

UMA PRINCIPIOLOGIA PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

1 – INTRODUÇÃO

As idéias que trago aqui são os frutos de minha reflexão a partir da minha “clínica do Direito”, que acabou transformando-se em uma tese de doutorado, defendida na UFPR – Universidade Federal do Paraná, em 2004, sustentada por uma teoria não apenas no campo do Direito, mas também em outras fontes e campos do conhecimento, em especial, a Psicanálise.

Com essas idéias gostaria de resgatar, revalorizar ou colocar, em seu devido lugar, uma das mais importantes fontes do Direito, quais sejam, os princípios.

Essa fonte do Direito esteve um pouco “esquecida”, ou desgastada, no final do século passado, em razão de que ela ocupava um lugar de supletividade de outras fontes, como dizia a LICC em seu art. 4^o¹ e o Código de Processo Civil, art. 126.² Com a evolução e desenvolvimento do direito civil-constitucional, os princípios ganharam uma nova força normativa. Eles deixaram seu caráter supletório para ocupar o lume e o centro da interpretação normativa. Essa força e esse lugar norteador, trazidos pela leitura constitucional, obviamente estão presentes também nos outros ramos do Direito. Mas, é no Direito Civil e em particular no Direito de Família, que eles se apresentam com tal força e necessidade. Para evitar julgamentos moralistas em processos judiciais, escolhi sete princípios que considere fundamentais e norteadores para o Direito de Família. Essa necessidade tornou-se também imperiosa diante do texto do novo Código Civil, já que ele não trouxe as regras mais adequadas para um Direito de Família contemporâneo.

A escolha desses princípios não foi muito simples. Pensei em eleger quatorze, depois dez, pensei em trabalhar apenas três e, finalmente, após reduzi-los, desdobrá-los e fundi-los, cheguei ao número sete. Eles os sete princípios, considero que são essenciais, e sem os quais não é possível que se faça um

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

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

juízo justo em Direito de Família. Esses princípios são a minha escolha e toda escolha, sabemos é arbitrária.

Antes de falar especificamente sobre cada um destes princípios é preciso falar um pouco sobre os aspectos gerais, ou seja, da principiologia e da contribuição dos principais autores, que dão um tom mais contemporâneo para esta importante fonte do Direito. Norberto Bobbio, em sua “Teoria do ordenamento jurídico”, faz uma distinção entre princípios expressos e não-expressos. O melhor exemplo de princípios gerais expressos são aqueles do art. 1º da Constituição da República do Brasil – soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político e dignidade da pessoa humana. Os princípios não-expressos estão inscritos no espírito ético dos ordenamentos jurídicos. Exemplos clássicos de princípios não-expressos são o da “moralidade pública”, da boa-fé, e no Direito de Família a interdição do incesto, que funciona também como um macroprincípio, ou mais, como um princípio essencial. Sem ele não é possível haver organização social e jurídica. Este princípio se traduz também como regra quando é posto entre os impedimentos para o casamento, mas, independentemente de ser uma regra, ele é, antes de tudo, um princípio universal de qualquer sistema jurídico.

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

2 – PSICANÁLISE E DIREITO

Para entender essa principiologia e os aspectos subjetivos que a atravessam, fui buscar na Psicanálise alguns elementos para melhor compreendê-la. O discurso psicanalítico não apenas influencia o Direito, mas, principalmente, provoca uma

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

A Psicanálise, ao trazer para o centro da “cena jurídica” o sujeito, ajuda a incorporar no discurso jurídico as noções de cidadania e não-exclusão e com isto instala definitivamente em todas as constituições democráticas o superprincípio da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. A Psicanálise ajuda a introduzir e a incorporar a dignidade da pessoa humana na cena jurídica, à medida que isto significa o direito a ser humano (Giselle Groeninga), que por sua vez pressupõe o sujeito e seu desejo, já que não é possível existir sujeito sem desejo. E, para ser digno, e podermos falar de dignidade, é necessário considerar o sujeito e os caminhos, ainda que tortuosos, do seu desejo. Assim, desconstrói-se o discurso da ilegitimidade de filhos e de famílias... Todos agora são legítimos, inclusive os filhos havidos de uniões adulterinas, afinal, o que interessa é o sujeito, independentemente da forma de sua relação amorosa. Desta forma, a Psicanálise é revolucionária, já que o que interessa para ela é o sujeito, o sujeito-desejante e não o objeto de seu desejo. Com isto, ela ajuda a desinstalar e a desconstruir um discurso patrimonialista e hierarquizado das relações conjugais e tira do centro da cena jurídica o objeto da relação para colocar o sujeito. Surgem, assim, novos valores jurídicos que acabam se transformando em princípios jurídicos e o mais recente deles é o afeto. Todos os princípios aqui anunciados como norteadores do Direito de Família, de uma forma ou de outra, estão atrelados e têm em sua base de sustentação a consideração e o respeito à pessoa humana, isto é, ao sujeito em sua noção e concepção mais

profunda, inclusive e principalmente a consideração do sujeito de desejo. Respeito à dignidade humana é o mesmo que respeito aos desejos do sujeito, com os seus caminhos e descaminhos, suas particularidades e singularidades.

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

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

3 – DISTINÇÃO ENTRE MORAL E ÉTICA.

A história do Direito, e em particular do Direito de Família, é recheada e marcada por uma história de exclusões: mulheres assujeitadas aos homens, famílias ilegítimas, filhos ilegítimos, etc. Estas exclusões foram sustentadas por um discurso moralizante e de uma moral sexual civilizatória, como diz Freud. Os juízes particularizados e inseridos em uma ideologia para sustentação do poder acabaram por construir um Direito de Família marcado por injustiças. Foi em nome dessa moral (sexual) e dos bons costumes que muita injustiça já se fez e ainda se faz. Por exemplo, a filha “desonesta”, isto é, que não tinha sua sexualidade controlada pelo pai ou pelo marido, podia ser excluída da herança; discute-se ainda quem é o culpado pelo fim da conjugalidade; se pessoas do mesmo sexo constituem famílias, etc. Somente um juízo ético universal, despido das particularidades do juízo moral, é que pode nos aproximar do ideal de justiça. Foi o imperativo ético, em detrimento de uma moral sexual que legitimou, a partir da Constituição de 1988, todos os filhos, instalou o princípio do melhor interesse da criança acima dos valores morais, fazendo-nos compreender que a função materna e paterna estão desatreladas do comportamento moral-sexual dos parceiros conjugais. Foi uma vitória da ética sobre a moral o julgamento recente que, embora de ordem privada, tornou-se público, concedeu a tutela de uma criança à companheira da falecida mãe, uma cantora conhecida, em detrimento do avô, que estava na ordem de preferência do então

Código Civil. Será uma vitória da ética sobre a moral quando o Direito de Família conseguir desatrelar de vez a noção de culpa, tão paralisante do sujeito e substituí-la pela noção de responsabilidade.

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

4 – SETE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES

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

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

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

apropriar-se de seu desejo. A dignidade humana pressupõe, entre outros requisitos, não estar assujeitado ao desejo do outro.

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

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

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

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

4.5 - O princípio da AUTONOMIA E DA MENOR INTERVENÇÃO ESTATAL é a consideração de uma das cruciais questões da contemporaneidade: o limite do público e do privado. O público e o privado são a dicotomia que nos permite pensar no espaço da vida privada em confronto com normas/regras de interesse público. É este princípio que nos leva a refletir se o Estado poderia determinar que existe um culpado pelo fim da conjugalidade, como se existisse um culpado e um inocente. Isto, além de ser uma intervenção em excesso na vida privada, está na contramão do discurso psicanalítico em que todo sujeito deve se responsabilizar pelos seus atos. O Estado poderia estabelecer normas para a união estável como já estabeleceu, transformando uma união livre em um casamento pelo regime da comunhão parcial de bens, como o fez o art. 1725 do CCB 2002.

4.6 - O princípio da PLURALIDADE DAS FORMAS DE FAMÍLIA é a constatação e o reconhecimento de que novas estruturas parentais e conjugais estão em curso. O Direito não pode desconsiderar isto. Este princípio se insere no atual contexto e reflexão, se é possível a formação de famílias “isosexuais”.

Como disse a socióloga e psicanalista carioca, Marlise Matos:

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

4.7 - O sétimo e último princípio, é o da AFETIVIDADE. Deixei-o por último não apenas por ser o mais novo princípio jurídico, mas principalmente porque ele é, também, a base para todos os outros princípios, assim como o da dignidade da pessoa humana. O afeto torna-se um valor jurídico, a partir do momento que as

relações de família deixam de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. De simples valor jurídico a princípio jurídico foi um outro passo, e historicamente, é recente.

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

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

Enfim, minha pretensão é que os sete princípios aqui trazidos possam ser norteadores para o Direito de Família. Todo e qualquer julgamento ou concepção de Direito de Família deve, necessariamente, considerar ou estar orientado em pelo menos um desses princípios, que ousou chamar de princípios fundamentais.

E para encerrar, volto ao começo da organização do pensamento ético e para isto temos que invocar Aristóteles, que em sua “Ética a Nicômaco”, Livro I, traduz e resume tudo o que queremos da vida: *Das coisas, a mais nobre e a mais justa, e a melhor é a saúde; porém, a mais doce é ter o que amamos.*