situação extremamente injusta, conflitante com os valores constitucionais, pois aceitar a partilha de bens adquiridos em espaço de tempo onde não havia partilha de afeto é tornar o acessório (patrimônio) em principal (afeto).

O Direito de Família na atualidade deve ser repensado e construído em bases reais para entrar em sintonia com valores que apontam para a realização da pessoa humana, pelo o que ela é e não pelo que ela tem.

Ainda se tratando de Direito Matrimonial, outra manifestação da aplicação do Princípio da Afetividade, é a existência de jurisprudência simpática à improcedência de ações de separação judicial fundadas em adultério, quando o casal vivia em prolongada e firme separação de fato, uma vez que se cessada a coabitação, logicamente não pode subsistir o dever de fidelidade.

A família só tem sentido enquanto unida por laços de respeito, companheirismo, amor e afeto. Inexistentes estes atributos, o que existe é um mero "elo de direito", sem vinculação fática. A noção de fidelidade só se insere na relação conjugal quando há efetiva comunhão de vida.

Neste sentido:

"Modernamente se tem entendido que o adultério pressupõe vida em comum, e, por isso, a prolongada separação de fato dos cônjuges não mais lhes impões o dever de fidelidade recíproca". (RJTJSP 47/81)

### 3.2. O Princípio da Afetividade e a filiação

Um pai, quando gera e sustenta seus filhos, só realiza com isso um terço da sua tarefa. Ele deve homens à sua espécie, deve à sociedade seres sociáveis e deve cidadãos ao Estado. Todo homem que pode pagar essa dívida tríplice e não paga é culpado, e talvez ainda mais culpado quando só a paga pela metade. Quem não pode cumprir os deveres de pai não tem direito de torna-se pai. (Jean Jacques Rousseau)

No que diz respeito à filiação, o Direito sempre se valeu de presunções fundadas em preconceitos históricos decorrentes da família patriarcal fundada no casamento, tais como:

a) a presunção pater is est quem justae nuptiae demonstrant, fazendo valer um vínculo de filiação entre a criança e o homem que contraiu matrimônio com a mulher que gerou esta criança (Arts. 1.597 e 1.598 do Código Civil)

b) a presunção mater semper certa est, impedindo a investigação da maternidade contra mulher casada;

c) a presunção de paternidade atribuída ao homem que teve relações sexuais com a mãe da criança no período da concepção;

d) a presunção *exceptio plurium concubentium*, que se traduz ausência de exclusividade por parte da mulher nas relações sexuais mantidas com o suposto pai de seu filho, (o que faz presunção em favor do apontado pai para excluí-lo da paternidade);

Com a Constituição federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.69/90) e a Lei de Averiguação Oficiosa da Paternidade (Lei 8.560/92), paralelamente a evolução da engenharia genética, cuja conquista fundamental deu-se com o exame de DNA, outras presunções surgiram.

A presunção da paternidade, nas hipóteses de filiação aparentemente oriunda de um casamento perde força diante da certeza de filiação obtida com o exame de DNA e nos casos de filiação não-matrimonial, onde há a presunção *exceptio plurium concubentium*, a prova científica faz também esta perder força, pois, apesar de ter havido pluralidade de parceiros, o DNA pode dizer se aquele apontado como suposto pai o é realmente.

No entanto o modelo tradicional e o modelo da biologização da paternidade pecam no essencial, pois a "a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica, cuja função era indispensável à família patriarcal, que desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século", ela é antes de tudo uma entidade plural, preocupada com o bem estar dos sujeitos que a compõem.

Por consequência, a paternidade não pode ser vista como mero ato de geração, pois ela é construída pelos laços do afeto e solidariedade e pela influência do ambiente familiar, uma vez que os laços de afeto derivam da convivência e da proximidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai e sim o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança".

Assim, a paternidade sócio-afetiva vem suplantar a paternidade biológica pois ela é um salto à frente da pessoa nas relações familiares.

Entre privilegiar a verdade biológica e a sócio-afetiva, ainda que sobre aquela não pairasse quaisquer dúvidas em razão do exame do DNA, é possível ficarmos com a sócio-afetiva. Para isso, não é necessário grande esforço de raciocínio, mas uma simples ponderação teleológica, segundo a qual, da aplicação do direito, não deve resultar injustiças.

No entanto, esta nova ordem de idéias não afasta a relevância do conhecimento da paternidade biológica, até porque, a partir do ECA (Art. 27), este passa a ser um direito elementar, personalíssimo, imprescritível e indisponível, fundamental a formação da personalidade humana.

Por fim cabe aqui reproduzirmos as palavras do Prof. Edson Fachin

"(...) A descendência genética é assim um dado; a filiação sócio-afetiva se constrói; é mais: uma distinção entre o virtual e o real.

A verdade biológica é verdade desde logo, do início, principia e acaba com o fim da existência do descendente, mantém-se incólume, às vezes inexpugnável. (...)

A verdade sócio-afetiva pode, até nascer de indícios, mas toma expressão na prova, nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, (...) É o pai de emoção e sentimentos, e é o filho do olhar embebido que reflete aqueles sentimentos".

#### **4. A INTERDISCIPLINARIDADE COMO INSTRUMENTO DE APRIMORAMENTO DA APLICAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA**

Pobre coisa um jurista que não é mais que um jurista! (Martinho Lutero)

No Direito de Família atual, ao contrário do que ocorre em outros ramos do conhecimento onde há uma tendência para uma especialização cada vez maior, observa-se uma busca pela interdisciplinaridade.

A interdisciplinaridade constitui importante instrumento de reorganização do meio científico, a partir da construção de um saber que toma emprestado os saberes de outras disciplinas, integrando-os num conhecimento de um nível hierarquicamente superior.

A interdisciplinaridade amplia a potencialidade do conhecimento humano, pela articulação entre as disciplinas e o estabelecimento de um diálogo entre os mesmos, visando a construção de uma conduta epistemológica.

A crescente especialização do conhecimento representa em certa medida uma desumanização

do homem, pois a unicidade do homem está em sua natureza geral. Ao contrário dos animais, o homem recusa-se a ficar dentro dos limites de uma estreita especialização, que tolheria para sempre a direção e o alvo de seu desenvolvimento. O homem manteve a inteligência generalizada e a forma não especializada, o que lhe permitiu a invenção de instrumentos de trabalho, a criação de tecnologia e o desenvolvimento psicológico. O perigo principal existente no aumento da especialização do trabalho do homem é a sua transformação em mero técnico, embora muito eficiente, cuja imaginação se degenera por falta do alimento proveniente da fertilização intercambiada, das analogias inesperadas, das comparações frutuosas, que são os estímulos dos não especialistas.

Portanto, os operadores do Direito de Família não podem se enclausurar em um mundo essencialmente normativo e técnico, com conhecimentos exclusivamente jurídicos, pois neste campo de trabalho estão sempre presentes emoções e afetos que de maneira inconsciente ditam comportamentos que se refletem nas questões jurídicas.

"As relações familiares estão para além do mero conhecimento da ratio legis, e alcançam todas as tendências que ns remetem, na atualidade, para um Direito mais humano na sua finalidade social, encontrando abrigo no respeito aos direitos de cada ser, na sua individualidade. Esse exercício exige dos profissionais da área jurídica a captação de outros campos do saber", tais como Antropologia, Sociologia e principalmente Psicanálise, "e sensibilidade na solução do caso concreto, se não almejarmos ser meros espectadores".

As questões jurídicas como patrimônio, alimentos, guarda e direito de visitas somente podem ser tratadas adequadamente se considerados os fatores emocionais envolvidos. Com freqüência os filhos são usados para o casal se atacar mutuamente e para justificar o uso de certos meios legais, através dos quais supostamente serão defendidos seus interesses.

Cada um dos separados quer se indenizado pelos prejuízos sofridos decorrentes do amor que acabou, e assim o dinheiro assume significações simbólicas, tais como prêmio ou castigo. O patrimônio deixa de ter sentido econômico, para representar perdas emocionais e o luto pelo sentimento que se foi.

Diante deste quadro é fácil constatar que entre Direito de Família e Psicanálise existe uma estreita e permanente relação. A parte somente recorre ao Judiciário quando o vínculo afetivo se desfaz.

"A lei é para aqueles que não querem dar afeto ou para aqueles que não têm afeto, (...) Na verdade, a lei entra para socorrer aqueles que não têm a paternidade reconhecida, aqueles que não recebem pensão por pirraça ou briga. A lei socorre em casos de litígio conjugal, que é uma típica situação de desafeto, de desamor e até ódio (...) Aliás o Direito só existe porque existe o torto, como já disse DelVecchio".

"O ódio não só sustenta uma relação como dá força a ela e deixa as pessoas vinculadas, (...) tanto ou mais que o amor e é isso inclusive que sustenta os eternizantes processos de separação litigiosa".

Cada um dos ex-cônjuges busca provar a sua verdade, negando sua própria culpa e atribuindo ao outro a responsabilidade pelo fim da relação, pelo sonho desfeito, pela perda do objeto amoroso. Cada um busca sua absolvição, ansiando pela proclamação judicial de sua inocência e a responsabilização do outro pelo fim da relação com a imposição de uma respectiva sanção.

Assim, "os fatos concretos não são levados ao Judiciário, mas sim a versão de cada um, impregnada de emotividade, o que dificulta a percepção da realidade".

Neste ponto, importante papel assume a Mediação Familiar, uma vez que ela funciona como um "filtro" de emoções, fornecendo condições mínimas para que as partes envolvidas, em situação de crise, passem a operar de uma maneira mais madura.

A Mediação é uma prática social, um método de condução de conflitos, voluntário e sigiloso por meio do qual uma terceira pessoa neutra, imparcial e especialmente formada, colabora com as pessoas que se encontram em um impasse, de modo a que restabeleçam a comunicação, podendo chegar a um acordo, se esse for o caso, que os beneficie, propiciando um melhor gerenciamento dos aspectos envolvidos.

A Mediação é extremamente eficaz nos conflitos que envolvem crianças, como por exemplo, a questão da determinação do "melhor interesse da criança" nas ações de guarda, permitindo que sejam avaliadas e estabelecidas as melhores condições de atendimento às necessidades da criança. Afinal, esta questão, se não for a mais importante é com certeza a que mais se repercute no tempo.

O conflito envolvendo crianças não termina com o fim do litígio, porque os litigantes continuam

tendo uma complexa interação muito tempo após o julgamento. Quando um Juiz resolve equivocadamente com qual dos pais ficará a guarda dos filhos, corre-se o sério risco de se formar novos, inesperados e insolúveis conflitos.

Por fim, com relação à Interdisciplinaridade é importante destacar que esta se trata de uma "conduta" individual, e não coletiva.

A produção de conhecimento interdisciplinar é oriunda da adoção de uma atitude individual, construída com suporte na observação e na cooperação com outros ramos do conhecimento. Portanto, é fundamental que os operadores do Direito, e particularmente os operadores do Direito de Família, despertem para esta nova manifestação de inteligência e para esta nova pedagogia, que se opõe à extrema especialização.

## **5. A PRÉ-COMPREENSÃO E SUBJETIVIDADE**

Cada criatura humana traz duas almas consigo: uma que olha de dentro para fora, outra que olha de fora para dentro. (Machado de Assis)

Os operadores do Direito, e em especial os juizes não são neutros, não podem ser vistos como tábuas rasas. O Juiz ao ler um enunciado normativo não o interpreta e o compreende com imparcialidade, ao contrário, o Juiz no ato de interpretar será influenciado por uma série de valores que fatalmente irão condicionar a sentença.

Assim, a compreensão de um texto legal pressupõe um " poder puramente técnico e os conhecimentos, as capacidades e as habilidades a ele conexos, isto é , uma relação de experiência com as coisas das quais se fala no texto."

A este fenômeno a moderna teoria da interpretação deu o sugestivo nome de pré -compreensão, que pode ser entendido como uma antecipação de sentido do que se compreende ou uma expectativa de sentido determinada pela relação do interprete com a coisa no contexto de determinada situação. Assim a ação interpretativa parte de um conjunto de conceitos e conhecimentos prévios e de certa forma sedimentados, que nos possibilita alcançar suas conclusões com um mínimo de previsibilidade.

Simplificando: Quem quer que tenha de resolver um problema, fá-lo a partir da hipótese que ele mesmo formula. No procedimento interpretativo ocorre uma coisa semelhante mas, no entanto mais complexa. Registra-se uma disposição inicial do interprete em entender o texto de um certo modo: percebe-se os sentidos que o texto nos deverá comunicar em um determinado horizonte de expectativa o qual influi no ato da interpretação e no seu resultado.

Assim, a pré-compreensão precede e condiciona a interpretação e conseqüentemente o ato decisório, uma vez que é constituída pelos valores, modos de comportamento, preconceitos e principalmente pela inserção do interprete num contexto de tradição.

O Juiz, como homem que é tem sua personalidade moldada por todo o peso do passado., já nasce com uma visão de mundo emoldurada por todo um passado coletivo, carregado de valores, crenças e preconceitos.

É possível perceber, então que a figura de um Juiz imparcial que interpreta a lei e diz o Direito não pode mais ser vislumbrada. Não é possível a ilusão de um conhecimento imparcial ou neutro da realidade, é inevitável a participação do sujeito com seu conjunto de valores no processo de conhecimento e portanto no processo decisório . A propósito, a origem etimológica da palavra latina sentença vem do verbo sentire, é dizer, experimentar uma espécie de intuição emocional.

A luz de tais observações devemos destacar as peculiaridades da relação entre Direito de Família e pré-compreensão. Se a família é nosso microcosmo existencial, o meio do caminho entre o "eu" e o mundo exterior, então mais difícil será para o intérprete e aplicador do Direito de Família se desvencilhar de sua bagagem cultural e social com o intuito de ser o mais imparcial possível, uma vez que nesta área do Direito somos também bombardeados por nossas emoções, sentimentos e experiências pessoais como membros de uma entidade familiar.

Se o tributo da consciência de si mesmo é devido a qualquer ser humano, assim mais ainda quando ele se tratar de um Juiz, que tem o ônus e o privilégio de analisar as situações, posicionando-se, dentre as escolhas possíveis a que maior oferece seguridade, legalidade e imparcialidade. Não podendo abdicar dessa imensa tarefa, deve o Juiz saber das influências e abalos que sofrem a razão quando da sua escolha.

Assim, o Juiz tendo a percepção dos conceitos e preconceitos que formam a personalidade de cada ser humano e também a sua, pode preferir uma decisão mais justa, adequada ao verdadeiro sentido que determina a lei, rompendo com certos processos inconscientes e

aproximando a lei do fato social e das aspirações do bem-comum.

Neste sentido, temos que no ato de julgar é indispensável estudo e reflexão sobre si mesmo e sobre a sociedade. A ponderação dos valores e a justa aplicação das regras e dos princípios jurídicos depende da sensibilidade dos juizes. Para bem julgar, os magistrados não precisam ter apenas um conhecimento apurado dos fatos; a certeza da prova produzida não é suficiente para a produção de resultados satisfatórios no plano do Direito de Família. A interpretação deste ramo do Direito, mais do que qualquer outro, exige muita compreensão do ser humano, a fim de que o amor e o afeto possam ser considerados como os fundamentos mais importantes para a realização do homem em sua vida em sociedade.

A atividade jurisdicional nunca poderá ser substituída pela máquina, ela não é e nunca poderá ser automática. Somente o Juiz como elemento humano que é, dotado de razão e sensibilidade, é capaz de ponderar e decidir. A discricionariedade atribuída a ele, pode muitas vezes produzir dúvidas, mas para isso é exigida não apenas a fundamentação de suas sentenças, como também prevalece a regra do duplo grau de jurisdição, ambas capazes de oferecer alguma espécie de controle e segurança.

## **6. AS CLÁUSULAS GERAIS E A MAIOR PERMEABILIDADE E ADAPTABILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO**

O sistema jurídico pode ser classificado como aberto ou fechado. Será fechado quando fundado em dogmas de plenitude, de legalidade e de generalidade. Parte-se da idéia que de que o sistema é ordenado e completo, em relação a um conjunto de casos e condutas, em que a ordem normativa delimita o campo da experiência, daí o postulado da plenitude hermética do Direito.

Para os partidários do sistema fechado não o problema da existência de lacunas ficaria resolvido. Toda e qualquer lacuna é uma aparência nesse sistema que é manifestação de uma unidade perfeita e acabada.

Já o sistema aberto é aquele que admite que entrem no ordenamento jurídico elementos que lhe são estranhos, a fim de que interajam com aqueles já reconhecidos, buscando-se uma constante adaptação a realidade social. Assim o sistema jurídico aberto é prospectivo e mutável, porque se parte do pressuposto de que é impossível ao âmbito da normatividade abranger a totalidade das complexas hipóteses de conflitos sociais que surgem no dia a dia.

"O sistema aberto tem afinidade com a idéia de que o ordenamento jurídico não é apenas formado por normas, mas também por fatos e valores. Radica o sistema aberto na idéia-força de que o sistema jurídico é lacunoso."

Atualmente, qualquer idéia que defenda a completude do ordenamento jurídico é inaceitável, ganhando força a existência de sistemas jurídicos abertos, que garantem maior liberdade ao juiz na interpretação do ordenamento jurídico, criando assim uma norma individual para cada caso concreto.

Dentre os vários instrumentos que garantem esta elasticidade ao sistema jurídico e aberto e garantem sua atualização no tempo, o mais importante deles é a utilização das cláusulas gerais. Por cláusula geral compreendemos "uma formulação hipotética legal, que em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos."

As cláusulas gerais não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente starting points ou pontos de apoio para a formação judicial da norma do caso concreto. São destinadas ao juiz que "criará" a norma do caso concreto de acordo com os valores impregnados na realidade social, ou seja, o conteúdo vago da cláusula geral será preenchido por esses valores.

O magistrado ao analisar o caso concreto, na interpretação e aplicação da norma, irá encontrar nas cláusulas gerais uma forma de adaptabilidade daquele a esta, diante de seu alto grau de plasticidade, permitindo por assim dizer um elevado grau de atualidade ao ordenamento jurídico.

No entanto ao lado da vantagem das cláusulas gerais em criar janelas no direito legislado, surge a desvantagem de provocar determinada incerteza acerca da efetiva dimensão de seus contornos, crescendo extraordinariamente o dever do juiz de fundamentar a decisão, deixando claro os elementos, valores e padrões que motivaram a decisão.

São exemplos de cláusulas gerais a utilização de termos como, boa-fé, bons costumes, comunhão plena de vida, equidade, proibidade, finalidade social, etc.



## 6.1. As cláusulas gerais no Código Civil

Os grandes códigos do século XIX foram construídos como sistemas fechados, ou seja, foram concebidos para serem os mais impermeáveis possível à intervenção da realidade e do poder criador da jurisprudência.

Partia-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico é completo e que nele já se encontrava a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social. Os elementos componentes do ordenamento jurídico fechado resumem-se as normas, sendo que valores éticos, dados econômicos, científicos, tecnológicos e elementos de ordem social são vistos como elementos estranhos ou metajurídicos.

Contudo, o Código Civil Brasileiro de 2002, ao contrário do Código de 1916 e acompanhando tendência já presente em ordenamentos jurídicos de todo o mundo trouxe como pressuposto metodológico o emprego de numerosas cláusulas gerais.

Nas cláusulas gerais, como já dito acima, a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, cujos termos têm propositalmente significados vagos, abertos e fluidos.

No entanto, as cláusulas gerais foram estrategicamente inseridas no Código Civil com o objetivo de disciplinar as matérias mais importantes e aquelas que exigem maior mobilidade e abertura para as modificações da realidade, "deixando ao interprete uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato".

O Direito de Família, como não poderia deixar de ser, foi beneficiado com as cláusulas gerais, como por exemplo, no Art. 1.511 que prescreve: "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges".

A vaguidade da cláusula comunhão plena de vida possibilitará a adaptação de todas as normas referentes à sociedade conjugal aos valores de cada época, garantindo, assim, total atualidade ao código. Esta cláusula será preenchida com o conteúdo valorativo que for captado ao longo dos anos de que representará, em determinado momento histórico, comunhão plena de vida. Parte-se de termos vagos e imprecisos que serão colmatados com valores que emergirão através da evolução social do casamento. Não se tem, assim, conceitos rígidos do que seja comunhão plena de vida.

A cláusula geral da comunhão plena de vida foi proposta, no Anteprojeto do Código Civil por Clóvis do Couto e Silva, que assim explicava a sua operatividade:

"A expressão comunhão plena de vida constitui-se em cláusula geral, conceito operativo e representa para o direito de família o mesmo que a boa-fé para o direito em geral e, em particular, para o das obrigações. Os princípios que dele (sic) podem derivar não são determináveis a priori. (...) Conceito de conteúdo não inteiramente determinado, será objeto de concreção através das atividade jurisdicional, sendo elemento relevante para o raciocínio casuístico, para a solução dos problemas concretos de direito de família. Sua função principal é a de sintetizar e enriquecer os deveres mútuos dos cônjuges, que de modo algum se esgotam na enumeração do código Civil."

Outro importante exemplo de cláusula geral no Direito de Família é a contida no Art. 1.593 que declara: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem", sendo que neste caso a expressão outra origem funciona como janela para uma série de situações impossíveis de serem elencadas pelo legislador, mas que estando em harmonia com os princípios da afetividade e da dignidade humana podem e devem ser tuteladas pela ordem jurídica, como por exemplo o nascimento de criança fruto de técnica de reprodução assistida com a utilização de material genético de terceiro que não do casal que resolveu se socorrer de tal técnica, sendo descabido a afirmação de que nesses casos o vínculo de parentesco existirá apenas entre os pais e o filho, sem se considerar a produção de outros vínculos com os parentes em linha reta e em linha colateral dos pais.

E ainda é devemos ressaltar a cláusula geral do Art. 1.612 que ao estabelecer que a guarda ficará com o genitor que melhor atender aos interesses do menor, estabelece uma série de diretrizes ao magistrado, porém esses critérios não são absolutos, podendo o magistrado decidir de maneiras diferentes em cada caso, observando as peculiaridades de cada família.

## 6.2. A cláusula geral de inclusão do Art. 226 da Constituição Federal

A Constituição contendo princípios gerais, dotados de alto grau de abstratividade, e enunciados em linguagem vaga é também um sistema aberto, o que se possibilita maior liberdade criadora ao interprete e daí a possibilidade de sua atualização, cumprindo a interpretação o papel de fator renovador da ordem jurídica, atento às mudanças acontecidas na sociedade e ao desenvolvimento e surgimento de novas ideologias.

A interpretação da constituição deve ser ativa, revelando a vida concreta e atual, sem perder de vista os princípios constitucionais, sua unidade e eficácia.

O Art. 226 da Constituição Federal ao declarar que a Família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado na pessoa de cada um de seus membros operou a mais radical transformação no âmbito do Direito de Família constitucionalizado, pois ao mencionar 'a família' não fez referência a um determinado tipo de família e sim a qualquer família, constituindo uma cláusula geral por excelência.

Pode-se dizer que este artigo, (incluindo seus parágrafos 4 e 8), é uma cláusula geral de inclusão, uma vez que este entendimento é o que melhor responde ao princípio da realização da dignidade da pessoa humana, assim as formas de entidades familiares explicitadas nos parágrafos do Art. 226 são meramente exemplificativas. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos na abrangência do conceito indeterminado de família indicado no caput e "como todo conceito indeterminado depende de concretização dos tipos, na experiência de vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade."

A Constituição, assim possibilita e exige dos operadores do Direito que, no procedimento hermenêutico resultante da interação entre o texto e a realidade, considerem o "direito fundamental da pessoa humana de realizar sua aspiração de ter uma família, sem um a moldura prévia que obste, no todo ou em parte, a realização legítima desse desejo.

A partir deste fato temos que a melhor interpretação é aquela que considera entidade familiar as pessoas solitárias, a comunidade constituída por parentes, especialmente irmãos, as uniões homossexuais e etc, uma vez que não existem regras únicas e muito menos modelos únicos ou preferenciais e o que importa é que a comunidade familiar seja espaço de afetos e de tutela da realização da personalidade de seus membros.

## **7. CONCLUSÃO**

A partir de 1988 a Constituição passa a ser o parâmetro para a elaboração e aplicação do Direito Civil como um todo, mas principalmente do Direito de Família, que, a partir de então ganha uma nova e importantíssima função, qual seja a promoção da dignidade humana e do bem estar da família e de todos os seus membros.

Neste contexto, a Hermenêutica assume um papel essencial, pois caberá a ela fazer com que o ordenamento jurídico continue sempre cumprindo seu papel e se harmonizando com as novas realidades. O Direito é feito para reger e direcionar homens, seres que pensam, sentem, movem, agem e se modificam e por isso deve acompanhar e se adaptar aos homens e às suas vidas.

Ao interpretar o Direito, não devemos nos ater somente ao texto, às palavras e sim devemos levar em conta as necessidades sociais, as exigências de justiça e equidade, realizando-se assim um a interpretação real, humana e socialmente útil. Na dúvida entre o formalismo das regras jurídicas e a realização humana e social do Direito, devemos optar sempre a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana.

Aos operadores do Direito e aos juristas deste milênio caberá o desafio de conciliar estes novos parâmetros, prevalecendo o bom senso, a criatividade e também (porque não) imaginação.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ALMEIDA, Maria Christina de. Paternidade biológica, sócio-afetiva, investigação de paternidade e DNA. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e cidadania - O novo CCB e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 2002, p 449 - 460.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Réquiem para uma certa dignidade humana. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e cidadania - O novo CCB e a vacatio legis. Anais do III

Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 2002, p. 329 - 351.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação - Uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro, 2ª ed., Ed. Renovar, 2001.

CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese de "adoção à brasileira". Revista Síntese, n. ° 59, p. 19 - 20, jan. 2002.

CASSANO, Giuseppe. Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia - Brevi cenni per le riforme del terzo millennio. [Http:// www.diritto.it/](http://www.diritto.it/).

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo, 2ª ed., Ed. Saraiva, 2001.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Pensão alimentícia entre cônjuges e o conceito de necessidade. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e cidadania - O novo CCB e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 2002, p. 195 - 225.

BARBOSA, Águida Arruda. A Política Pública da Mediação e a experiência brasileira. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e cidadania - O novo CCB e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 2002, p. 317- 327.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; COSTA, Judith Martins. Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo, Ed. Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - vol. 5. São Paulo, 17ª ed. Ed. Saraiva, 2002.

----- . Compêndio de introdução à Ciência do Direito. São Paulo. Saraiva, 1991.

DUARTE, Liza Bastos. A impossibilidade humana de um julgamento imparcial. Revista de Direito Privado, n. ° 12, p. 226 - 259.

FACHIN, Luís Edson. Da paternidade - relação biológica e afetiva. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

----- . Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. Em busca da família do novo milênio. (Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo). Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2001.

----- . Da filiação. In DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de Família Brasileiro (Introdução - Abordagem sob a perspectiva civil-constitucional). São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

----- . Das relações de parentesco. In DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira (Coords.). Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2001.

LÔBO, Paulo Luís Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do numerus clausus. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e cidadania - O novo CCB e a vacatio legis. Anais do III Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte, IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 2002, p. 89 - 107.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. Rio de Janeiro, 17ª ed., Ed. Forense, 1998.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. A hermenêutica jurídica de Hans-George Gadamer e o pensamento de São Tomás de Aquino. [Http:// www.cjf.gov.br/](http://www.cjf.gov.br/).

NADER, Paulo. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro, 7ª ed., Ed. Forense, 1998.

----- . Introdução ao estudo do Direito. Rio de Janeiro, 21 ed., Ed. Forense, 2001.

NASH, Paul. Autoridade e liberdade na educação. Rio de Janeiro, Edições Bloch, 1968.

OLIVEIRA, José Sebastião. Fundamentos constitucionais do Direito de Família. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A vitória da ética sobre a moral. Revista Jurídica Del Rey, n. ° 8, mai. 2002, p. 05- 08.

----- . Direito de Família. Uma abordagem Psicanalítica. Belo Horizonte,

2ª ed., Del Rey, 1999.

----- e DIAS, Maria Berenice (Coords.) Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

PERLINGIERE, Pietro. Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.

VILLELA, João Baptista. Repensando o Direito de Família. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Repensando o Direito de Família. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 1999.

----- . Desbiologização da paternidade. Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família. n.º 11, set./out. 2001, p. 3- 4.