

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

PAULO THOMAS KORTE

INTRODUÇÃO À FILOSOFIA DO DIREITO
MATRIMONIAL
A FAMÍLIA: INSTITUIÇÃO SOB PROTEÇÃO DO ESTADO

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Setor de Pós-Graduação

PAULO THOMAS KORTE

INTRODUÇÃO À FILOSOFIA DO DIREITO
MATRIMONIAL
A FAMÍLIA: INSTITUIÇÃO SOB PROTEÇÃO DO ESTADO

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE no curso de Mestrado em Direito, na área de concentração de Filosofia do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Gabriel Benedito Issaac Chalita.

SÃO PAULO
2009

Banca Examinadora

Dedico este trabalho a todos aqueles que algum dia estiveram ou estarão dispostos a morrer por amor ao outro(a).

Quem quiser se libertar precisa amar,
Amar de tal maneira que se sinta preso ao objeto amado;
Preso de tal maneira que sinta que a morte o acometerá se o
objeto desaparecer;
Amar de tal maneira que não saiba onde está a sua vontade
individual;
Amar de tal maneira que esteja disposto a dar a sua vida pela
felicidade do outro;

...

Depois de amar desta maneira, estará pronto para descobrir que o
ser amado era apenas uma ilusão, mas que o fascinou de tal
maneira que lhe possibilitou a travessia do rio invisível que
divide o mundo dual do Uno.

Agradecimentos: Aos meus antepassados que não conheci, à avó Margarida, avó Elfriede, avô Humberto, avó Julieta, ao meu pai, minha mãe, Glória, ao Avô Alfredo, Avó Aurora, Nono Ferruccio, João Alfredo e a Laura, à minha esposa Camila, aos meus 11 irmãos, Gustavo, Vera, Rodolfo, Guilherme, Haroldo, Lila, Chris, João Marcos, Ana, Diogo e Marina, e respectivos cônjuges, ex-cônjuges, filhos e filhas, e a meus filhos, Francesco e Chiara, que me sensibilizaram a respeito da importância da família. Aos meus Mestres, Gabriel Chalita, Márcia Alvim, Marcio Pugliesi e Willis Santiago Guerra Filho, que me ensinaram a importância da academia para o crescimento do ser humano. A todos os amigos e amigas (e são muitos!) que não vou nomeá-los com receio de esquecer, injustamente, o nome de algum.

PAULO THOMAS KORTE

INTRODUÇÃO À FILOSOFIA DO DIREITO MATRIMONIAL

A FAMÍLIA: INSTITUIÇÃO SOB PROTEÇÃO DO ESTADO

RESUMO: O presente trabalho aborda o papel do Direito na sociedade civil, especialmente para o alcance e manutenção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art.3º, IV, da CF). Disserta sobre a necessidade de se garantir o bem da sociedade através da família, sua célula primordial. E, para garantir o bem desta última, é necessário garantir a saúde do seu núcleo primordial: o matrimônio.

PALAVRAS CHAVES: Direito matrimonial - casamento – art. 1566 do Código Civil – Obrigações do casamento – Felicidade na união conjugal – igualdade entre homem e mulher – luta de vontades.

ABSTRACT: This work is a Master dissertation project that address the role of Law in the civil society, especially to reach and maintain the good of all, without prejudice of origin, race, sex, color, age and any other forms of discrimination (art.3, IV, da CF). The work speaks about the need to ensure the good of society through the good of the family, its primary cell. And, to ensure the good of the latter, it is necessary to guarantee the health of its core: the relationship between men and women. The law, especially the art. 1566 of the Civil Code, makes the role of regulating the passion manifestation limits of men and women in order to lead them to keep the good in the marriage contract.

KEYWORDS: Matrimonial law. - the marriage - art. 1566 Civil Code - obligations of marriage - Happiness in the marital union - equality between men and women - struggle of wills.

SUMÁRIO

Introdução

1 O ser humano

1.1 O método transdisciplinar no estudo do ser humano	17
1.2 O conceito de ser humano	18
1.2.1. Uma palavra sobre a existência	18
1.2.2. O problema em torno da conceituação de ser humano	20
1.2.3. Os vários conceitos de ser humano	25
1.2.4. A composição do ser humano: corpo e alma	29
1.3. Os movimentos da alma	30
1.4. O ser humano e a importância de seus antepassados.....	45
1.5. O afeto: meio e fim nas relações humanas	53
1.6. A evolução da terminologia jurídica: a caminho da igualdade.....	58

2.O casamento

2.1 O surgimento do casamento monogâmico	65
2.2 A história da regulamentação do casamento no Brasil.....	68
2.3 O casamento atual.....	76
2.4 Conceitos jurídicos de casamento.....	78
2.5 Da natureza jurídica do casamento	83
2.5.1 Do casamento como sacramento.....	83
2.5.2 Do casamento como contrato ou instituição	87
2.6 Princípios do casamento	92
2.6.1 Princípio da igualdade.....	94
2.6.2 Princípio do respeito e considerações mútuos.....	99
2.6.3 Princípio da monogamia.....	100
2.6.4 Princípio da seleção parental.....	101
2.6.5 Princípio da perenidade da família.....	102
2.6.6 Princípio da voluntariedade na realização e na manutenção do casamento	106
2.6.7 Princípio da afetividade.....	106
2.6.8 Princípio da tolerância.....	108

3 A família

3.1. A importância da família.....	110
3.2 A concepção de família na legislação brasileira	114
3.3 As definições de família segundo a doutrina	117
3.4 Evolução do conceito de família na Constituição Federal.....	119
3.5 As famílias existentes no Brasil	130
3.6 Distinções entre o casamento e a união estável.....	132

4 A proteção do Estado à família

4.1 Do controle da seleção parental	140
4.2 Da manutenção da monogamia	143
4.3 Da possibilidade de dissolução do casamento.....	144
4.4 A proteção especial segundo à Constituição Federal	146

Conclusão.....	148
----------------	-----

Bibliografia

INTRODUÇÃO

De acordo com o inciso IV, do art. 3º da Constituição Federal, um dos objetivos da República Federativa do Brasil é promover “o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Não há uma definição concreta e clara sobre o que seria este bem. Até mesmo Platão, na República, estabeleceu que dada a complexidade deste conceito, ele não poderia falar sobre ele, mas apenas a respeito do filho, o Sol, e discorre sobre os efeitos do bem, que seria apenas acessível no mundo inteligível, mas não no mundo sensível. Seria possível definir o bem, poeticamente, da mesma forma como a liberdade o foi por Cecília Meireles, ou seja, *“essa palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”*.

De qualquer forma, ainda que não consigamos definir o que seja o bem, há na alma humana uma inquietação, desde a origem dos tempos, que faz com que a humanidade progrida, melhore, busque uma vida com menos sofrimento, busque a sua felicidade. Não há um povo sequer que tenha em mente, como objetivo social, o seu mal. Qualquer que seja a sociedade ela sempre buscará o seu bem, ainda que não o saiba definir em palavras. Na tentativa de alcançar esse bem, o ser humano procura estabelecer métodos.

Este trabalho disserta sobre a importância da família para se alcançar o bem de todos, estabelecido como finalidade da República do Brasil no art. 3º, IV, da CF.

A família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado (art. 226 da CF). Sendo a família a base da sociedade, e portanto sua célula primordial, para a sociedade estar bem é preciso que a família esteja bem. Não se

pode alcançar o bem de todos, e portanto no bem social, sem se alcançar o bem da família. Da mesma forma, não se pode admitir o bem da família, sem considerar o bem de seu núcleo primordial: a relação entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º, da Constituição Federal).

O foco deste trabalho está justamente no estudo do problema atual do núcleo da célula da sociedade, ou seja, da relação homem-mulher. Esta relação está enfrentando uma crise, com nítidos efeitos na sociedade. Se havia, em tempos passados, certa estabilidade na família na medida em que a mulher e o homem já sabiam seu papel na entidade familiar, esta estabilidade não subsiste mais, e a relação homem-mulher não está nada definida no âmbito social. Hoje, por conta da emancipação da mulher, deslocaram-se os papéis dentro da família, de tal ordem que não se sabe, ao certo, muitas vezes, quem é o homem e quem é a mulher dentro do núcleo da célula primordial da sociedade.

Antes a palavra *homem* designava aquela pessoa do sexo masculino, que provia a família, e a palavra *mulher* designava a pessoa do sexo feminino que cuidava da casa e das crianças. Ambas não têm hoje mais o mesmo significado do ponto de vista cultural. Conceituar quem é o macho e quem é a fêmea na relação é tarefa razoavelmente fácil, pois seria uma conceituação com base em critérios objetivos da biologia. Porém, conceituar o homem e a mulher, com o critério cultural é um trabalho um pouco mais árduo, na medida em que são definições não necessariamente coincidentes com as definições biológicas.

Em outras palavras, o movimento de emancipação da mulher foi positivo no sentido de libertar a mulher do jugo do marido, mas, por outro lado, trouxe efeitos à relação homem-mulher, e portanto à família, que devem ser estudados para que haja uma nova adaptação com o mínimo de sofrimento, visando o bem da família.

Se antigamente a estabilidade das famílias dependia (e muito!) da condição de subserviência da mulher em relação aos filhos e ao marido, a nova família a ser formada deve ter em conta a mulher emancipada, não apenas

financeiramente em decorrência de seu ingresso no mercado de trabalho, mas também política e psicologicamente.

E essa evolução da mulher tem sido acompanhada pelo direito brasileiro na medida em que este lhe reconhece, pela Magna Carta, a condição de igualdade em relação ao homem.

Conta-se que, antigamente, uma mulher divorciada era equiparada às meretrizes. Pressionadas por este julgamento moral, muitas preferiam a infelicidade do casamento ao divórcio, ou, antes da Lei do Divórcio, ao chamado “desquite”. Se a mulher se sacrificava para que a família estivesse bem, a família só estava bem aparentemente, mas não em sua substância que é o afeto. Para que toda a célula estivesse bem, o seu núcleo primordial deveria estar bem. Tanto o homem como a mulher deveriam estar bem, a fim de que a família estivesse bem, e por conseqüência a sociedade. Mas, não era assim.

Por conta desta infelicidade, surgiram os movimentos feministas levando à família, e por conseqüência a sociedade, a uma inescapável revolução que começou, no Direito, em 1932 (Decreto nº 21.076) com o voto feminino, avançou em 1962 (Lei nº 4.121 – Estatuto da Mulher Casada), um pouco mais em 1977 (Lei do Divórcio), e consagrou-se em 1988 (Constituição Federal). Embora esta igualdade no campo do direito tenha sido conquistada, e é hoje indiscutível, o processo de mudança ainda está em andamento.

Um dos fenômenos sociais desta mudança é o número crescente de divórcios. Se há, hoje em dia, no Brasil, a livre manifestação de vontade dos cônjuges no momento do matrimônio, quais razões levam esses mesmos personagens, depois de algum tempo – não necessariamente muito – já descumprirem as normas entre eles estabelecidas e aceitas, acabando por dissolver o matrimônio, não raramente causando extremo mal à família e, conseqüentemente, à sociedade?!

Conta a mitologia grega que Ulisses, prestes a viajar com sua nau, passaria por um lugar onde havia sereias, conhecidas por deixarem os capitães dos navios em estado de absoluta sedução, fazendo com que desviassem as embarcações do caminho original, levando-as às rochas e provocando o naufrágio, perdendo-se todas as vidas e pertences. Ciente do perigo que iria encontrar, Ulisses procurou o oráculo, a quem atribuía profunda credibilidade, e perguntou como deveria proceder diante de tal tarefa, recebendo como resposta que deveria ordenar aos seus marinheiros que, quando chegassem em determinado ponto, deveriam amarrá-lo no mastro e não obedecer mais as suas ordens, até que recobrasse a lucidez. Cumprindo a primeira ordem de Ulisses, os marinheiros, pouco antes de chegar ao ponto onde certamente encontrariam as sereias, amarram seu capitão no mastro do navio. Logo em seguida, surgiram os seres encantadores e Ulisses, já sob o efeito da sedução, ordenou aos seus marinheiros que o soltassem, e levassem o navio ao encontro delas. Mesmo aos berros, Ulisses não era atendido, pois seus marinheiros já haviam sido, por ele mesmo precavidos de tal situação. Assim, desobedecendo à segunda ordem, dada em momento de ausência de lucidez, os marinheiros salvaram o navio, e também seu capitão, recebendo elogios efusivos.

Os nubentes que se unem em casamento estão em momento de lucidez¹, pelo menos normalmente, estando clara (também normalmente) a vontade da união matrimonial. Entende-se que, no instante da decisão do casamento, cada qual faz as suas promessas, assumindo direitos e obrigações, e estabelecendo o vínculo do casamento.

Se hoje não se fala mais em casamento por obrigação, pelo menos no Brasil, e as pessoas podem escolher livremente, e por amor, seu futuro cônjuge, e com ele dispor das regras que regerão o matrimônio, não haveria mais razão para o aumento do número de dissoluções de casamento. Mas não é bem assim.

¹ quer dizer, lucidez de sentimento, ou seja, pretendem se casar para ficarem mais tempo juntos, e eternamente, procurando repetir, respeitando as circunstâncias dos momentos, o sentimento que os uniram. A

Embora o Direito possa ser observado como a primeira ordem, a ordem dada no momento de lucidez, e principalmente, a ordem proferida com base em uma autoridade respeitada, o espírito do ser humano não trata essa questão de forma tão simples.

Há muito a ser estudado ainda. O divórcio, muitas vezes, seria decorrente da desobediência desta primeira ordem, em atenção a uma segunda, dada em momento de falta de lucidez e seguindo conselhos de outros que não tinham, nem têm, a mesma credibilidade e experiência daqueles que deram a primeira ordem.

E aqui, ilustra a citação de Hesíodo feita por Aristóteles ² no Livro I da obra citada:

*“Melhor é aquele que tudo sabe por si;
Bom aquele que ouve os sábios;
Mas aquele que, sem saber ele próprio, não aprende
A sabedoria de outrem, é, de fato, um homem inútil”*

O Direito pode influenciar positivamente na manutenção do contrato matrimonial, figurando esse não apenas como a primeira ordem dada para a nau não naufragar, como também como uma terceira ordem para colocar a nau no rumo certo, caso seja descumprida a primeira ordem por um marinheiro desavisado. Esta terceira ordem estaria manifestada na figura do princípio do afeto e da tolerância.

O Direito pode figurar como um instrumento para o espírito humano conter suas paixões e seus vícios nas relações entre seus semelhantes, e com isso, alcançar e manter o bem. O art. 1566 do Código Civil Brasileiro prevê os deveres de ambos os cônjuges no contrato matrimonial, como sendo, fidelidade, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento e guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos. Essas seriam, continuando com a

falta de lucidez seria o de casar para não ficar sozinho, ou para sair de casa, ou pior ainda, para ter um aumento patrimonial.

metáfora, os conselhos do oráculo, as regras mínimas assumidas no momento do casamento, com base na experiência dos mais velhos.

Não são elas, em si, o bem, mas apenas instrumentos para se alcançar e manter o bem no matrimônio. Caso sejam descumpridas, não necessariamente o bem se afasta do casamento, na medida em que a natureza da relação entre os cônjuges deve obedecer uma dialética, em razão da mudança constante do ser humano, e das circunstâncias do casamento, não podendo portanto, serem regras rígida em normas de imperativos categóricos.

O Direito pode e deve orientar os brasileiros e brasileiras durante esta crise familiar instalada, e pode ajudar a manter o sentimento que levou as duas pessoas a decidirem materializar sua união através do casamento.

O presente trabalho pretende demonstrar que o Direito tem efetivamente o condão de diminuir o sofrimento no núcleo primordial da célula da sociedade, ao ditar regras de conduta que possam conter as paixões e vícios e com isso, diminuir o sofrimento da sociedade a fim de que o bem nela se manifeste, seja na formulação de conceitos, um dos objetivos primordiais da filosofia, seja no regramento das condutas sociais feitas com fundamento na experiência dos que aprenderam antes.

O primeiro passo árduo do trabalho, será justamente a investigação sobre as diversas definições do ser humano, a sua busca imaterial, e a distinção filosófica do homem e da mulher.

² HESÍODO, *Os Trabalhos e os Dias*, 293 – 7

1 O ser humano

1.1 O método transdisciplinar no estudo do ser humano

Quando se disserta a respeito de algum assunto na Ciência do Direito tende-se a estabelecer uma linguagem exclusivamente jurídica. Os conceitos, raciocínios, formas de pensar, limitam-se àqueles da ciência do Direito, como se o locutor estivesse falando uma língua em que seus interlocutores entendessem e já compreendessem o significado de cada palavra por ele emitida.

A transdisciplinaridade nos orienta no sentido de que a observação e análise dos fenômenos jurídicos mediante a exclusiva visão da ciência do Direito pode nos propiciar, em determinada matéria, uma visão míope com conceitos limitados. A economia, a psicologia, a história, a política, a sociologia, antropologia, entre outras, são ciências que nos ajudam a ter uma visão mais ampla sobre uma grande parte dos fenômenos estudados pelo direito. A utilização do conhecimento depositado nessas e em outras ciências traz ao pesquisador do Direito uma compreensão mais ampla sobre as causas e conseqüências dos fenômenos jurídicos.

A metodologia transdisciplinar para a abordagem e estudo dos fenômenos jurídicos implica a possibilidade de uma visão acima das disciplinas, não limitada à linguagem e aos conceitos estabelecidos dentro delas.

Dimas Macedo, na apresentação de obra³ de Rodrigo da Cunha Pereira, encoraja a usar, na área do Direito, o método transdisciplinar, afirmando com propriedade que:

“A visão transdisciplinar que se possa aplicar no processo de perquirição de uma dada realidade parece ser, de forma sedutora e sempre cativante, o melhor caminho para um aprendizado sólido e erudito. A abordagem crítica, o pensar alternativo, a pesquisa tópica, o recurso, a zetética e as

³ *Direito de Família – Uma abordagem psicanalítica, p. 9*

formulações teóricas contradogmáticas, entre outros métodos aqui não referidos, têm promovido uma verdadeira reviravolta na velha árvore da ciência jurídica”.

Fátima Nancy Andrighi defendendo a criação do Juizado Especial de Família ⁴, destacou a importância da transdisciplinariedade, *in verbis*:

“O Juizado Especial de Família deve pautar-se pela transdisciplinaridade, isto é, pela necessidade de agregar conhecimento de outras ciências na aplicação do Direito. Aos médicos, psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais e terapeutas da família incumbe não somente fornecer elementos que auxiliem o juiz na solução do conflito familiar, mas também, amenizar a ansiedade dos litigantes, auxiliando-os a vivenciar o processo judicial com mais naturalidade, e lhes dar a certeza de que foram ouvidos os seus desabafos, as suas mágoas e principalmente seus pontos de vista”.

A idéia da transdisciplinaridade pode ser extraída também deste trecho citado por Jurgen Habermas ⁵, acerca da concepção de Hegel sobre a filosofia da modernidade:

“O monoteísmo da razão e do coração deve unir-se ao politeísmo da imaginação e criar uma mitologia a serviço das idéias: “Enquanto não tornarmos as idéias estéticas, isto é, mitológicas, elas não terão nenhum interesse para o povo; e vice-versa, enquanto a mitologia não se tornar racional, o filósofo terá de se envergonhar dela.” A totalidade ética, que não oprime nenhuma força e possibilita o igual desenvolvimento de todas elas, será inspirada por uma religião instituída poeticamente. A sensibilidade dessa mitopoesia poderá então apoderar-se, em igual medida, do povo e dos filósofos.”

É dentro desta visão transdisciplinar, impulsionado pelos autores acima, que esse trabalho disserta sobre a introdução da filosofia do direito matrimonial, procurando utilizar uma linguagem acessível aos pesquisadores de todas as áreas do conhecimento, tendo em vista a relevância social do tema na época atual.

⁴ FATIMA NANCY, Artigo “Juizado Especial de Família” publicado no Correio Braziliense, em 24 de setembro de 2001

⁵ O Discurso Filosófico da Modernidade, p. 47.

1.2 O conceito de ser humano

1.2.1 Uma palavra sobre a existência

Conceituar o ser humano pressupõe a sua existência. A existência do ser humano, pelo método cartesiano, estaria comprovada através do pensamento. Todavia, pode-se transpor os limites cartesianos da existência da idéia do “penso logo existo”. Isso porque, antes de chegar a essa conclusão, Descartes em seu método de dúvida, entendeu a possibilidade hipotética de Deus poder ter inclusive colocado no ser humano a idéia fictícia de que pensava, ou seja, o próprio movimento do pensar seria uma ilusão criada por Deus. Após afirmar isso, Descartes dá um passo atrás no seu raciocínio, e conclui, pelo argumento da fé, que Deus não teria feito isso porque ele é bom. Se admitisse a possibilidade contrária, de um Deus mau, Descartes não poderia ter chegado à conclusão que chegou sobre a sua existência, na medida em que o próprio movimento do pensar poderia ser uma ilusão ⁶. Ou seja, Descartes em seu discurso sobre o método, limita a amplitude de sua dúvida da existência, com a conclusão de que é o seu pensar que o faz existir. Porém, como foi dito, se continuássemos no processo da dúvida, sem a limitação da crença cartesiana da existência de um Deus bom, poderíamos concluir, pelo menos hipoteticamente, sobre a inexistência do ser, ou pelo menos de uma existência diferente daquela percebida e conceituada pelo pensamento.

⁶ Eis a crítica de Nietzsche a respeito desta idéia cartesiana: “...por meio do pensar é posto o eu; mas até agora se acreditou, como o povo, que no “eu penso” jaz algo imediatamente certo e que esse “eu” seria a causa dada do pensar, e por analogia com ela todos nós entenderíamos as outras relações causais. Por mais que essa ficção agora possa ser costumeira e indispensável – isso, somente, não prova nada contra o seu caráter fictício: uma crença pode ser condição da vida e, apesar disso, ser falsa. “É pensado: conseqüentemente há pensante”: a isso chega a argumentação de Cartesius. Mas isso significa postular nossa crença no conceito de substância á como “verdadeira a priori” – que, quando seja pensado, deva haver alguma coisa “que pense” é, porém, apenas uma formulação de nosso hábito gramatical, que põe para um fazer [Tun] um agente [Täter]. Em resumo, aqui já se propõe um postulado lógico-metafísico – e não somente há constatação...Pelo caminho de Cartesius não se chega a algo absolutamente certo, mas só a um fato de uma crença muito forte.”... “...desta forma não se pode repudiar a “aparência” do pensamento. Cartesius, porém, queria que o pensamento não tivesse apenas uma realidade [Realität] aparente, mas uma em si.” (*A vontade de poder*, p. 260-261).

Bertrand Russel questiona: “*Haverá algum conhecimento no mundo que seja tão certo que nenhum homem razoável possa dele duvidar?*”⁷, enfatizando, inclusive, a possibilidade da matéria não existir, o que, em si, em um primeiro momento pareceria um absurdo, mas suas citações mostram que tais questionamentos podem nos levar à conclusão da relatividade da existência, ou seja, existimos na medida em que nossa existência é reconhecida pelo outro, *in verbis*:

*“Neste capítulo temos de nos perguntar se, em algum sentido, há efectivamente matéria. Há uma mesa com uma certa natureza intrínseca, e que continua a existir quando não estou a olhar, ou é a mesa apenas um produto da minha imaginação, uma mesa onírica num sonho muito prolongado? Esta pergunta é da maior importância. Pois se não pudermos ter a certeza da existência independente de objectos, não podemos ter a certeza da existência dos corpos das outras pessoas, e conseqüentemente ainda menos das mentes das outras pessoas, pois não temos razões para acreditar nas suas mentes excepto as que derivam da observação dos seus corpos. Assim, se não podemos ter a certeza da existência independente de objetos, ficaremos sozinhos num deserto – pode ser que todo o mundo exterior nada seja senão um sonho, e que só nós existamos.(sic)...”*⁸

A dúvida da existência da matéria tem ponto importante nos estudos da física⁹, especialmente na física quântica, que comprova que toda matéria é composta de átomos e os átomos em si, em sua maior parte, são compostos de um amplo vazio, na medida em que o átomo é composto por *prótons* e *nêutrons* dentro de um núcleo minúsculo, sendo a sua maior parte consistente no vazio que existe entre esse núcleo, hipoteticamente estático, e os elétrons que se movimentam na órbita do núcleo¹⁰.

A física já foi além do núcleo do átomo que seria estático, demonstrando, com a teoria das cordas, que nem mesmo ele o é. Além disso, o que parece óbvio

⁷ *Os problemas da filosofia*, p. 69.

⁸ *idem*

⁹ “O termo física deriva dessa palavra grega e significava, originalmente, a tentativa de ver a natureza essencial de todas as coisas” Fritjof Capra, *O Tao da Física*, p. 23

¹⁰ Fritjof Capra, *As conexões ocultas- Ciência para uma vida sustentável*.

a respeito do funcionamento da mecânica de Newton sobre o comportamento dos corpos, não o é para o campo subatômico. Ou seja, a teoria de Newton não tem validade para o campo subatômico e a física está tentando, há muito, ainda sem êxito, desenvolver uma teoria uniforme para todos os corpos, o que está muito bem relatado por Stephen Hawking ¹¹.

Enfim, se as dúvidas existenciais e funcionais podem ser suscitadas em relação aos corpos materiais que são sensíveis aos seres humanos, com a possibilidade de serem medidos, pesados, enfim, serem conhecidos de uma maneira racional e empírica, dúvidas maiores, também existenciais e funcionais, podem surgir na compreensão e estudo do ser humano, especialmente, em sua parte imaterial.

O que se quer dizer com isso, é que o Direito quando trata o homem e a mulher como se fossem seres distintos, e por isso, com denominações distintas na legislação, talvez esteja reduzindo a compreensão do ser humano fugindo à verdade, que talvez, os iguale substancialmente, ou seja, quanto a sua parte imaterial, sua alma.

1.2.2 O problema em torno da conceituação do ser humano

Antes de ingressarmos no tema da relação matrimonial, necessário se faz tentar conceituar o ser humano, tarefa longe de ser simples, como visto já se pode perceber pelo item anterior.

Toda a filosofia se resume justamente nesta questão, pois embora Kant, em seu tratado sobre a lógica, tenha resumido como sendo quatro as questões que delimitam a filosofia: 1) *O que eu posso saber?* 2) *O que eu devo fazer?* 3) *O que eu posso esperar ?* 4) *O que é o homem? (Was ist der Mensch)*, ele mesmo,

¹¹ *Uma nova história do tempo.*

nesta mesma obra, diz que “*no fundo, tudo isto se poderia reduzir à antropologia, porque as três primeiras perguntas se referem à última.*”

Por isso, não temos a pretensão de esgotar o assunto sobre o conceito de ser humano, em um capítulo, nem tampouco em uma obra sobre a introdução da filosofia do direito matrimonial.

Contudo, é de grande valia para o estudo das relações entre os seres humanos, no caso em comento, no matrimônio, tecer algumas considerações sobre o ser humano, e qual a sua concepção para o direito, com as implicações inerentes a eventuais desacertos das definições utilizadas pelo legislador.

Desde os tempos remotos o homem se esforça para se conhecer. Já dizia a inscrição no Templo de Pitágoras “*Conhece-te a ti mesmo*”, cuja filosofia foi adotada posteriormente por Sócrates ¹², incluindo que tal proeza seria necessária para que o ser humano pudesse também cuidar de si mesmo.

Bem mais tarde, explorando minuciosamente a questão, Michel Foucault ¹³, dando um sentido um pouco mais amplo à regra do “*conhece a ti mesmo*” (*gnôthi seautón*) nela englobou a regra do “*cuida de si mesmo*” (*epimeléia heautoû*).

¹² Diálogo de Sócrates com Alcibiades sobre o “*Conhece-te a ti mesmo*” (Platão, *Alcibiades*, 128d-12): *Sócrates* — Agora, qual será a arte pela qual poderíamos nos preocupar conosco? *Alcibiades* — Isto eu ignoro. *Sócrates* — Em todo o caso, estamos de acordo num ponto: não é pela arte que nos permita melhorar algo do que nos pertence, mas pela que faculte uma melhoria de nós mesmos. *Alcibiades* — Tens razão. *Sócrates* — Por outro lado, acaso poderíamos reconhecer a arte que aperfeiçoa os calçados, se não soubéssemos em que consiste um calçado? *Alcibiades* — Impossível. *Sócrates* — Ou que arte melhora os anéis, se não soubéssemos o que é um anel? *Alcibiades* — Não, isto não é possível. *Sócrates* — Entretanto, será fácil conhecer-se a si mesmo? E teria sido um homem ordinário aquele que colocou este preceito no templo de Pytho? Ou trata-se, pelo contrário, de uma tarefa ingrata que não está ao alcance de todos? *Alcibiades* — Quanto a mim, Sócrates, julguei muitas vezes que estivesse ao alcance de todos, mas algumas vezes também que ela é muito difícil. *Sócrates* — Que seja fácil ou não, Alcibiades, estamos sempre em presença do fato seguinte: somente conhecendo-nos é que podemos conhecer a maneira de nos preocupar conosco; sem isto, não o podemos. *Alcibiades* — É muito justo.

¹³ *A hermenêutica do sujeito.*

Para Foucault ¹⁴, a idéia do *cuidar de si mesmo* está intrinsecamente ligada a do *conhece a ti mesmo*. Uma não pode subsistir sem a outra. Para cuidar de si mesmo, precisa-se conhecer a si mesmo. O processo de conhecer a si mesmo é em si, um cuidar de si mesmo.

Não se sabe ao certo qual teria sido a ordem primeira: *cuidar de si mesmo* ou *conhecer a si mesmo*. O que a história e a experiência nos ensinam é que o ser humano percebeu, já há muito tempo, que o conhecimento é uma grande ferramenta para cuidar de si mesmo, provendo assim, a própria subsistência e diminuindo o seu sofrimento físico e mental, em busca do bem.

Essa afirmação pode ser levada à prova pelo conhecimento primórdio do domínio do fogo, da invenção da roda, do saneamento básico, da luz, do telefone, e de todos os artifícios da medicina que dão ao homem a cada ano, uma maior expectativa¹⁵ e qualidade de vida.

E, em relação à moral, antes ditada exclusivamente pelas religiões, o ser humano, pela evolução do direito, tem percebido também grandes avanços, legitimando valores relativamente atuais, como a igualdade entre os seres humanos a dignidade humana, que são princípios legais que contribuem para o bem social.

Aqui, a questão importante a se registrar é que, antigamente, a desigualdade social, a falta de dignidade de alguns seres humanos, entre eles as mulheres e os escravos, eram princípios legais e morais que tinham por objetivo o bem social. Ou seja, eram valores conhecidos e cultuados como se a ordem dependesse da desigualdade ou da falta de dignidade, como por exemplo, com

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Conforme pesquisa da Organização das Nações Unidas, a expectativa de vida no mundo aumentou de 46,5 anos, em 1950-1955, para 65, em 1995-2000. O Brasil acompanhou essa evolução, sempre um pouco acima da média mundial: 50,9 anos em 1950-55 para 67,2 em 1995-2000 - mas um pouco abaixo da média da América Latina (de 51,4 a 59,3 anos). O recordista de expectativa de vida é o Japão, com 80,8 anos. In: <<http://www.comciencia.br>>..

relação à escravidão dos negros que era legal, e para alguns, garantia o bem estar da sociedade.

Na medida em que o ser humano se conhece a si mesmo, ou seja, a sociedade se conhece a si mesma, cuida de si mesma, desta dialética surgem novos princípios e regras para alcançar o mesmo bem social, possuindo o direito a função de solidificar esse novo conhecimento da sociedade, e permitir sua modificação.

O ser humano procura progredir para viver melhor. Do ponto de vista da filosofia, para alguns esta evolução estaria no descobrimento da verdade. Todavia, para Foucault, existe uma análise prévia, ou seja, a pesquisa filosófica consiste

*“não certamente sobre o que é verdadeiro e sobre o que é falso, mas sobre o que faz com que haja e possa haver verdadeiro e falso, sobre o que nos torna possível ou não separar o verdadeiro do falso. Chamemos “filosofia” a forma de pensamento que se interroga sobre o que permite ao sujeito ter acesso à verdade, forma de pensamento que tenta determinar as condições e os limites do acesso do sujeito à verdade.”*¹⁶

O mesmo autor, nesta obra, revela que a espiritualidade, neste contexto filosófico de busca da verdade, seria:

“o conjunto de buscas, práticas e experiências tais como as purificações, as ascetes, as renúncias, as conversões do olhar, as modificações de existência, etc., que constituem, não para o conhecimento, mas para o sujeito, para o ser mesmo do sujeito, o preço a pagar para ter acesso à verdade. Digamos que a espiritualidade, pelo menos como parece no Ocidente, tem três caracteres. A espiritualidade postula que a verdade jamais é dada de pleno direito ao sujeito. A espiritualidade postula que o sujeito enquanto tal não tem direito, não possui capacidade de ter acesso à verdade. Postula que a verdade jamais é dada ao sujeito por um simples ato de conhecimento, ato que seria fundamentado e

¹⁶ Idem, p. 19.

legitimado por ser ele o sujeito e por ter tal e qual estrutura de sujeito. Postula a necessidade de que o sujeito se modifique, se transforme, se desloque, torne-se em certa medida e até certo ponto, outro que não ele mesmo, para ter direito a(o) acesso à verdade. A verdade só é dada ao sujeito a um preço que põe em jogo o ser mesmo do sujeito. Pois, tal como ele é, não é capaz de verdade(...) Isso acarreta como consequência, que deste ponto de vista não pode haver verdade sem uma conversão ou sem uma transformação do sujeito (...).”¹⁷

Dando continuidade ao raciocínio, Foucault explica que espiritualidade indicaria que a transformação do ser humano se daria através de “*um movimento que arranca o sujeito de seu status e de sua condição atual (movimento de ascensão do próprio sujeito; movimento pelo qual, ao contrário, a verdade vem até ele e o ilumina)*”¹⁸ a que se dá o nome de Eros (amor). Além de Eros, o ser humano estaria dotado do trabalho, do trabalho consigo mesmo, para “*elaboração de si para consigo, transformação progressiva de si para consigo em que se é o próprio responsável por um longo labor que é o da ascese (askesis).*”

Kant afirma¹⁹:

“o sentido externo (uma propriedade da nossa mente) representa-nos objetos fora de nós e todos juntos no espaço. Neste são determinadas ou determináveis as suas figura, magnitude e relação recíproca. O sentido interno, mediante o qual a mente intui a si mesma ou o seu próprio estado interno, na verdade não proporciona nenhuma intuição da própria alma como um objeto; consiste apenas numa forma determinada unicamente sob a qual é possível a intuição do seu estado interno, de modo a tudo o que pertence às determinações internas ser representado em relações de tempo.”

Como pode ser observado, o estudo do ser humano merece uma atenção redobrada, pois tenta conceituar algo que nem sequer se conhece a si mesmo. Além disso, o próprio ser, objeto de estudo, questiona não somente a própria

¹⁷ Idem, p. 19

¹⁸ Idem, p.20

¹⁹ Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura*, p. 73.

verdade, mas se, de fato, há alguma verdade ou falsidade sobre seu próprio ser, que está em constante movimento.

Assim, a definição que se encontre do ser humano em um momento pode ser diferente daquela alcançada em outro, dada sua constante mutação em uma tentativa de “*elaboração de si para consigo*”²⁰, nas palavras de Foucault.

Ademais, a dificuldade no estudo do ser humano decorre de não ser ele um objeto, como reconhece Kant no texto citado, ou seja, apesar de sentirmos externamente os objetos em um espaço onde podem ser determinados ou determináveis sua *figura, magnitude e relações possíveis*, no sentido interno, a *mente humana intui a si mesma*, porém não lhe dá uma intuição da própria alma como objeto, do que se pode concluir ser ainda mais difícil a apreensão da figura, da magnitude e das relações possíveis da alma consigo mesma, e com as outras almas.

1.2.3 Os vários conceitos de ser humano

Existem várias abordagens sobre a conceituação do ser humano:

Para a **biologia**, os seres humanos são classificados como a espécie *Homo sapiens* (latim: homem sábio, homem racional), um primata bípede pertencente à superfamília *Hominoidea* juntamente com outros símios: chimpanzés, bonobos, gorilas, orangotangos e gibões, além de outras espécies atualmente extintas, e à família *hominidae*, à qual também pertencem o chimpanzé e outros. Os humanos adotam uma postura ereta que possibilita a libertação dos membros anteriores para a manipulação de objetos, possuem um cérebro bem desenvolvido que lhes proporciona as capacidades de raciocínio abstração, linguagem e introspecção.

²⁰ Idem, p.20

Para a **sociologia**, o ser humano é uma espécie eminentemente social. Criam estruturas sociais complexas, compostas de muitos grupos co-operantes e competidores. Estas estruturas variam desde as nações até ao nível da família, desde a comunidade até o “eu”. A tentativa de compreender e manipular o mundo à sua volta possibilitou aos humanos desenvolverem tecnologia e ciência como um projeto comum, e não individual. As comunidades levaram ao aparecimento de artefatos partilhados, crenças, mitos, rituais, valores e normas sociais que, no conjunto, formam uma cultura de grupo ²¹, onde estão inseridos, entre outras ciências, o direito e a filosofia.

Na **filosofia**, Platão diz que o ser humano é um *bípede sem penas*. Aristóteles conceitua-o como sendo um *animal racional*. Para Cassier, um *animal simbólico*. Battista Modin ²² acrescenta mais: o ser humano é um *animal cultural*, e “*não é como as plantas e os animais, um puro produto das leis da natureza, e não é nem o resultado de uma prodigiosa autotese, isto é fez-se sozinho, mas é fruto de uma sábia colaboração entre natureza e cultura.*”.

Modin afirma ainda que o ser humano é um ser livre, enquanto o animal, instintivamente se realiza e o faz perfeitamente, num tempo breve, enquanto que o homem,

*“... , ao invés disso, se realiza gradual e livremente. Na liberdade confluem as melhores energias do homem, que são o conhecimento e a vontade. O ato livre não é um ato cego, instintivo, mas é um ato da vontade iluminada pela razão. Como bem disse São Tomás: o ato livre requer duas condições: o consilium ou judicium que cabe ao intelecto e a electio, escolha, que pertence a vontade.”*²³

Além de ser *cultural* e *livre*, para Modin, o ser humano é *espírito*. Isso porque, “*da espiritualidade do ser profundo do homem, a que costumamos dar o*

²¹ Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Homo_sapiens>. Acesso em 17.02.2009.

²² *Definição filosófica da pessoa humana*, 13

²³ Idem, p.17

nome de anima, existem muitos indícios: a auto-consciência, a reflexão, a contemplação, o colóquio, a adoração, a auto-transcendência, etc...”.

Além de ser espírito, o ser humano é pessoa, pois segundo as definições psicológicas de Descartes, Hume e Fichte, a pessoa é identificada com a auto-consciência; segundo as definições dialógicas de Mounier, Ricoeur, Levinas e Buber, que afirmam consistir a pessoa na “*capacidade de dialogar com os outros*”, e as *definições ontológicas*, que afirmam “*ser a pessoa a própria essência, a substância, ou mesmo, o ser do homem.*”²⁴.

Ainda Para Modin, o homem é ainda *teomorfo* ou seja, imagem de Deus, pois o

*“único modelo adequado à aspiração de infinitude do homem, encontra-se inscrito na própria espiritualidade. Não pode ser outro que um modelo infinito: infinito no espírito, infinito como inteligência, infinito como vontade, como liberdade, como bondade, como amor. O único modelo adequado que o homem deve assumir, para levar à plenitude da própria pessoa é, como já tinham percebido nossos pais, Deus mesmo. Por este motivo, para a realização plena de si mesmo, que é ontologicamente teoforme, o homem deve fazer-se imitador de Deus”.*²⁵

E, por fim, o mesmo filósofo define também o ser humano como um *valor absoluto* porém um “*absoluto e infinito como valor, mas não como ser*”, sendo que, para “*ser, efetivamente, um valor absoluto o homem tem necessidade de Deus, porque a Ele só compete essencialmente, naturalmente, inteiramente, o título de absoluto.*”²⁶.

Mircea Eliade²⁷ acrescenta ainda, que o ser humano é um ser *religioso*, (*homo religious*) e portanto divide seu espaço em sagrado e profano, ou seja, divide seu espaço qualitativamente “*há um espaço sagrado, e por consequência*

²⁴ Idem, p.25.

²⁵ Idem, p.38

²⁶ Idem, p.45.

²⁷ *O Sagrado e o Profano – A essência das religiões*, p. 25.

forte, significativo, e há outros espaços não-sagrados, e por consequência sem estrutura e nem consistência, em sua amorfos”.

Karen Armstrong²⁸ também reconhece a natureza religiosa do ser humano, pois segundo ela:

“homens e mulheres começaram a adorar deuses assim que se tornaram reconhecidamente humanos; criaram religiões ao mesmo tempo que criaram obras de arte. Isso não foi apenas porque desejavam propiciar forças poderosas; essas fés primitivas exprimiam a perplexidade e o mistério que sempre parecem ter sido um componente essencial da experiência humana deste mundo belo e aterrorizante.”

Ela acrescenta ainda que a idéia de um ser religioso não está necessariamente ligada à idéia de Deus. Para ela,

“o próprio humanismo é uma religião sem Deus – nem todas as religiões, claro, são teístas. Nosso ideal ético secular tem suas próprias disciplinas da mente e do coração, e dá às pessoas os meios para encontrar o sentido último da vida humana outrora proporcionados pelas religiões mais convencionais”.

Portanto, a natureza religiosa do ser humano não está necessariamente ligada à existência de Deus, ou à filiação de uma determinada religião convencional que o cultue. Está, isto sim, em sua natureza de eleger determinadas condutas como certas e erradas, e procurar repetir àquelas e se afastar destas, com o fim de se alcançar e manter um estado de felicidade, de forma que, mediante tal método, encontre um sentido para a vida. Ou seja, mesmo os ateus, neste sentido, podem ser considerados seres humanos religiosos.

²⁸ *Uma história de Deus: quatro milênios de busca do judaísmo, cristianismo e islamismo*, p. 9.

1.2.4 A composição do ser humano (corpo e alma)

Segundo as escrituras sagradas, para o judaísmo e para o cristianismo, o homem foi criado por Deus, *a sua imagem e semelhança*. (Gênesis, 1:26). Se adotássemos essa visão primordial do judaísmo e do cristianismo, teríamos que conhecer a concepção de Deus ²⁹, pois, através Dele, o criador, conheceríamos a criatura criada a sua imagem e semelhança. Porém, esta tarefa não seria nada fácil, tendo em vista as inúmeras definições de Deus, algumas até mesmo contraditórias, como disse Karen Armstrong³⁰. Além disso, partindo deste princípio de pesquisa também descartaríamos a premissa dos céticos, segundo a qual Deus é criação do homem, e não o homem Dele. Em todo o caso, é senso comum nas religiões (nas mais diversas escrituras agradas) que o ser humano é dotado de **corpo** e de **alma**.

Da mesma forma, os pensadores também reconhecem a presença do corpo e da alma, no ser humano, porém dividem-se em duas correntes: a dos monistas e a dos dualistas. Os monistas defendem que o Universo se compõe de uma só substância,

“e que todas as coisas são regidas por uma só lei, que é a lei da natureza, lei esta a que se sujeita a totalidade dos fenômenos, sejam eles físicos, psíquicos, ou de qualquer outra ordem. De acordo com tal pensamento, não há diferença essencial entre a matéria e o espírito, o corpo e a alma, o físico e o psíquico, que nada mais são do que manifestações diversas de uma única substância.”³¹

Os monistas, por sua vez, se dividem em materialistas e espiritualistas: os primeiros sustentam que a única substância existente é a matéria, e os segundos,

²⁹ “A palavra ‘Deus’ não contém uma idéia imutável; ao contrário, contém todo um espectro de significados, alguns dos quais contraditórios ou até mutuamente exclusivos”, diz Karen Armstrong, *op. cit.*, p. 10.

³⁰ *Idem*

³¹ Goffredo da Silva Telles, Jr., *A criação do direito*.

o espírito. Já os dualistas, entendem que há duas substâncias distintas: o corpo e a alma, com essências diferentes.

Para o desenvolvimento deste trabalho a questão sobre a existência de uma ou de duas substâncias universais não é relevante. Importante apenas, será admitir que o ser humano é constituído de um corpo e de uma alma (*anima*), e esta em seu sentido lato, ou seja, abrangendo todos os outros conceitos possíveis: *mente, espírito, psique, consciência*, a fim de evitarmos contradições de conceitos religiosos e uniformizarmos a linguagem.

Basta-nos, portanto, a constatação, despida de qualquer religiosidade tradicional, de que o ser humano é constituído de duas partes: uma material, denominada de **corpo**, e outra imaterial, que denominamos de **alma**³².

E é com base nesta premissa, que atende tanto a filosofia dos monistas como a dos dualistas, materialistas ou espiritualistas, que prosseguiremos nesta dissertação.

1.3. Os movimentos da alma

Partindo-se do pressuposto de que o ser humano é um ser composto de alma e corpo, vejamos o que se pode concluir a respeito dos movimentos que ocorrem na primeira³³, segundo o que nos apresenta os filósofos:

Hobbes³⁴ diz que há nos animais dois tipos de movimentos: *os vitais* consistentes naqueles nos quais os seres dependem para a sobrevivência do corpo, como circulação do sangue, pulsação, respiração, digestão, nutrição; e *os movimentos animais, ou voluntários*, como andar, pular, correr, pegar, morder etc, estando o início destes movimentos voluntários na sensação, que seria “o

³² E cada uma delas comportando inúmeras subdivisões de acordo com a doutrina a ser adotada.

³³ Pois movimentos do corpo ficam para estudo da medicina, ou da ginástica.

³⁴ *Leviatã*, p. 15.

*movimento provocado nos órgãos e partes inferiores do corpo do homem pela ação das coisas que vemos, ouvimos, etc...". A imaginação seria o resíduo deste movimento "que permanece depois da sensação". E, ato contínuo, a seqüência de imaginações denominou-se de *discurso mental*. Por essa idéia, concluímos a importância desse movimento, denominado *discurso mental*, para a criação do Direito. Esse movimento interno, de *discurso mental*, é que faz com que o ser humano tente se conhecer e se cuidar, para que possa não apenas sobreviver, mas sobreviver bem, em relação a si mesmo e ao outro.*

Conta Platão ³⁵ que, na gênese, Deus teria criado o ser humano dotado de alma, na qual, *"misturado ao prazer e à dor apareceria o desejo e, além destas paixões, o medo, a cólera, e as afeições suas resultantes, ou as que são naturalmente contrárias"*. Segundo ele, *"se os homens dominassem essas afeições, viveriam na justiça; se se deixassem por elas dominar, viveriam na injustiça"*.

Aristóteles³⁶ diz, "" que *"a alma é bipartida, uma parte sendo irracional e a outra capacitada de razão"*, muito embora, sejam elas *"partes inseparáveis como os lados convexo e côncavo de uma curva"*. A parte irracional, para ele, seria dupla, sendo uma vegetativa, que não participa, de maneira alguma, do princípio racional, e a outra, que é a sede dos apetites e do desejo em geral, que participa de um certo modo, do princípio racional, sendo obediente e submissa a ele.

Santo Agostinho³⁷, por sua vez, no auge do seu diálogo consigo mesmo e com Deus, demonstra a luta interna em busca da verdade, reconhecendo que *"pratica-se uma infâmia, quando a alma não refreia os afetos de onde nascem os prazeres carnis. Assim, se a própria alma racional é viciosa, os erros e as falsas opiniões contaminam a vida."*

³⁵ *Timeu e Critias ou a Atlântida*, p.64

³⁶ *Ética a Nicômaco*, p. 61

³⁷ *Confissões.*, p.291

Nietzsche³⁸ demonstra o movimento doloroso da alma consigo mesma no seguinte trecho:

“A hostilidade, a crueldade, o prazer na perseguição, no assalto, na mudança, na destruição – tudo se volta contra os possuidores de tais instintos: esta é a origem da má consciência. Esse homem que, por falta de inimigos e resistências exteriores, cerrado numa opressiva estreiteza e regularidade de costumes, impacientemente lacerou, perseguiu, corroe, espicou, maltratou-se a si mesmo, esse animal que querem “amansar”, que se fere nas barras da própria jaula, este ser carente, consumido pela nostalgia do ermo, que a si mesmo teve de converter em aventura, câmara de tortura, insegura e perigosa mata – esse tolo, esse prisioneiro presa da ânsia e do desespero tornou-se inventor da “má-consciência”. Com ela, porém, foi introduzida a maior e mais sinistra doença, da qual até hoje não se curou a humanidade, o sofrimento do homem com o homem, consigo: como resultado de uma violenta separação do seu passado animal, como que um salto e uma queda em novas situações e condições de existência, resultado de uma declaração de guerra aos velhos instintos nos quais até então se baseava sua força, seu prazer e o tempo que inspirava.”

Heidegger³⁹, dizendo sobre a importância da angústia nos movimentos da alma (para ele subdividida em *ente*, *ser-aí* e *nada*), ensina:

“Somente porque o nada está manifesto nas raízes do ser aí pode sobrevir-nos a absoluta estranheza do ente. Somente quando a estranheza do ente nos acossa, desperta e atrai ele a admiração. Somente baseado na admiração – quer dizer, fundado na revelação do nada – surge o “porquê”.”... “O ser-aí humano somente pode entrar em relação com o ente se se suspende dentro do nada. O ultrapassar o ente acontece na essência do ser-aí. Este ultrapassar, porém, é a própria metafísica.”

E, por fim, a teoria hegeliana⁴⁰, segundo a qual o movimento da alma consigo mesma se dá através da dúvida. Para ele, esse caminho

“pode ser considerado o caminho da dúvida [Zweifel] ou, com mais propriedade, caminho do desespero [Verzweiflung];

³⁸ Friedrich Nietzsche, *Genealogia da moral: uma polêmica*, p. 73

³⁹ Martin Heidegger, *O que é a metafísica*, p. 69

⁴⁰ Georg W.F. Hegel, *Fenomenologia do espírito*, p. 339

pois nele não ocorre o que se costuma entender por dúvida: um vacilar nessa ou naquela pretensa verdade, seguido de um conveniente desvanecer-de-novo da dúvida e um regresso àquela verdade, de forma que, no fim, a coisa seja tomada como era antes.”

O ser humano tem a convicção de que seu corpo está destinado ao crescimento, envelhecimento, e à morte. O primeiro e o terceiro estágios são certos, o segundo, só a alguns, favorecidos ou não. Porém o ser humano não tem ainda, salvo credices, certeza do destino de sua alma, nem tampouco a consciência de todos os movimentos que nela ocorrem⁴¹. O que se mostra, pela narrativa dos filósofos acima citados, é que há na alma humana um ou vários movimentos que fazem com que ela se conheça, e procura conhecer o que está fora dela, através de um processo de dúvida, de desespero, em busca de equilibrar seus instintos mais fortes.

Pode-se concluir, ainda, que há na alma o desejo de dominar a si mesma, ou seja, de se manter um controle interior que pode ser objeto de crítica, como Nietzsche bem relatou, ou pode ser objeto de elogio, segundo a abordagem aristotélica.

O importante é constatar que a alma humana não é estática, está em constante movimento, e por vezes, em luta consigo mesma tentando, ora se descobrir, pelo processo da dúvida ou desespero, ora se dominar.

Enfim, se há na alma movimentos, esses movimentos podem ter um sentido. As religiões distinguem-se com relação ao sentido destes movimentos. Para os judeus, a alma será elevada a uma condição de salvação, e, portanto,

⁴¹ Para Hegel, na Estética, p.49, este seria o fim último da arte: “Despertar a alma...”... Ela “oferece-nos, num dos seus aspectos, a experiência da vida real, transportando-nos a situações que a nossa pessoal existência nos não proporciona nem proporcionará jamais, situação de pessoas e ela representa, e assim graças à nossa participação no que acontece a essas pessoas, ficamos mais aptos a sentir profundamente o que se passa em nós mesmos ?De um modo geral, o fim da arte consiste em pôr ao alcance da intuição o que existe no espírito do homem, a verdade que o homem guarda no seu espírito, o que revolve o peito e agita o espírito humano.”

ausência de sofrimento, com a vinda do Messias. Virá alguém para expurgar o sofrimento do ser humano e levá-lo a um lugar de perfeita paz e harmonia.

Para os cristãos, esse Messias já veio (e é essa basicamente a diferença entre o judaísmo e o cristianismo) representado na figura de Jesus Cristo. O cristão que seguir a mensagem de Cristo, especialmente, de amor, se elevará ao Reino de Deus libertando-se de todos os sofrimentos (*Eu sou o caminho, a verdade e a vida. Ninguém vem ao Pai, senão por mim* – Evangelho de João, 14,6). Para os budistas, a alma do ser humano já está livre, mas não tem consciência desta liberdade. Enquanto não toma esta consciência, a alma está presa na sua própria ignorância, na sua idéia de finitude e fragilidade. Assim, a tarefa da alma é de, especialmente pela compaixão, tomar consciência de seu estado liberto, e de sua infinitude. Ou seja, para o budismo, o sentido do movimento da alma é tornar-se lúcida, e assim, tomar consciência de si, no estado chamado *enlightment*, ou iluminação.

Na filosofia, Hannah Arendt ⁴², descreve que se a alma dos animais movimenta-se apenas para a sua própria sobrevivência, atendendo às paixões do corpo, a alma dos homens pode atingir outros níveis. Segundo ela:

“A diferença entre o homem e o animal aplica-se à própria espécie humana: só os melhores (os aristoi), que constantemente provam ser os melhores (aristeuein, verbo que não tem equivalente em nenhuma outra língua) e que preferem a fama imortal às coisas mortais”, são realmente humanos; os outros, satisfeitos com os prazeres que a natureza lhes oferece, vivem e morrem como animais.”

Plotino situou o ser humano entre “os deuses e os animais; às vezes tende para uns, às vezes para outros; alguns homens assemelham-se aos deuses, outros às feras a maioria fica no meio” ⁴³. Desta forma, considera que há um

⁴² A condição humana, p. 28.

⁴³ Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, verbete correspondente.

movimento da alma do homem próxima à alma dos animais em direção a alma dos deuses, considerando, evidentemente, serem estas melhores do que aquelas.

Santo Agostinho ⁴⁴, por sua vez, enumera os sete graus de ascensão da alma: No primeiro grau a alma *“vivifica com sua presença este corpo terreno e mortal, ela o unifica, e o mantém organizado como corpo vivo, e não permite que se dissolva nos elementos de sua composição orgânica.”* Neste grau a alma dos seres humanos está no mesmo nível da alma dos vegetais, fazendo a função basilar de animar o corpo.

No segundo grau, já diferenciando a alma dos seres humanos a dos vegetais, a alma concentra-se no

*“tato, e por meio dele sente e identifica o quente e o frio, o áspero e o suave, o duro e o macio, o leve e o pesado. E saboreando, cheirando, ouvindo e vendo, distingue diferenças inúmeras de gostos, cheiros e sons e formas. Apetece ali o que lhe agrada à natureza corporal, repelindo o que desagradada. Por algum tempo se retira dos sentidos, reparando as forças no descanso, onde deixa correr livremente a imagem das coisas obtidas pelos sentidos, e o faz no sono e nos sonhos. Através do exercício, movimenta-se prazerosamente, compondo a harmonia dos membros. Enquanto possível, procura a união dos sexos, e da natureza de dois faz uma só, no amor e na sociabilidade. Não só gera filhos, como os abriga, protege e alimenta. Acostuma-se ao meio ambiente, e às coisas que lhe sustentam o corpo, das quais dificilmente quer se afastar, Omo se fossem uma parte sua. E à força de costume, que nem a separação das coisas impede, chama-se memória (sensível)”.*⁴⁵

Este segundo grau de ascensão da alma humana é acessível aos animais irracionais, ou seja, o ser humano que vivesse neste segundo grau, em nada se diferenciaria aos animais irracionais, vivendo apenas para o seu próprio sustento, tendo relações sexuais, abrigando e alimentando a si e sua da prole.

⁴⁴ Sobre a potencialidade da alma – *De quantitate animae.*, p. 153

⁴⁵ Idem, p. 154

No terceiro grau, a alma do ser humano se distingue da dos animais irracionais. É neste terceiro grau que a razão, a imaginação e a criação do ser humano terão expressão nas:

*“variedades de artes e técnicas, no cultivo dos campos, na construção de cidades, e realizações de todos os tipos de grandezas produzidas”... “na variedade de idiomas, nas instituições sociais, em tanta coisa nova surgida sempre, como na recuperação de outras”... “na variedade de livros, e em todos os monumentos erguidos e entregues ao cuidado das gerações futuras”... “nos poderes constituídos, nas honras e dignidades, seja na família como na sociedade”... “nas cerimônias profanas e sagradas, na paz e na guerra” ... “na cautelosa produção oratória, na arte poética, e muitas outras criações destinadas à diversão, aos esportes, à prática musical, a precisão da arte de calcular, e as conjecturas do futuro a partir das realizações do presente”.*⁴⁶

De acordo com o Bispo de Hipona, grandes são estas coisas e próprias somente do ser humano, porém, serão *“comuns aos estudiosos e aos ignorantes, aos bons e aos maus”*.

Já no quarto grau de ascensão da alma, começa a manifestação da bondade do ser humano. É nele em que:

*“a alma ousa sobrepor-se não somente ao corpo – que é parte integrante ao universo – mas ao mesmo universo. Não considera coisas suas os bens deste mundo, aprende a estimar sua potência e beleza acima destes bens, pois distingue os valores, e menospreza os bens apenas terrenos. Quanto mais aproveita o uso destes bens, tanto mais deles se afasta, libertando-se de toda a imperfeição, fazendo-se mais pura e mais perfeita, fortificando-se contra tudo o que pode afastá-la do seu propósito e decisão.”*⁴⁷

Neste grau ainda há *“muito esforço e muita luta contra os empecilhos e seduções do mundo. No mesmo esforço pela sua purificação, existe ainda um certo medo da morte, pequeno às vezes, e muito grande em certos casos.”* Neste

⁴⁶ Ibid, p. 155

⁴⁷ Ibid, p. 156

estágio a alma ainda luta consigo mesma de maneira ferrenha, e embora saiba distinguir o certo do errado, ainda age da maneira errada.

No quinto grau a alma está *“livre de toda imperfeição, e purificada de seus pecados”* ⁴⁸alegrando-se de si mesma. Neste estágio a alma *“nada mais teme, nem se intranqüiliza por coisa alguma, a menor que seja, nos assuntos interiores”* compreende plenamente sua grandeza, e, pode tender à *“contemplação mesma da verdade, e ao altíssimo e secretíssimo prêmio pelo qual se esforçou tanto”*. Neste grau a alma já sabe o que é o certo, e já o pratica, tendo diminuído sensivelmente a sua luta consigo mesma, e embora esteja purificada de seus pecados, consegue contemplar a possibilidade de os praticar novamente, porém, não cede mais às seduções do mundo aos quais ficava submetida no estágio anterior.

No sexto grau a alma livre de toda imperfeição, e já purificados os seu olhar, procura *“conservar e reafirmar a sua integridade moral”* dirigindo *“o olhar de modo sereno e adequado ao que deve ser visto”*. Neste grau, a alma se expressa na própria compreensão de si mesma, *“Mas a tendência a compreender aquilo que realmente é a alma, e o é de modo mais sublime, vem a ser também a mais alta expressão da alma, e nada existe mais perfeito, melhor e mais correto.”* ⁴⁹

O sétimo e último grau, ele diz, *“já não é um grau, é certa mansão ou morada onde se chega através dos graus.”* Porém reconhece Santo Agostinho desconhecer *“com que palavras dizer das alegrias do bem supremo e verdadeiro, ou que inspiração terá a alma em sua serena eternidade”*. O que ele pode afirmar é que neste grau, é *“tão grande a alegria de contemplar a verdade, seja sob que aspecto a contemplemos, é tamanha a perfeição, a fé inabalável nas coisas verdadeiras, que ninguém suporá ter sabido realmente alguma coisa antes, ao supor saber algo, sem ter contemplado a verdade ela mesma.”* ⁵⁰

⁴⁸ Ibid, p. 157

⁴⁹ Ibid, p. 158

⁵⁰ Ibid, p. 160

Nietzsche ⁵¹, por sua vez, descreve o sentido do movimento da alma do ser humano, que, para ele está próxima ao macaco, para que possa ir até o homem, e além do homem, ou seja, o super-homem ⁵²:

“Eu vos proponho o Além-homem. O homem é algo a ser superado.” “Até então, todos os seres criaram algo que os ultrapassou; quereis ser o refluxo dessa grande maré e retornar ao animal, em vez de superar o homem ? (...) Que é o símio para o homem ? Uma irrisão ou uma dolorosa vergonha. Pois tal deve ser o homem para o Além-Homem: uma irrisão ou uma vergonha. Percorrestes o caminho que vai do verme ao homem, tendes ainda em vós muito do verme. Outrora fostes símios e até hoje o homem é ainda mais símio que todos os símios. Até o mais sábio entre vós é um ser indeciso e híbrido entre planta e fantasma. Acaso vos aconselhei que vos tornásseis planta ou fantasma ?

Eis, eu vos ensino o Além-Homem.

O Além Homem é o sentido da terra. Assim fale a vossa vontade: possa o Além-Homem tornar-se o sentido da terra!”

Pela descrição do filósofo prussiano o tal super-homem, ou Além-Homem seria um grau de evolução da alma do homem, e não uma outra espécie de ser vivo. A comparação evolucionista que ele faz do homem com o verme e o macaco tem fins unicamente didáticos, demonstrando a possibilidade de ascensão do homem.

Aristóteles ensina seu filho Nicômaco que o homem deve se afastar da sua natureza bestial para se aproximar de outra de excelência moral, sendo o cultivo das virtudes, o melhor método para obtenção de tal fim. Afirma ainda, que é o homem virtuoso aquele mais feliz ⁵³.

⁵¹ Friedrich Nietzsche, *Assim falava Zaratustra – Um livro para todos e para ninguém*, p.362.

⁵² ou Além-homem (*übermensch*).

⁵³ “A felicidade, como afirmamos, requer tanto virtude completa quanto vida completa”, *Ética a Nicômaco*, p. 55.

Hegel ⁵⁴ deixou uma lição ainda mais sutil, ou seja, de que há um movimento dialético da alma consigo mesma, de forma a possibilitar, através da intuição, a elevação da consciência natural, que é relativa, à consciência do Absoluto. Para ele:

“ o Absoluto não deve ser expresso em conceito, mas somente sentido e intuído. Não é o seu conceito, mas seu sentimento e sua intuição que devem tomar a palavra e receber a expressão”.

...
“O Belo, o Sagrado, o Eterno, a Religião e o Amor são apenas “iguarias que se exigem para despertar o prazer de provar. O apoio e a difusão progressiva da riqueza da substância devem ser buscados não no conceito, mas no êxtase, não na necessidade da coisa que procede friamente, mas no fervido entusiasmo.”

Durante esse movimento, porém, diz o filósofo ⁵⁵, há uma exigência:

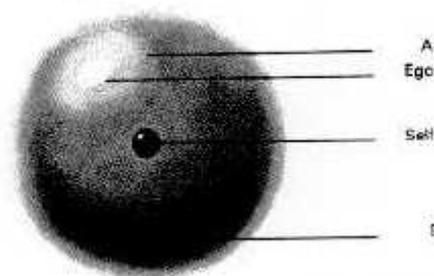
“que corresponde o esforço tenso e quase violento e irritado para arrancar os homens do seu afundamento no sensível, no comum e no singular, e para dirigir seu olhar para as estrelas como se eles, totalmente esquecidos do divino, estivessem a ponto de se contentar, como o verme da terra, com a lama e água.”

Jung, por sua vez, reconhece que há dentro da alma humana duas partes: uma consciente e outra inconsciente. O ego seria o núcleo da parte consciente, o *self*, o núcleo da parte inconsciente, mas também o núcleo de toda a alma. Há uma parte da alma, denominada sombra, que seria a parte que o ser humano nega existir em si mesmo.

⁵⁴ *Fenomenologia do espírito*, p. 298.

⁵⁵ *Idem*, p. 298.

Tal expressão da alma pode ser objeto de observação na seguinte imagem:



Essa seria, para Jung, uma fotografia didática da alma. E, em sua teoria, o movimento de individuação⁵⁶ do ser humano compreende o percurso do caminho do consciente (A), que é a parte clara, e cujo núcleo é o ego, até o inconsciente (B), que é parte negra e parte cinzenta (sombra). Neste caminho, o indivíduo transforma o inconsciente em consciente, e desloca-se do núcleo do consciente (ego), ao núcleo de toda a alma, o *self*, tendo-se assim a consciência plena de si. Esse caminho se dá com a realização da sombra, a consciência da *anima* e do *animus*, que seriam os arquétipos feminino e masculino no interior da alma, e por fim, o encontro com o *Self* que é o núcleo mais profundo da alma, onde o ser deixa de lado todo e qualquer processo mental de imitação inconsciente⁵⁷. A realização da sombra ocorre *“quando a pessoa fica consciente (e muitas vezes envergonhada) das tendências e impulsos que nega existirem nela mesma, mas que consegue perceber perfeitamente nos outros”*⁵⁸. Seria a sombra, a parte bestial da alma, o que os maniqueístas chamariam de mal. A *anima*, segundo

⁵⁶ ou maturidade da alma.

⁵⁷ “O papagaio demoníaco significa o nefasto espírito de imitação que nos faz errar o alvo e nos deixa psicologicamente petrificados. Como assinalei anteriormente, o processo de individuação exclui qualquer imitação, tipo ‘papagaio’ (Carl Jung, *O Homem e seus símbolos*, p. 217). Com essa mesma percepção do malefício da imitação afirmado por Jung, Descartes, em seu “Discurso sobre o método”, diz :“...aprendi a não acreditar com demasiada convicção em nada do que me havia sido inculcado só pelo exemplo e pelo hábito...” (DADOS). Fernando Pessoa, em situação análoga poetizou (dados): “Procuro despir-me do que aprendi/ Procuro esquecer-me do modo de lembrar que me ensinaram/ E raspar a tinta com que me pintaram os sentidos/ Desencaixotar as minhas emoções verdadeiras/ Desembrulhar-me e ser eu, não Alberto Caeiro/ Mas um animal humano que a Natureza produziu.”

⁵⁸ *Ibid.*, p. 168.

Jung ⁵⁹, “*é a personificação de todas as tendências psicológicas femininas na psique do homem – os humores e sentimentos instáveis, as intuições proféticas, a receptividade ao irracional, a capacidade de amar, a sensibilidade à natureza e, por fim, mas nem por isso menos importante, o relacionamento com o inconsciente.*”

Esse diálogo do consciente com o inconsciente mediado pela *anima* ocorre, para ele ⁶⁰, em quatro estágios:

“O primeiro está bem simbolizado na figura de Eva, que representa o relacionamento puramente instintivo e biológico; o segundo pode ser representado pela Helena de Fausto: ela personifica um nível romântico e estético que, no entanto, é também caracterizado por elementos sexuais. O terceiro estágio poderia ser exemplificado pela Virgem Maria – uma figura que eleva o amor (Eros) à grandeza da devoção espiritual. O quarto estágio é simbolizado pela Sapiência, a sabedoria que transcende até mesmo a pureza e a santidade, como a Sulamita dos Cânticos de Salomão. (No desenvolvimento psíquico do homem moderno este estágio é raramente alcançado. Talvez seja a figura da Mona Lisa a que mais se aproxima deste tipo de anima)”

O *animus*, por sua vez, é a personificação de todas as tendências psicológicas masculinas na alma da mulher, a receptividade do racional, os sentimentos estáveis, a obstinação fria, e também, a capacidade de relacionamento com o inconsciente. Da mesma forma que a *anima*, o *animus* possui quatro estágios de desenvolvimento: “o primeiro é uma simples personificação da força física – por exemplo, um atleta ou “homem musculoso”; no estágio seguinte, o *animus* possui capacidade de planejamento, seria o “homem romântico”; no terceiro, é o “homem realizador”, ativo, prático, criador, onde o *animus* é a personificação do “verbo”; e no quarto e último estágio, o *animus* personifica “o pensamento”, e, é nesta fase superior que “o *animus* se torna o mediador de uma experiência religiosa através da qual a vida adquire

⁵⁹ *Ibid.*, p. 177.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 185 .

novo sentido. Dá à mulher uma firmeza espiritual e um invisível amparo interior, que compensam a sua brandura exterior” ⁶¹.

E por fim, se *“um indivíduo lutou séria e longamente com a sua alma ou o seu animus de maneira a não se deixar identificar parcialmente com eles, o inconsciente muda o seu caráter dominante e aparece numa nova fase simbólica, representada pelo self, o núcleo mais profundo da psique.”* ⁶²

As relações matrimoniais, do ponto de vista psicológico, têm a função de mediar o diálogo da parte consciente com a parte inconsciente da alma. Ou seja, o outro, na relação matrimonial, faz a função, dos arquétipos masculinos e dos femininos, e ainda da sombra; faz o papel de espelho para que a parte consciente da alma perceba a sua parte inconsciente, e assim, atinja uma compreensão completa e mais real de seu próprio ser. Uma consegue se enxergar através da outra, dando-se conta, desta forma, da sua integralidade. Esse processo não é simples, nem rápido. A própria percepção da existência desse processo mental de compreensão e a sua fenomenologia é tarefa árdua e sutil.

Maslow, analisou o sentido do movimento da alma, e portanto, seu comportamento, através da sua conhecida Pirâmide de 5 degraus: o primeiro, e mais básico, seria o degrau das necessidades fisiológicas, como comer, beber, ter relações sexuais, dormir etc; o segundo se refere às necessidades de segurança, como defesa, proteção, emprego, abrigo etc; o terceiro se refere às necessidades sociais, como ter relacionamento, amar, fazer parte de um grupo; o quarto degrau está ligado às necessidades de auto-estima, reconhecimento e status; no quinto e último degrau está a necessidade de auto-realização, ligado ao desenvolvimento pessoal e às conquistas da pessoa humana.

⁶¹ *Ibid.*, p. 194.

⁶² *Ibid.*, p.195

O primeiro e segundo estágios parecem estar ligados mais ao corpo do que à alma, ao passo que se referem às questões diretamente ligadas ao corpo, como necessidades fisiológicas, ou de proteção. Porém, mesmo as necessidades fisiológicas têm sua origem da alma. Muito embora a biologia possa nos dizer qual a espécie de comida e a quantidade para se ter um corpo saudável, é a alma deste corpo que, diante de determinada quantidade ou qualidade de comida, se sentirá satisfeita. Ou seja, ainda que os nutricionistas comprovem quantas calorias sejam suficientes para tal corpo subsistir bem, será a alma deste corpo que dirá a ele e regerá as suas reações para que ele se sinta satisfeito, e conseqüentemente, a conscientização da realização deste primeiro degrau da pirâmide de Maslow. Da mesma forma se dá com o segundo degrau. Ninguém pode concluir que um determinado ser humano está seguro, se a sua própria alma o disser o contrário.

Enfim, de acordo com essa pirâmide, Maslow estruturou as carências humanas, e com isso, o sentido da alma para preenchê-las. Diz ele que a alma do ser humano não pensará em segurança, se não tiver com suas necessidades fisiológicas satisfeitas. Da mesma forma não se sentirá satisfeita apenas com a realização das necessidades fisiológicas, e de segurança. Ela desejará estar em um grupo social. Depois de estar em um grupo social, a alma do ser humano desejará ter auto-estima, reconhecimento e status dentro deste grupo. E, em seguida, após alcançar essas necessidades, pensará na auto-realização.

Contudo, a escalada nesta pirâmide pode ser interrompida caso uma das necessidades das bases deixem de ser supridas. Isto é, a alma do ser humano retorna ao estágio inferior tão logo lhe falte qualquer das necessidades inferiores. Se um ser humano está no degrau da auto-realização, mas ocorre alguma carência do primeiro degrau que o deixe correndo o risco de morrer de fome, saltará, sem titubear, do último estágio para o primeiro mais básico, a fim de suprir as suas necessidades fisiológicas e garantir a sua sobrevivência.

Há um movimento dinâmico nesta escalada, pois não há garantia de que, assim que supridas as necessidades mais básicas, e, tendo a pessoa alcançado o degrau superior, aquelas não voltarão a faltar. De qualquer forma, diante desta pirâmide comportamental, podemos concluir que todo ser humano estará com sua alma motivada para saciar essas necessidades.

Disto tudo, afigura-se evidente que a alma do ser humano está em constante movimento, e esse movimento tem um sentido, que seria o da busca da excelência moral, para Aristóteles, do Além-Homem, para Nietzsche, do sétimo grau de ascensão, segundo Santo Agostinho, e da auto-realização, segundo Maslow.

Não há divergência entre os pensadores quanto à necessidade de um trabalho árduo, contínuo e persistente em busca de tais objetivos. A divergência talvez esteja apenas na forma da linguagem, pois enquanto alguns usam o termo “excelência moral”, o outro diz “auto-realização”, ambos para nomear o mesmo estágio da alma. Da mesma forma, o sétimo grau de ascensão da alma de Santo Agostinho, pode ser equivalente ao Além-Homem de Nietzsche.

Relevante, pois, é constatar que a alma do ser humano tende a um processo de ascensão, de progresso, de melhora. O método utilizado para este progresso da alma e subsistência do corpo é transmitido de geração em geração, e modificado a cada geração como veremos a seguir, demonstrando, com isso, a importância dos antepassados para desenvolvimento do ser humano.

1.4 O ser humano e a importância de seus antepassados

Do que já vimos até agora podemos extrair que a alma é dotada de pelo menos duas partes, uma consciente e outra inconsciente, como também de duas tendências extremas, à bestialidade e à moralidade. Por outro lado, também vimos a importância da teoria comportamental de Maslow, segundo a qual o ser humano tende a satisfazer primeiro suas necessidades fisiológicas (comer, beber, dormir, ter relações sexuais etc), para depois seguir em busca da sua segurança, de estar em um grupo social, de ter auto-estima e por fim de auto-realizar-se.

De qualquer forma, seja para atender as necessidades da alma, seja as do corpo, o ser humano, quando nasce, já está diante, querendo ou não, de uma autoridade. Será essa autoridade externa que o reconhecerá como ser humano ⁶³, de quem ele receberá o primeiro afeto, dirá onde e como obter seu alimento, a sua segurança, seu grupo social, sua auto-estima, sua realização, o que será o certo, o que o errado, o que será sagrado ou profano, como também, como dirigir a sua alma da *bestialidade à excelência moral*, ou do *primeiro grau ao sétimo*, ou do *símio ao Super-Homem*.

Além dessa autoridade externa, haverá uma outra, interna alcançada através da intuição. Aqui, poderíamos iniciar uma discussão longa a respeito dos conhecimentos *a priori* e os conhecimentos *a posteriori*, da teoria kantiana, ou ainda, a discussão a respeito do direito natural em contra-posição ao direito positivo, se o ser humano nasce com direitos naturais que podem ser contraditórios com o direito positivo da sociedade em que ele irá crescer. Utilizando as palavras de Norberto Bobbio, citando Abelardo, “o *direito positivo* “*illud est quod ab hominibus institutum*”, isto é, a sua característica é a de ser posto pelos homens, em contraste com o *direito natural* que não é posto por esses, mais por algo (ou alguém) que está além desses, como a natureza (ou o

⁶³ “Reconheço que sou como o outro me vê.” Jean-Paul Sartre, *O ser e o nada ...*, p. 290.

próprio Deus).”⁶⁴. Se esse algo, ou alguém coloca, especialmente no que diz respeito a moral ou ética, em algo, esse algo certamente seria a alma humana recém-nascida. Porém, não iremos adentrar nesta perquirição cinzenta. Sabe-se que há a possibilidade de haver um ordenamento jurídico interno da alma, ao qual o lado consciente da alma pode atribuir certa autoridade e com isso agir de acordo com suas ordens interiores, inserido por alguém, que pode entrar em conflito com outro ordenamento jurídico posto pela sociedade onde nasce o ser humano, que também goza de natural autoridade.

Analisaremos neste capítulo a influência deste ordenamento externo da alma (independentemente de haver outro interno), segundo o qual o ser humano aprende a falar, andar, buscar a própria subsistência, entender o que é importante ou não, ou seja, ter sua avaliação moral no ambiente em que vive. É neste ambiente (físico e psíquico) que o ser humano aprende ter amor ou ódio por algo ou alguém. É o ambiente em que o ser humano nasce que lhe dará condições de desenvolver seu corpo e sua alma, através de outras pessoas que fazem o papel de autoridade.

O que será considerado sagrado, e o que será considerado profano, a forma de conviver com o outro, se deve amar ou odiar o semelhante, respeitar ou explorar à exaustão a natureza, abusar do poder ou ser humilde e sabê-lo usar, enfim, guiar-se pelas virtudes ou pelos vícios. Essas sem dúvida, serão justamente as tarefas das autoridades externas do ser humano, especialmente, em seus primeiros anos de vida⁶⁵..

Essa espécie de autoridade pode-se dizer que seria aquela a que Hannah Arendt se referiu como sendo a “ *que não se confunde com qualquer forma de*

⁶⁴ *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.*

⁶⁵ Aqui reside o importante papel da família, e por consequência, do matrimônio, para o desenvolvimento humano.

poder ou violência”, que “*exclui a utilização de meios externos de coerção*”, pois nesta autoridade “*onde a força é usada, a autoridade em si mesmo fracassou.*”⁶⁶.

Essa autoridade de que falamos é uma autoridade incompatível com o diálogo, pois não aceita igualdade, nem formação de argumentos e contra-argumentos. É também hierárquica: até um determinado momento o ser humano não contesta se o leite materno é ou não saudável para o seu sustento; se a roupa que usa, é ou não boa para si; se a língua a ser falada será o idioma da família ou outro, se o dinheiro da casa servirá para pagar o supermercado ou a colônia de férias no final de semana, enfim, atos que não são passíveis de discussão com o ser humano recém nascido e até uma certa idade.

Normalmente, essa autoridade é exercida pelos membros da família. E, mesmo que o ser humano nasça órfão, outras pessoas farão o papel desta autoridade. A autoridade na família é posta e aceita com relação aos hábitos, costumes e à moral. Se um bebê brasileiro for criado por pais ingleses, ele certamente falará a língua inglesa e talvez nunca tenha contato com uma palavra sequer da língua portuguesa, embora nascido no Brasil. Da mesma forma, difícil conceber um ser humano de uma raça amando outro ser humano de outra raça se o ambiente no qual viveu ensinou-lhe a odiá-lo.

Conta Florestan Fernandes⁶⁷ que os tupinambás eram índios antropófagos, pois acreditavam que comendo a carne de seu inimigo corajoso, eles receberiam o *mana*⁶⁸ dele proveniente, e também se tornariam mais corajosos. Além disso, eles guerreavam desde os tempos mais remotos de sua história, com a tribo vizinha, e a guerra fazia parte da cultura deles, da mesma forma que a antropofagia. Tendo chegado os padres católicos à aldeia dos tupinambás, e se horrorizado pelo fato dos mesmos comerem carne humana e guerrearem freqüentemente com a tribo vizinha iniciou-se a tentativa de conversão, para que

⁶⁶ *Entre o passado e o futuro*, p. 129.

⁶⁷ *A função social da guerra na sociedade tupinambá.*

os silvícolas deixassem de comer a carne humana, e de guerrear com a tribo vizinha. Depois de muita tentativa de convencimento por parte dos padres, o cacique da tribo, concedeu apenas um dos pedidos. Para ele, era possível deixar de comer a carne humana, mas deixar de guerrear, não. Com a ausência do primeiro hábito cultural a sociedade, segundo o cacique, poderia sobreviver. Mas se eliminasse a guerra, provavelmente, outros valores sociais iriam ser eliminados, como a coragem, a força, e a auto-estima dos guerreiros que faziam com que a sociedade sobrevivesse há muitos anos. A guerra tinha a sua função social, e por isso, não poderiam abrir mão dela. Portanto, aquele ser humano *tupinanbazinho* recém nascido naquela aldeia, não poderia se conceber um sentimento de amor à tribo inimiga, porque todo o seu ambiente estava cercado de ódio contra aquela tribo, e era esse ódio, inclusive, que dava a sustentação à própria identidade e sustentabilidade à sociedade tupinambá. Aquele índiozinho, por outro lado, aprenderia amar os seus companheiros de tribo, de acordo com os valores que lhe eram passados por seus ancestrais.

O que se quer dizer com isso, é que cada sociedade elege determinados valores, formas de conduta, para melhor viver, e educam os seres humanos que dela fazem parte, dirigindo as almas de acordo com as experiências de seus antepassados.

As almas que nascem nesta sociedade obedecem inconscientemente à autoridade dos seres humanos mais velhos, que por sua vez obedeceram a autoridade de seus antepassados. Todavia, há na alma humano, além deste processo de imitação, outro, o de progresso. Em razão deste segundo processo, a sociedade, e acabam, pouco a pouco, modificando a cultura, as normas, e os modos de produção de acordo com as necessidades e para melhor se adequar no espaço e no tempo.

⁶⁸ A substância boa que havia na alma humana que, neste caso, o fazia corajoso.

E daí vem a importância do progresso, seja ele econômico, moral, social, cultural, científico, jurídico, como manifestação deste movimento de atribuição de uma autoridade dos antepassados, e ao mesmo tempo, a sua negação, para que nova seja criada. Hannah Arendt ⁶⁹ diz que esta autoridade, em nossa sociedade moderna, está já há algum tempo em crise. Em suas palavras:

“Com a perda da tradição, perdemos o fio que nos guiou com segurança através dos vastos domínios do passado; esse fio, porém, foi também a cadeia que aguilhou cada sucessiva geração a um aspecto predeterminado do passado. Poderia ocorrer que somente agora o passado se abrisse a nós com inesperada novidade e nos dissesse coisas que ninguém teve ainda ouvidos para ouvir. Mas não se pode negar que, sem uma tradição firme ancorada – e a perda dessa firmeza ocorreu séculos atrás – toda a dimensão do passado foi também posta em perigo. Estamos ameaçados de esquecimento, e um tal olvido – pondo inteiramente de parte os conteúdos que se poderiam perder – significaria que, humanamente falando, nos teríamos privado de uma dimensão, a dimensão da profundidade na existência humana. Pois memória e profundidade são o mesmo, ou antes, a profundidade não pode ser alcançada pelo homem a não ser através da recordação.”

A filósofa aponta o problema em sua raiz: tirar a autoridade dos antepassados e sua experiência seria colocar um ponto final na história, para outra começar; seria começar de novo, inventarmos a roda novamente, no âmbito da moral e da ética.

A arrogância do novo faz com que ele tente acabar com todo e qualquer sinal dos antepassados, a fim de mostrar que a nova filosofia é a certa, e que a antiga, não tinha qualquer valor ou verdade. Por outro lado, entregar-se cegamente a uma autoridade seria deixar de criar, de inovar, de transpor os limites e estabelecer novos mais distantes, e com isso, deixar de progredir.

O melhor seria tomar as tradições e autoridades passadas, como Hegel assinala:

⁶⁹ Idem, p. 129

“O botão desaparece no desabrochar da flor, e pode-se dizer que é refutado pela flor. Igualmente, a flor se explica por meio do fruto como um falso existir da planta, e o fruto surge em lugar da flor como verdade da planta. Essas formas, não apenas se distinguem mas se repelem como incompatíveis entre si. Mas a sua natureza fluida as torna, ao mesmo tempo, momentos da unidade orgânica na qual não somente não entram em conflito, mas uma existe tão necessariamente quanto a outra; e é essa igual necessidade que unicamente constitui a vida do todo.”⁷⁰

A flor não nega totalmente o botão. Ela parte do botão para se tornar a flor. Sem o botão, não há flor. Ela carrega em si a essência do botão, mudada pela força do tempo e da nova experiência. A flor é a flor, que por sua vez não deixa de ser em parte o botão e a planta. As novas filosofias, por vaidade ou outras razões querem estabelecer a flor à força, negando o botão e, por vezes, querendo que ela tenha toda a natureza da planta, que ela não tem, por si só, sem atribuir valor algum ao botão.

Na evolução da alma, seja em busca da excelência moral, seja para ascender ao sétimo grau da alma, onde há tranqüilidade e alegria permanentes, o ser humano tende a imitar inconscientemente seus antepassados. Será através deste processo de imitação, que decorre de uma autoridade, que o ser humano adquire os valores de seus antepassados e os reproduz, o que não quer dizer que tenha que refutar todos os valores dos antigos, da mesma forma que a flor não precisa negar totalmente o botão.

Todavia, como bem apontou Hannah Arendt no trecho citado, com o processo de individualização do ser humano, esta atribuição de autoridade entrou em crise, e se deixou de atribuir ao ascendente, o poder de dizer, o que é certo e o que errado.

⁷⁰ Op. Cit., p. 296

Além disso, a distinção entre fé e razão do ponto de vista da evolução da alma humana, fez com que o ser humano deixasse de considerar a experiência de seus antepassados, e tentasse, por todos os meios, criar uma nova regra de conduta para elevar a sua alma, à ascensão (ainda que não seja esse um objetivo consciente), por meio do alcance da felicidade. Cita-se, por exemplo, o fato de que o método freudiano de fazer com que os seus pacientes falassem de suas dores, para que, com o próprio movimento do falar fossem curadas, já era utilizado à muito tempo, pela Igreja Católica, em seus confessorários.

Em relação ao Estado, o alcance da felicidade da sociedade é o grande objetivo do direito. O direito, sob esta ótica, representa todo o arcabouço de conhecimento das experiências de nossos antepassados que, de uma forma ou de outra, foram positivados a fim de que toda a nação seguisse aquelas normas visando o bem comum.

A Constituição Federal estabelece o sistema de governo, os princípios fundamentais, as regras gerais de distribuição de poder e conduta das autoridades, e as garantias individuais, juntamente com as leis infra-constitucionais e as normas administrativas. Está nela o repositório maior do conhecimento jurídico obtido ao longo dos tempos pelos antepassados dos seres humanos brasileiros.

São essas as fontes que hoje estão disponíveis aos novos seres humanos, para regulamentar a vida social. E essas regras, como dito, foram criadas com base na experiência de nossos antepassados, objetivando o bem social.

No direito de família, as mudanças dos últimos anos foram significativas, especialmente com a igualdade entre o homem e mulher. Por conta desta igualdade, as gerações contemporâneas vivem um processo de reconstrução das famílias, e estabelecimento de outras verdades para a relação matrimonial.

Talvez fosse interessante que estas novas gerações se inclinassem, com um pouco de humildade, ao que os seus antepassados entendiam como verdade nesta relação. Se há na história da humanidade, alguns milênios de experiências a respeito do casamento, não seria racional o ser humano – desta nova geração – romper totalmente com esse passado de experiências, e criar outro arcabouço de conhecimento totalmente novo. Se a igualdade entre homem e mulher é fruto do progresso moral da humanidade, não quer dizer, que junto com a desigualdade, todos os outros valores antigos, tenham que desaparecer.

Insistindo-se nesta idéia de rompimento total com o passado, talvez tenha a sociedade de passar pelos mesmos problemas, para chegar às mesmas soluções. Enfim, talvez o ser humano, hoje, esteja querendo reinventar a roda no campo da filosofia matrimonial. E isso não quer dizer que a igualdade, fruto do progresso, não deva ser preservada. Muito pelo contrário! Quer dizer que se deve modificar aquilo que não mais serve ao direito matrimonial, mas conservar aqueles princípios e valores antigos que ainda podem ser válidos e eficazes, mesmo diante da igualdade conquistada pelas mulheres. Se a borboleta deixa o casulo, e não mais o utiliza, porque não lhe serve mais, não quer dizer que tenha que negar a essência da larva, que um dia foi, que é a sua própria essência.

1.5 O afeto: meio e fim nas relações humanas

O ser humano é um ser social. Por ter essa característica, é da sua essência ter vontade de estar junto de outro. E, essa vontade, pode ser expressa por meio do afeto. É o afeto ⁷¹ que faz com que os seres humanos unam-se uns aos outros. Esse afeto pode ser *utilitário* ou *verdadeiro*, segundo a definição aristotélica ⁷², ou interessado e verdadeiro, segundo a definição platônica ⁷³. O afeto utilitário (ou interessado) depende da condição da relação gerar prazer ou algum outro benefício, e portanto, a relação dura enquanto esse prazer ou benefício durar. O afeto verdadeiro pode gerar – e acaba gerando – prazer e sendo útil, mas não é esse o seu fim. O seu fim reside nele mesmo. O ser humano carece de afeto. O afeto verdadeiro tem fim na própria relação e independentemente de seus efeitos. A intenção é de estar junto e fazer o bem um para o outro, ainda que em determinadas épocas esse bem não apareça.

Se existem essas duas espécies de afeto, ou seja, verdadeiro e interessado, há 5 subespécies da primeira e quatro da segunda. São eles: *eros*, *filia*, *caritas*, *storge* e *ágape*.

Eros é o amor romântico, erótico, o afeto entre duas pessoas apaixonadas; *filia*, é a amizade, aquele afeto que difere do *eros*, porquanto não há desejo sexual, sendo encontrado entre seres humanos que se querem bem independentemente de qualquer interesse; *caritas* é a compaixão pelo menos favorecido, seja material ou psicológica; seria na língua portuguesa o sentimento definido pela palavra caridade, que é aquele que faz com que um ser humano sinta o sofrimento do outro, e o impulsiona no sentido de tentar fazê-lo parar ou diminuir; *storge* é o amor pela família, ou seja, aquele ligado aos laços

⁷¹ no sentido de amor, pois o afeto pode ter a acepção de tudo aquilo que afeta o ser humano, e portanto, tanto o amor, quanto o ódio, seriam afetos do seres humanos. Mas aqui, utilizaremos o afeto, apenas no sentido do amor.

⁷² ARISTÓTELES, *op. cit.*

⁷³ PLATÃO. *O banquete*.

sanguíneos; e o amor *agape*⁷⁴ é o amor a tudo e a todos indistinta e incondicionalmente, é aquele amor que é verbo intransitivo, pois não há objeto de desejo ou de amor. Ama-se tudo e a todos, e, portanto a tudo se sente integrado. O ser fica em estado de amor, e não em amor com relação a algo ou a alguma pessoa. Por isso não se pode admitir um amor-*ágape* na espécie de amor interessado e, portanto é subespécie apenas da primeira, a espécie do amor verdadeiro.

Para uma correta descrição dos sentimentos da alma, é de fundamental importância a compreensão destas cinco espécies de amor, por conta de que “há uma relação entre a linguagem e as operações do espírito”⁷⁵ de forma que a alma do ser humano cria um universo de palavras para se comunicar com ela mesma e com o outro. A linguagem representa uma realidade e conseqüentemente gera uma compreensão. Se a linguagem for pobre, a comunicação do ser humano consigo mesmo e com o outro, também o será, e provavelmente refletirá uma realidade também pobre, ou até mesmo, falsa.

O que é verdadeiro para o amor, na conotação *filia*, pode ser falso em relação ao sentido de *caritas*, ou *storge*. Se uma pessoa diz que “ama” a outra, este sentimento pode ter diversas conotações (*eros, filia, caritas, storge, agape*), que não são contraditórias, nem necessariamente excludentes. Em suas

⁷⁴ O amor *ágape* tem aquelas propriedades expostas em Coríntios I; 13: “Ainda que eu falasse a língua dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine./ E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria. / E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria./O amor é sofredor, é benigno; o amor não é invejoso; o amor não trata com leviandade, não se ensoberbece./Não se porta com indecência, não busca os seus interesses, não se irrita não suspeita mal; / Não folga com a injustiça, mas folga com a verdade; / Tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta./O amor nunca falha; mas havendo profecias, serão aniquiladas; havendo línguas, cessarão; havendo ciência, desaparecerá; / Porque, em parte, conhecemos e em parte profetizamos;/ Mas quando vier o que é perfeito, então o que o é em parte será aniquilado./Quando eu era menino, falava como menino, sentia como menino, discorria como menino, mas, logo eu cheguei a ser homem, acabei com as coisas de menino./Porque agora vemos por espelho em enigma, mas então veremos face a face; agora conheço em parte, mas então conhecerei como também sou conhecido./Agora, pois, permanecem a fé, a esperança e o amor, mas o maior destes é o amor.”

⁷⁵ NEF, Frédéric. *A linguagem: uma abordagem filosófica*, p. 8.

introspecções o ser humano pode achar que não ama mais uma pessoa, porém, ele pode estar, com esta afirmação, representando para si uma realidade diferente da que poderia perceber se tivesse o conhecimento dos outros significados da palavra “*amor*”. Isto porque, poderá, de fato, ter deixado de sentir um determinado tipo de amor, e talvez apenas por um tempo, mas não necessariamente todos eles. Enfim, com a compreensão destas 5 (cinco) palavras gregas para a definição de diferentes espécies de amor, a alma tem mais elementos para classificar e identificar seus afetos, e com isso tem uma compreensão melhor de uma possível realidade percebida.

Importante definir também, que há ainda subespécies do amor à família (*storge*): o amor de mãe, o amor de pai, o amor de filho, amor fraterno/conjugal. O amor de mãe é aquele que “*cuida, que nutre que fertiliza*”⁷⁶; o amor de pai é aquele “*que dá e recebe os limites, ele ensina e aprende o certo e o errado, o pode-não pode, o sim bem separado do não, a lei, a ordem do pai*”⁷⁷; o amor de filho é aquele que “*busca a conquista do amor parental*”⁷⁸, ou seja, aquele que incessantemente deseja ser reconhecido e premiado pelos pais. Esses três amores têm a característica de serem amores em uma escala vertical, pois se pressupõe uma hierarquia entre as pessoas que os vivem; já o amor fraterno/conjugal é aquela “*forma de amor constatada entre o eu e o outro em que a busca é da simetria, da dialética, do igual e do diferente, do eu concorda e do eu discorda, porém simetricamente. Ambos, eu e outro, são “do mesmo tamanho”, equivalentes em suas diferenças e semelhanças.*”⁷⁹

Na relação matrimonial podem existir todos esses amores, amor de pai, amor de mãe, amor de filho, amor fraterno/conjugal (que seria o *filia* com laços sanguíneos, na relação fraternal, ou apenas laços matrimoniais na relação conjugal), na medida em que tais amores estão ligados aos papéis que são exercidos na alma do ser humano e não necessariamente coincidem com os

⁷⁶ Iraci Gálicas, Do amor na saúde à saúde do amor, p. 107-118.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

papéis biológicos. Ou seja, a esposa pode fazer o papel da mãe, em um determinado momento, de pai em outro, de irmã, de amiga, além do de fêmea. Da mesma forma, o marido pode exercer esses papéis, de pai, de mãe, de irmão, de amigo, além do de macho. E essa compreensão é de fato muito relevante para o estudo da complexidade dos afetos que podem permear a relação matrimonial.

Ademais, o segundo mandamento dos dez de Moisés, segundo o qual, devemos *amar o próximo como a nós mesmos*, consiste, de acordo com Freud, um dos preceitos fundamentais da vida civilizada, porque sem este preceito, a vida civilizada seria insuportável⁸⁰. Por outro lado, acrescenta Bauman⁸¹, “*é também o que mais contraria o tipo de razão que a civilização promove: a razão do interesse próprio e da busca da felicidade*”.

Ocorre que, como vimos anteriormente, nos pensamentos de Michel Foucault, não é uma tarefa fácil definir o que seria amar a si mesmo - que estaria implícita no “*cuidar de si mesmo*” (*epiméleia heautoû*) - na medida em que tal conhecimento demandaria um outro, que seria o de “*conhecer a si mesmo*” (*gnôthi seátón*). Da mesma forma, o cuidar do outro – amar ao outro - demanda o conhecimento do outro. E aqui reside um grande problema: como vimos nos itens anteriores, o ser humano está em constante movimento.

Quando um ser ama o outro ser, ele está diante de um ser que não será o ser do momento imediatamente posterior. Aquele ser humano amado não é um objeto inanimado, imóvel, constante. É um ser animado, em transformação, inconstante, tanto no seu aspecto material (do corpo), quanto no aspecto imaterial (da alma), e a cada momento adquire uma nova realidade.

Por conta disso, o amor *eros* que ligou inicialmente os dois jovens apaixonados, pode não se manter na mesma intensidade ou qualidade, e nem por

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Sigmund Freud, *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*.

⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. Amor líquido – Sobre a fragilidade dos laços humanos, p. 97.

isso, deixa de ser amor. O amor-eros, pode se transformar em amor-storge, o afeto à família, ou caritas, ou ainda, em filia (a amizade), ou até mesmo Ágape., e assim, sucessiva ou inversamente.

Para Schoppenhauer⁸², *“contentarmo-nos com a felicidade, o bem-estar e o prazer de um outro, mas isto é secundário e mediado pelo fato de que, antes, seu sofrer e sua carência nos perturbaram.”* E, em razão desta perturbação, ou simplesmente, da possibilidade dela ocorrer é que agimos ou não de acordo com a mais natural e pura moral. Para ele ⁸³ é a compaixão que nos move para promover a ação moral, estamos,

“todos inclinados para a injustiça e a violência, porque nossa necessidade, nossos apetites, nossa ira e nosso ódio aparecem imediatamente na consciência e têm por isso o “ius primi occupantis” [o direito do primeiro possuidor]. Em contrapartida, os sofrimentos alheios que causam nossa injustiça e violência chegam à consciência só através do caminho secundário da representação e só através da experiência, mediatamente, portanto. Por isso diz Sêneca: “Ad neminem ante bona mens venit quam mala” [A ninguém vem antes a boa mente, mas sim a má] (Epistulae, 50). O primeiro grau do efeito da compaixão é o fato de que ela se opõe ao sofrimento que eu próprio posso causar aos outros, por inibir as potências antimorais que habitam em mim. Ela me grita “pare!” e se coloca como arma defensiva diante do outro, protegendo-o da ofensa a que, não fora isso, meu egoísmo ou minha maldade me teriam impelido. Desta forma, deste primeiro grau da compaixão surge a máxima “neminem laede”, isto é, o princípio da justiça, virtude que só aqui e em mais nenhum outro lugar tem sua origem mais pura, meramente moral e livre de qualquer mistura, pois, do contrário, teria de repousar no egoísmo.”

Será essa compaixão, para ele, que

“me deterá onde e quanto eu possa empregar o sofrimento alheio para alcançar meus fins; tanto faz que este sofrimento sobrevenha instantaneamente ou um pouco mais tarde, direta ou indiretamente, agredirei tão pouco a propriedade, seja espiritual,

⁸² Sobre o fundamento da moral, p.12

⁸³ Ibid.

seja corporal, e portanto não me absterrei apenas de toda ofensa física, mas também de, por via espiritual, causar-lhe dor, através da humilhação, inquietação, desgosto ou calúnia.”⁸⁴.

Do que foi dito, decorre a importância substancial do afeto nas relações humanas, pois é ele que dá causa, que remedia e a finalidade das relações matrimoniais, e por consequência, das relações familiares. A conduta moral de um indivíduo dentro destas relações só terá válido fundamento se decorrer do afeto, e portanto, será este sentimento primordial que dará ao ser humano a qualidade necessária do convívio familiar.

1.6 A evolução da terminologia jurídica: a caminho da igualdade.

O ordenamento jurídico procura evoluir de acordo com a evolução dos fatos e valores da sociedade. O legislador observa o fato, ao qual atribui determinado valor, e conseqüentemente gera a norma, segundo a teoria tridimensional do direito⁸⁵. Durante vários séculos viveu-se em uma sociedade patriarcal, onde o homem era responsável pelos cargos mais importantes do poder público, bem como da iniciativa privada. A mulher era apenas um ser humano que gerava os filhos do homem, e deles cuidava. A mulher era restrita aos afazeres domésticos, cuidando da casa, do marido, dos filhos, enfim, não era conhecida, nem reconhecida como integrante da sociedade. Ela era um ser à parte, que fazia uma relevante função social, mas não era, de modo algum, reconhecida. A sociedade era uma sociedade das relações dos homens com os homens. Por conta disso, a palavra do gênero masculino “homem” foi utilizada, por muito tempo, na língua portuguesa, para se referir a toda a espécie, sendo tal prática decorrente dos valores culturais da época.

⁸⁴ *Ibid.*, 209

⁸⁵ Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*.

O art. 1º do Código Civil Brasileiro de 1916 iniciou dizendo que ele “*regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às relações.*” Porém, logo no art. 2º, deixando transparecer o patriarcado da época, afirmou: “*Todo o homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil*”. E, no art. 4º continua “*A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, ...*” (g.n).

A lei não poderia ser diferente da cultura patriarcal da época. Mesmo porque, naquela época não havia nenhuma mulher no Poder Legislativo⁸⁶, nem no Executivo⁸⁷, nem tampouco no Judiciário⁸⁸. De um modo geral o homem era o representante da sociedade. E, assim era vista e tratada a sociedade brasileira da década de 20: homens, acompanhados de suas mulheres e de seus filhos. A mulher vivia à sombra do homem, inclusive na terminologia jurídica utilizada nas leis.

Assim, entendia-se, por homem, o macho da espécie, o que seria uma representação apenas do corpo do ser humano e não necessariamente de sua alma. A mulher, por sua vez, estava definida por essa palavra, como a fêmea da espécie. Assim, o homem estaria para o leão, como a mulher para a leoa. *Leão* sendo o nome do gênero masculino da espécie *panthera leo*, e, *homem* sendo a palavra designativa do ser adulto do gênero masculino do *homo sapiens*. *Mulher* por sua vez, seria a palavra que expressaria o ser adulto do sexo feminino da espécie *homo sapiens*, da mesma forma como *leoa*, é a palavra que expressa o ser do sexo feminino da espécie *panthera leo*.

Ocorre que, como vimos nos itens anteriores deste capítulo, o ser humano é dotado de corpo e alma. Não se tem notícia de que possa ter sido confirmada a

⁸⁶ Carlota Queiroz foi a primeira mulher a ocupar cargo no Poder Legislativo em 1933. Fonte: projeto de resolução nº 2/2004 do Senado Federal. Disponível em <www.senado.gov.br>.

⁸⁷ Alzira Soriano Souza foi a primeira prefeita de um município do Brasil, eleita em 1928 em Lages – RN; Roseana Sarney foi a primeira governadora de um Estado Brasileiro (MA – 1994). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/mulher/mulherhistoria.html>>.

existência de sexo na alma, e portanto, salvo as hipóteses em que o homem se distingue da mulher pelas propriedades de seu corpo, sendo apenas desta a capacidade de gerar outro corpo, com a gravidez, não haveria distinção plausível que pudesse justificar um tratamento desigual da lei, entre homem e mulher. O fundamento, pois, da igualdade, está na própria constituição anímica dos dois gêneros. Admitir que o Direito deva tratar o homem e a mulher de formas diferentes, a não ser no que diz respeito aos aspectos biológicos do corpo, é admitir que a alma da mulher é diferente da do homem, o que não se pode conceber nos dias atuais.

O simbolismo que carrega a palavra *mulher* e a palavra *homem*, por terem diferentes representações na alma humana, gera a diferenciação dos gêneros, e conseqüentemente, a sua desigualdade. Se em conversas de bar, dizem-se que as mulheres são daquele jeito, e os homens de outro, ou em alguma literatura, em tom jocoso, diz que uns são de *Marte* e outros de *Vênus*, entender-se-iam como seres absolutamente diferentes, o que contribui para a noção de desigualdade.

Todavia, esta noção de homem e de mulher é absolutamente cultural. Raciocinando pelos extremos, a “*mulher*” reconhecida como tal porque têm hábitos culturais e funções sociais determinadas em uma sociedade, poderia vir a ser reconhecida como “*homem*” em uma outra sociedade, cujos hábitos culturais e funções sociais fossem característicos de um homem. Em outras palavras: os hábitos e funções sociais destinados às mulheres em uma sociedade, poderiam ser destinados aos homens em outra.

Ocorre que, a desigualdade entre homem e mulher já gerou muitos abusos na história da humanidade, e agora, após a Constituição Federal de 1988 não tem mais razão de ser. A fim de que esta desigualdade fosse de uma vez por todas

⁸⁸ Thereza Tang foi a primeira juíza do país, em 1954, em Santa Catarina, e desembargadora do TJSC a partir de 1975. Disponível em: <<http://www.clicrbs.com.br/especial/rs/vidafeminina/noticia/detalhe/Conheca-a-primeira-mulher-a-ocupar-o-cargo-de-juiza-no-pais.html>>.

banida do sistema jurídico, que tem a sua contribuição para a educação moral da sociedade, melhor seria que a lei se referisse a eles como seres humanos.

Isto significa que as características culturais que levam um homem a ser reconhecido como tal, independentemente do seu corpo masculino, e uma mulher a ser reconhecida como tal, também, independentemente de seu corpo feminino, não poderiam ser levadas à lei, sob pena de admitir a desigualdade entre a alma dos gêneros.

Em determinada época no Brasil, na vigência das Ordenações Filipinas ⁸⁹, havia diferenciação de tratamento entre os Mouros, os Judeus e os Cristãos:

“Livro 3. Tit. 56⁹⁰:

§4...

O Judeu e o Mouro não podem ser testemunhas, nem serão perguntados em feito, que hum Christão haja com outro. Porém, se for a contenda entre Judeu e Christão valerão igualmente os testemunhos dos Judeus com os dos Christãos, sendo dados os Judeus por testemunhas pelo Christão, e os Christãos pelo Judeu. E o que dizemos no Judeu, haverá isso mesmo, lugar no Mouro.”

Da mesma forma como foi banida da legislação esta diferenciação religiosa entre os seres humanos, que contribuiu e contribui para a igualdade dos seres humanos pertencentes a essas religiões, a partir da instituição da Constituição de 1988, onde homens e mulheres foram equiparados em direitos e obrigações, não haveria razão nenhuma para distinção do ser humano com esta terminologia, de homem e mulher.

Da mesma forma, como não existe necessidade de dizer que homens brancos e homens negros, ou afrodescendentes são iguais perante a lei, não há qualquer razão que justifique, a não ser os ranços de desigualdade do passado, a nomenclatura diferenciada para o homem e para a mulher usada na legislação.

⁸⁹ Nas questões cíveis vigoram até jan. 1917, quando entrou em vigor o Código Civil de 1916.

⁹⁰ Disponível em <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p647.htm>>.

Se o art. 5º da Constituição Federal determina que “Todos são iguais perante a lei”, não precisaríamos dizer mais na legislação que homens e mulheres são iguais, nem que brancos e amarelos são iguais, nem que negros e mulatos são iguais. Por isso, para que haja uma coerência na linguagem da legislação, com seu conteúdo normativo a respeito da igualdade, melhor seria que o ser humano fosse tratado na legislação com o termo *ser humano*, com exceção daquela legislação que diz respeito às condições fisiológicas que diferenciam os machos e as fêmeas de nossa espécie.

Se “há uma relação entre a linguagem e as operações do espírito”⁹¹, e se com o tempo, a legislação continuar a distinguir o ser humano entre homens e mulheres, negros e brancos, amarelos e afrodescendentes, sem que haja qualquer necessidade de distinção física entre os gêneros ou as raças, as operações do espírito que ocorrerem nos seres humanos continuarão a estabelecer diferenças, que levam o espírito à concluir por uma desigualdade. É bem verdade que o diferente não quer dizer desigual, necessariamente. Porém, a desigualdade imposta pelas leis anteriores entre as raças e os gêneros é ainda fato muito recente, e que portanto, deve ser combatido com força, e essa força também advém da linguagem.

É assim hoje no CC/2002 no artigo correspondente ao mencionado no CC/1916: onde constava que “*todo homem é capaz de direitos e obrigações*” consta hoje “*Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.*”.

Como se vê, os doutrinadores civis já vêm discorrendo sobre a forma de designar o ser humano na legislação, independentemente de seu gênero, atribuindo-lhe o termo *pessoa humana*. O primeiro problema a enfrentar seria o fato de não existir pessoas que não sejam humanas. Ainda que se tenha por análise as pessoas morais, conhecidas por jurídicas, elas são constituídas por

⁹¹ Frédéric Nef, *op. cit.*, p. 8.

peças humanas em sua maior parte, e portanto não deixariam de ser humanas. Há aquelas também que são entidades constituídas apenas por patrimônio, como no caso das Fundações, mas que também são dirigidas por *peças humanas*.

No direito pátrio, a *peça humana* é designada como *peça natural*, termo esse criticado por Teixeira de Freitas ⁹², “*para quem tal denominação suscita, por antinomia, a idéia da existência de “peças-não-naturais”, o que não seria exato, pois os entes que o espírito humano criou, atribuindo-lhes personalidade, são tão naturais quanto o mesmo espírito que os gerou.*”

Porém, é esse o termo utilizado no Título I, do Livro I, do Novo Código Civil: “*Das peças naturais*”. Ineriu-se, assim, “peças naturais” como sinônimo de *ser humano*, distinguindo-as das peças jurídicas, reguladas no Título II, do Livro I, que correspondem ao agrupamento de peças ou patrimônio. E são as peças naturais sujeitos de direito e detentoras da personalidade que é a “*aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres*” ⁹³.

Ocorre que o termo *peça* não é apropriado para designar todo o *ser humano*. A palavra *peça* vem de *persona*, que em grego quer dizer “*máscara*”. Ainda que não consigamos chegar à proeza de nos conhecermos por inteiro, seguindo a máxima do *conhece a ti mesmo*, ou tomarmos consciência de nós mesmos, segundo a filosofia hegeliana, a ponto de chegarmos ao Absoluto, não é adequado limitarmos a definição legal do ser humano como *peça*, ou seja, uma máscara, que não deixa de ser uma parte do ser humano, mas não é um termo que possa alcançar todo o ser humano em sua integralidade.

A palavra *peça*, aparentemente, é um termo que pode ser utilizado nas relações jurídicas, designando ao sujeito de direito, que, passa de ser humano completo a um simples sujeito de direitos e deveres. A palavra *peça* desumaniza o ser humano limitando-o a um sujeito de direito. Por outro lado, a

⁹² Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil*, p. 214

⁹³ BELVILÁQUA, CLÓVIS, *Teoria Geral*, §3º; Cunha Gonçalves, *Tratado*, I, p. 29.

palavra ser humano carrega um valor absoluto que é o próprio ser humano. O termo *persona* também seria impróprio seja em sua definição etmológica (máscara), seja em sua definição psicológica, segundo a qual, a pessoa seria a “*auto-consciência*”.

Isso porque, se no início, citamos a definição de Freud e Jung de que o ser humano é dotado de consciente e inconsciente, não poderia ele ser uma pessoa com essa acepção de “*auto-consciência*”, ao menos que o fosse somente em sua parte consciente. Ou seja, a pessoa seria apenas a parte do ser humano que seria da “*auto-consciência*”, ficando pois o termo incompleto para definir todo o ser.

Este termo seria impróprio também diante da definição tomista de que “*persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsisten in natura rationali*”⁹⁴, pois não se pode admitir a perfeição como uma propriedade essencial da pessoa, pois caso contrário, as pessoas não poderiam, pela sua essência perfeita, praticar crimes ou agir contra a moral, e a compaixão.

Enfim, “*ser humano*” é a designação legal mais completa para ser inserida na legislação de modo a contemplar a natureza animal do corpo e o consciente e o inconsciente da alma, uniformizando a linguagem em coerência da igualdade já estabelecida no campo normativo do Direito. Por isso, desde o início deste trabalho até o final, assim será chamado esse ser em estudo: o ser humano.

⁹⁴ S. Tomás de Aquino, S. Theo. I, 23,2, *apud* MONDIN, Battista, *Definição Filosófica da Pessoa Humana*.

2. O casamento

2.1 O surgimento do casamento monogâmico

O ser humano, como qualquer outro mamífero na natureza, tem o impulso de procriar. Os antropólogos chegaram a um acordo de que o primeiro *homo sapiens* teria nascido na África, em um período estimado entre 130 mil e 200 mil anos. Ou seja, muito antes de Abraão (séc. 21 a.C.), os seres humanos já procriavam com o intuito consciente ou inconsciente de propagação da espécie.

Além de procriar se reuniam em grupos que Engels classificou como família *consangüínea*, família *punaluana*, família *sindiásmica* e a família *monogâmica*⁹⁵.

O que se constata com isso é que a família surge antes do casamento. A primeira etapa da família foi a consangüínea, na fase selvagem do ser humano. Conta Engels que

*“os ascendentes, os pais e filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) dos matrimônios. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos, entre si, irmãos e irmãs, e por isso mesmo maridos e mulheres uns dos outros. O vínculo de irmão e irmã pressupõe, por si, nesse período, a relação carnal mútua.”*⁹⁶.

Segundo este relato, nesta fase da família, irmão tinha relação sexual com irmã, e não tinham qualquer tipo de exclusividade. A única relação sexual proibida, era apenas a relação sexual de ascendentes com descendentes. O casamento então, era um casamento plural de todos com todos, com exceção da relação sexual do pai com a filha e da mãe com o filho.

⁹⁵ Friedrich Engels, *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*; p. 40.

⁹⁶ *idem.*, p. 41

Na segunda espécie de família, a *punaluana*, o ser humano, ainda na fase selvagem, tem um avanço com relação à proibição de relação sexual entre os irmãos e irmãs. Inicialmente, teriam sido proibidas as relações entre irmãos e irmãs uterinos, ou seja, por parte de mãe, acabando com a proibição entre irmãos colaterais, o que hoje designamos por primos e primas em segundo e terceiro graus.

Engels assinala que, provavelmente, “*nas tribos onde esse progresso limitou a reprodução consangüínea, deve ter havido um progresso mais rápido e mais completo que naquelas onde o matrimônio entre irmãos e irmãs continuou sendo uma regra e uma obrigação*”,⁹⁷ supondo, desta forma, que esta proibição intuitiva de nossos antepassados teria tido relação com o princípio da seleção natural do evolucionismo, segundo o qual, os filhos e filhas deste tipo de família, nasceram mais fortes e saudáveis do que os anteriores.

Em todo o caso, nesta fase da família o casamento era em grupos, ou seja, um certo número de mulheres, “*eram mulheres comuns de seus maridos comuns*”. O casamento também aqui tinha as mesmas propriedades da família consangüínea, porém com a distinção de que aqui, começaram a se formar famílias mais diversas, em razão da proibição do sexo entre os irmãos. Ademais, ainda que houvesse mulheres comuns com maridos comuns, notava-se nesta espécie de família, o início de uma união dos pares, ou seja, uma mulher que se identificava mais com um marido e vice-versa, o que foi o embrião para formação da nova família, a *sindiásmica*.

Na terceira etapa da família, a *sindiásmica*, aparece no limite entre o estado selvagem do ser humano e a barbárie. Nesta família aquelas uniões de pares com mais afinidade, deu surgimento à poligamia, porém a “*poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a*

⁹⁷ Ibid, p. 42

*poligamia seja raramente observada, por causas econômicas*⁹⁸. Conforme Engels, esta nova concepção de família teria sido uma conquista das mulheres que se libertaram da antiga comunidade de maridos e adquiriram para si o direito de não se entregar a mais de um homem.

Na quarta espécie de família, a monogâmica, surge a monogamia como regra, agora no período de civilização. Essa monogamia não surgiu, de forma alguma, segundo Engels, em razão do fruto do amor sexual individual, *“já que os casamentos, antes como agora*⁹⁹, *permaneceram casamentos por conveniência”*.

A família evoluiu para este estágio, juntamente com a evolução da propriedade, que passou de comum para a propriedade privada, ou seja, somente com o surgimento da monogamia, os filhos eram reconhecidos como tais e herdavam o patrimônio construído pelo pai. Se havia, nesta nova família um aparente progresso, houve um sensível retrocesso:

*“o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino. A monogamia foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que dura até nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verificam às custas da dor e da repressão de outros.”*¹⁰⁰

Isto significou que foi cerceada dos seres humanos, através desta evolução, a liberdade sexual, especialmente a das mulheres. Mas, se houve este cerceamento sexual ao longo da história, aumentando as tensões sexuais que antes eram solucionadas pelos casamentos em grupos, por outro lado, surgiu, no mesmo instante o alívio destas tensões por meio do adultério e da prostituição, o que se constata até os dias atuais.

⁹⁸ Ibid., p. 57

⁹⁹ A primeira edição desta obra de Engels data de 1884.

Se há 3000 anos nasceu o casamento monogâmico, na mesmo instante nasceram o adultério e a prostituição. São trigêmeos da mãe cultura¹⁰¹. Contudo, deve-se ressaltar que há países que ainda hoje mantêm a possibilidade do casamento poligâmico, mas tal privilégio é reconhecido apenas a aqueles que têm condições de sustentar mais de uma mulher, nas mesmas condições. Portanto, mesmo nestes países, a regra é o casamento monogâmico, por questões econômicas.

2.2 A história da regulamentação do casamento no Brasil

A regulamentação do casamento monogâmico foi instituída para a religião judaico-cristã, inicialmente com os dez mandamentos de Moises, especialmente no ordenamento de “*não adulterarás*” e no de “*não cobiçar a mulher do próximo*” (Ex. 20, 14. e Dt. 5, 18 e 21). Consta ainda nas escrituras que “*o que adultera com uma mulher é falto de entendimento; destrói a sua alma o que tal faz.*” (Pv. 6, 32).

Frisou-se, desta maneira, a necessidade e obrigatoriedade da monogamia. Quanto à hierarquia no casal estabeleceu-se “*vós, mulheres, sujeitai-vos a vossos maridos, como ao Senhor; Porque o marido é a cabeça da mulher, como também Cristo é a cabeça da igreja, sendo ele próprio o salvador do corpo.*” (Ef. 5, 22), dando legitimidade à família patriarcal que surgiu concomitantemente à família monogâmica, onde a mulher passou a ser submissa ao marido, o que antes, nos casamentos plurais, não se verificava.

Quanto ao amor do esposo para com a esposa cita as escrituras: “*As muitas águas não poderiam apagar este amor, nem os rios afogá-lo, ainda que*

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 44.

¹⁰¹ “As cortesãs, nós as temos para o prazer; as concubinas, para os cuidados de todo o dia; as esposas, para ter uma descência legítima e uma fiel guardiã do lar”, diz Demóstenes, *Contra Nera*, apud. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 2; o uso dos prazeres*.

alguém desse toda a fazenda de sua casa por este amor, certamente a desprezariam” (Ct 8, 7); e ainda:

“devem os maridos amar a suas próprias mulheres, como a seus próprios corpos. Quem ama a sua mulher, ama-se a si mesmo. Porque nunca ninguém aborreceu a própria carne; antes a alimenta e sustenta, como também o Senhor à igreja; Porque somos membros do seu corpo. Por isso deixará o homem seu pai e sua mãe, e se unirá a sua mulher; e serão dois numa carne.” (Ef. 5. 28:31).

A Igreja Católica regulamentou as relações matrimoniais, que foram elevadas ao grau de sacramento, no Concílio de Trento (sec. XVI), e que vigora até hoje no cân. 1055 do Código Canônico:

Cân. 1055, § 1. O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo elevado à dignidade de sacramento.

O casamento foi regulamentado no Brasil-colônia, pelas Ordenações Filipinas, decretadas em 29.01.1643 ¹⁰², que atribuíam a autoridade eclesiástica à incumbência da celebração e regulamentação do casamento, e adotando para este tema as normas do Direito Canônico.

As Ordenações Filipinas protegiam o casamento somente em alguns aspectos:

“Dos que dormem com suas parentas, e afins

“Qualquer homem, que dormir com sua filha, ou com qualquer outra sua descendente, ou com sua mãe, ou outra sua ascendente, sejam queimados, e olla também, e ambos feitos per fogo em pó.

¹⁰² As Ordenações Filipinas tiveram vigência na matéria cível até a promulgação do Código Civil em 1º.01.1916 e, portanto, vigoraram mais tempo no Brasil que em Portugal, cujo Código Civil foi promulgado em 1867; em matéria penal o primeiro Código Penal Brasileiro foi promulgado em 1830, substituindo a partir de então as Ordenações Filipinas.

“1. E se algum dormir com sua irmã, nora, ou madrasta postoque sejam viúvas, ou com sua enteada, postoque a mãe seja fallecida, ou com sua sogra, ainda que a filha já seja defuncta, morrão elle e ella morte natural”

“2. E o que dormir com sua thia, irmã de seu pai, ou mãe, ou com sua prima co-irmã, ou com outra sua parenta no segundo grão, contado segundo o Direito Canônico, seja degradado dez annos para a África, e ella cinco para o Brazil....” (Livro 5 – Título 17).

“Como o marido e mulher são meeiros em seus bens

Todos os casamentos feitos em nossos Reinos e senhorios se entendem serem feitos por Carta de ametade; salvo quando entre as partes outra cousa for acordada e contractada, porque então se guardará o que elles for contractado.”

“Que o marido não possa litigar em juízo sobre bens de raiz sem outorga de sua mulher.

Nenhum homem casado poderá sem procuração, ou outorga de sua mulher, nem a mulher sem procuração de seu marido, litigar em Juízo sobre bens de raiz seus próprios, ou de foro feito para sempre, ou em certas pessoas, ou arrendamento feito para sempre, ou a tempo certo, sendo o arrendamento de dez annos ou dahi para cima, porque em taes arrendamentos de dez annos o senhorio proveitosa da cousa arrendada passa aquelle, a que o arrendamento he feito....” (Livro 3 – Título 47)

“Que o marido não possa vender, nem alher bens, sem outorga da mulher

Mandamos que o marido não possa vender, nem alhear bens alguns de raiz, sem procuração, ou expresso consentimento de sua mulher, nem bens, em que cada hum delles tenha o uso e fructo somente, quer sejam casados por carta de metade, segundo costume do Reino, quer por dote e arras. O qual consentimento se não poderá provar, senão per escritura publica, e fazendo-se o contrário, a venda, ou alheação seja nenhuma, e sem effeito algum. E postoque se allegue, que a mulher consentio, e outorgou na venda, ou alheamento caladamente, tal outorga tácita não valha, nem seja alguém admittido a allegar, salvo allegando outorga expressa, e provando-a; porque muitas vezes as mulheres por medo, ou reverencia dos maridos deixam caladamente passar algumas cousas, não ousando de as contradizer por receio de alguns scandalos e perigos, que lhes poderiam vir....” (Livro 4 – Título 48)

“Como a mulher fica em posse e cabeça de casal com a morte de seu marido.

*Morto o marido a mulher fica em posse e cabeça do casal, se com ele ao tempo de sua morte vivia, em casa, teúda e manteúda, como marido e mulher, e de sua mão receberão os herdeiros do marido partilha de todos os bens, que por morte do marido ficarem, e os legatários os legados...*¹⁰³

Além desses dispositivos das Ordenações Filipinas, havia outros que regulamentavam o casamento, como aquele que impedia o homem prestar fiança sem o consentimento da mulher (Livro 4, Título 60), e ainda que permitia a mulher demandar em juízo, sem o consentimento do marido, para obter a restituição de bem que ele tivesse doado à amante (Livro 4, Título 66).

O que se vê, portanto, desde o sistema legal instituído no Brasil-Colônia, um início de regulamentação do casamento, com uma forte influência e preponderância da Igreja neste assunto.

Na transição do Brasil-Colônia para o Brasil-Império não houve muitas mudanças com relação a essa matéria. A Constituição do Império, promulgada em 1824 em seu art. 5º determinava: “*A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo*”.

Isso significa que a única Igreja legitimada para exteriorizar seu culto era a Igreja Católica sendo permitido às outras o seu culto particular ou doméstico. Por outro lado, muito embora houvesse esta tolerância com relação às outras religiões, com relação a possibilidade de culto particular, o mesmo não se dava com relação ao casamento, propriamente dito, uma vez que somente era reconhecido o casamento realizado perante a autoridade da Igreja Católica.

Contudo, ainda na vigência da Constituição do Império, tal limitação religiosa deixou de existir com a Lei n. 1.144 de 1861, pela qual foi autorizada e

¹⁰³ Tal dispositivo regulamenta o disposto em Romanos, 7:2: “A mulher casada está vinculada, por

reconhecida a celebração do casamento pelas outras religiões. E assim vigorou essa legislação até a proclamação da República.

Com a proclamação da República houve a separação formal entre Igreja e Estado, assumindo este último o poder de regulamentar o casamento, o que foi manifestado no ano seguinte, por meio do Decreto n. 181, de 24.01.1890, de autoria de Rui Barbosa.

A partir de então, somente seria considerado casamento, aquele feito sob o crivo do Estado, e assentado nos Cartórios de Registro Civil.

Todavia, o Decreto n. 181/90 não proibiu que os seres humanos fizessem o casamento religioso segundo as suas próprias crenças, ou seja, não havia uma preponderância entre um ou outro casamento. Porém, como a lei não teve o condão de mudar o hábito social instantaneamente, e os seres humanos insistiam em realizar apenas o habitual casamento religioso, não reverenciando o poder estatal, promulgou-se outro Decreto, o de n. 521, em 26 de junho do mesmo ano de 1890, que proibia terminantemente o casamento religioso antes do civil, impondo à autoridade religiosa que o celebrasse a pena de prisão de seis meses, e no caso de reincidência de um ano.

Desta maneira, o Estado brasileiro se impôs em face da Igreja, impedindo que os brasileiros fossem a ela tomar a benção matrimonial religiosa antes de terem recebido o reconhecimento estatal do seu vínculo matrimonial. Desde então, uma pessoa só poderia ser considerada casada, com esta terminologia, se tivesse reconhecida tal união pelo Estado. Ou seja, com a Lei n. 1.144/1861, e os Decretos n. 181 e 521, ambos de 1890, o Estado foi absorvendo paulatinamente o controle e a regulamentação do casamento, e conseqüentemente, da família ¹⁰⁴.

lei, ao marido enquanto ele viver. Morto o marido está livre da lei que a vinculava ao marido.”

¹⁰⁴ Os decretos foram apenas revogados em 1937, pela Lei n. 379, que regulamentou o casamento religioso para que gerasse efeitos civis.

Com a Promulgação da República, em 15.11.1889 houve o grande cisma com a Igreja Católica. A Constituição Republicana de 1891 veio e substituiu a redação do antigo art. 5º, da Constituição de 1829, pelo § 3º, do art. 72, *in verbis*: “Art. 72. (...) 3º Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.”

Todavia, essa Constituição não fez grandes alterações com relação ao casamento, na medida em que apenas consagrou o que antes já estava estabelecido pelos Decretos n. 181 e 521 de 1890, ou seja, de que havia o reconhecimento do casamento civil: “Art. 72 ... (...) § 4º A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

A grande revolução no âmbito da regulamentação do casamento se deu primeiramente no campo infra-constitucional com o advento do Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 1º.01.1916), que regulamentou nos seus arts. 229 a 225 a relação matrimonial, e nos arts. 256 a 314 o regime de bens desta relação.

No campo constitucional foi com o advento da Constituição de 1934, em seu art. 144, que o Estado entendeu por bem deixar expressa a sua tutela sobre a família, que antes era apenas tácita.

“Art. 144. “A família constituída pelo casamento indissolúvel, está sob proteção especial do Estado”, admitindo, contudo no parágrafo único deste artigo, a possibilidade do desquite e da anulação do casamento. Já no art .146 deixou de existir a proibição de ser celebrado o casamento religioso antes do civil, sendo o primeiro equiparado a este “desde que perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil.”

As seguintes Constituições do Brasil reservaram um artigo exclusivo para o casamento:

A Constituição de 1937: “Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob proteção especial do Estado...”

A Constituição de 1946: “Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.”

A Constituição de 1967: “Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito a proteção dos Poderes Públicos. §1º. O casamento é indissolúvel”.

A Constituição de 1969: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.”¹⁰⁵

E a Constituição de 1988, vigente:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§1º. O casamento é civil e gratuita a celebração

§2º. O casamento religioso tem efeito civil nos termos da lei.¹⁰⁶

§3º. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º. Entendem-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

O que se pode concluir com esta evolução jurídica é que inicialmente, no Brasil-Colônia, ao casamento não era dada grande importância pelo Estado, a não ser em pequenas questões patrimoniais (posto que não havia dissolução do matrimônio e portanto eram questões não muito discutidas na sociedade), com relação ao incesto (que já era uma norma das primeiras famílias consanguíneas

¹⁰⁵ O § 1º, do art. 176, da Constituição Federal de 1969 dizia: “O casamento é indissolúvel”. Porém, esse dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional 9/77, de 28 de junho de 1977, que instituiu o divórcio no Brasil, dando-lhe a seguinte redação: “§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. A lei federal que regulamentou o divórcio foi a de n. 6.515, de 26.12. 1977.

do ser humano selvagem), e com relação ao adultério (com evidência que tal norma era mais dirigida às mulheres do que aos homens). Com o passar dos anos o Estado foi absorvendo a regulamentação desta relação matrimonial, especialmente quando inseriu na Constituição de 1934, a expressão de que a família estava “sob proteção do Estado”.

Da mesma forma que o Estado protegia outras instituições, a família, constituída pelo matrimônio, estava agora sob proteção expressa do Estado.

Esta preocupação do Estado ficou ainda mais caracterizada no reconhecimento do art. 226, da Constituição vigente de que a família constitui a “base da sociedade”, o que, sem dúvida se mostra uma responsabilidade marcante na função da família na sociedade.

Importante notar contudo, que a nova redação da Constituição 1988 tirou do casamento a definição constitucional anterior de que a família só seria “constituída pelo casamento” indissolúvel ou não.

Com o advento da Constituição vigente, tal expressão foi suprimida, constando apenas à proteção do Estado à família, que não necessariamente, deva ser constituída apenas pelo casamento. Há, hoje em dia, diversas espécies de família que serão objeto de estudo em capítulo posterior.

¹⁰⁶ Art. 71 a 75, da Lei n. 6.015, de 31.12. 1973 (Lei de Registros Públicos); e art. 1515 e 1516 do CC/2002.

2.3 O casamento atual

Desde a família *sindiásmica*, quando os seres humanos começaram a se agrupar em pares, e não mais coletivamente, mostrou-se ali, uma tendência natural que acabou se realizando com a família monogâmica.

Talvez, o impulso que levou à família *sindiásmica* à *monogâmica* seria não só a questão econômica, como levou a crer Engels, mas também um outro, que seria o que Aristóteles afirmou como sendo o amor, aquele “*amor que envolve amizade num grau superlativo e só pode ser sentido por uma única pessoa.*”¹⁰⁷.

O filósofo de Estagira, criticando à idéia platônica exposta na *República* de que as esposas e filhos deveriam ser possuídas em comum, diz que:

*“num Estado em que esposas e filhos sejam partilhados, a afeição, inevitavelmente, será mínima, com o pai incapaz de dizer “meu filho”, e com o filho incapaz de dizer “meu pai”. Assim, como o mínimo de vinho doce dissolvido numa grande quantidade de água, não revela o seu gosto, assim também os sentimentos de solidariedade tornar-se-iam diluídos até o nada”*¹⁰⁸

Também caminhou a humanidade no sentido de que o casamento monogâmico deu ensejo à consideração da mulher como uma propriedade do marido. Ou seja, a monogamia trouxe a possibilidade do marido exercer o poder, não sem abusos, sobre sua exclusiva mulher. Aquele que atentasse contra o casamento, por meio da sedução da esposa, atentava não contra a mulher em si, mas contra o poder do marido. Para os religiosos, o adultério poderia ser uma violação à sacralidade do matrimônio. Mas, aos não-religiosos, o adultério era o atentado contra o poder do marido, sobre aquele bem, que estava sob sua propriedade, a mulher.

¹⁰⁷ *Ética a Nicômaco*, p. 260

¹⁰⁸ Aristóteles, *Política*, p.174-175.

O que se mostra, com a evolução dos tempos, especialmente com o advento do divórcio, com a Emenda Constitucional n. 9, de 1977, que o casamento, antes indissolúvel, passou e está passando por uma fase de adaptação, de um casamento obrigatório, de cunho eminentemente social, para um casamento por opção e afeto. A vontade manifestada no momento do *apaixonamento* no momento da escolha do parceiro - que nada nos leva a crer que também não houvesse tal sentimento nas sociedades anteriores, ainda que mais raros – pode continuar, durante o casamento, ou não.

A finalidade primeira do casamento como forma de regulação das relações sexuais, ou ainda, para procriação e criação dos filhos, que teria como fundamento o afeto interessado, está sendo somada a outra, o afeto, com meio para o alcance da felicidade.

Segundo Turkenicz ¹⁰⁹ o casamento tem por finalidade levar o ser humano a experimentar sentimentos que sozinho não conseguiria, como se “*existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso*”. Por outro lado, se é possível admitir que há um setor da felicidade a que se pode chegar no casamento que dificilmente se chegaria sozinho, por outro lado, também há um setor da infelicidade que o ser humano não poderia alcançar, sem a ajuda do outro.

O casamento, segundo Jung ¹¹⁰, é um relacionamento psíquico, onde um ser humano se relaciona com o outro, mas ao mesmo tempo consigo mesmo. A relação matrimonial também pode propiciar um ambiente para que o ser humano exerça e experimente as várias espécies de afeto, *eros*, *filia*, *caritas*, *storge*, e até mesmo o *agape*, caso consiga alcançar o sentimento de transcendência, dentro desta relação, que seria o encontro com o seu próprio *self*, na linguagem junguiana.

¹⁰⁹ Apud Maria Berenice Dias, *Conversando sobre o direito das famílias*; p. 33

¹¹⁰ Carl Gustav Jung, *O Desenvolvimento da personalidade*.

De qualquer forma, seja qual for o afeto que impulsiona os seres humanos ao casamento, ou qualquer que seja o relacionamento que a alma pode fazer com ela mesma nesta relação, com as possibilidades e limitações de âmbito intrapessoal, o casamento estabelece um vínculo jurídico que está protegido pelo Estado, que o regula através do Direito¹¹¹.

Assim, passamos a seguir à análise dos conceitos jurídicos de casamento.

2.4 Conceitos jurídicos de casamento

A linguagem é um instrumento de ações cognitivas (raciocínio, expressão das emoções etc...), como também uma forma de compreensão da realidade, e de estabelecer relação ente os movimentos da alma¹¹²

A palavra *casamento* pode gerar vários sentimentos e compreensões, dos mais diversos: da alegria do que é escolhido, ao desespero do que é preterido, da euforia à desilusão. Casamento pode significar sinônimo de liberdade para uns ou a prisão para outros, a realização da vida, ou a morte para outros, uma desgraça ou uma benção. Enfim, cada ser humano carrega dentro de si uma concepção de casamento, através dos adjetivos e propriedades que atribuem a tal relação, obtidos de acordo com sua própria experiência, dos seus familiares, amigos, ou do que têm lido em livros.

Todavia, o que podemos notar é que a relação entre os seres humanos que levou a confecção deste termo, ao longo da história, como visto, é muito mais antiga do que a própria noção de casamento monogâmico. Nas famílias *síndiasmicas*, percebidas na transição entre o ser humano selvagem e o bárbaro, não se tem notícia da existência de casamentos. Ou pelo menos, o que se

¹¹¹ “O direito tenta dominar três forças distintas existentes nas relações humanas: o *poder*, a *fé* e o *amor*”: (Karl Lowenstein, *Teoria da Constituição* - *apud* STF, REExt n. 397.762-BA, Rel^a Min. Cármen Lúcia).

entendia por casamento ali, certamente não tem o mesmo significado do que hoje se dá ao mesmo termo, uma vez que, neste tipo de família, existiam mulheres e maridos comuns uns aos outros.

A denominação de casamento, e conseqüentemente as suas regras, que acabam por adjetivá-lo, tem um sentido, para Levi-Strauss de “*uma espécie de linguagem, ou seja, um conjunto de operações destinadas a garantir um tipo de comunicação entre os indivíduos e os grupos*”¹¹³. Para ele ainda, “*comparadas à linguagem, as regras do casamento formam um sistema complexo do mesmo tipo que ela, porém mais tosco, e no qual um bom número de traços arcaicos, comuns a ambos se encontra preservado.*”

O antropólogo reconhece em sua obra que o casamento é um sistema de parentesco, através do qual, se sabe, entre outras coisas, quem é filho de quem, e quem é marido e mulher de quem. Cita ele, por exemplo, o casamento preferencial, estabelecido nas sociedades que ocuparam a área sino-tibetana, no qual todos dependiam da troca de seres humanos entre as famílias para poderem se reproduzir e ter uma coesão social, em obediência da regra anterior de impossibilidade de relações sexuais entre os filhos e os pais, e entre os irmãos.

Nesta sociedade, por exemplo, o casamento preferencial se dava no limite até a filha do irmão da mãe, ou seja, a sua prima, partindo-se do grau mais distante até a sua prima de primeiro grau que fosse filha do irmão da mãe. Se fosse filha da irmã da mãe, já não poderia ter o casamento preferencial.

Assim, o casamento pressupõe regras de uma determinada região, e em um específico grupo social, e em uma determinada época, e têm traços particulares, especialmente, segundo o antropólogo citado, de sistema de parentesco. Caso o Estado brasileiro resolvesse não regular mais o casamento

¹¹² Frédéric Nef, *A linguagem: uma abordagem filosófica*, p. 9.

¹¹³ Claude Levi-Strauss, *Antropologia Estrutural*, p. 73.

poderíamos voltar ao absurdo das relações das famílias *sindiasmicas*, ou até mesmo as *pulanuanas*, onde todos seriam filhos de todos ¹¹⁴, e portanto, com a atual quantidade demográfica, que vai além das pequenas civilizações que existiam anteriormente, poderíamos chegar à hipótese, (admitida a premissa absurda), do pai ter relações sexuais com a filha, sem que eles soubessem deste grau de parentesco.

De fato, o casamento se apresenta como um sinal que se dá através de um ato simbólico. O que de fato muda na alma dos seres humanos após terem sido declarados casados, ou seja, de um dia para o outro, ou melhor de um segundo para o outro, logo após a assinatura e a declaração do casamento é algo a ser estudado.

Alguns poderiam dizer que aquele ato pode ter aumentado o amor, outros que diminuiu, mas que há um simbolismo no ato ninguém pode negar. Este simbolismo em torno do casamento tem uma razão de ser, no sentido do diálogo da alma consigo mesma, para reordenar suas paixões, reformular seus valores, suas aspirações, seus desejos, enfim, para o ser humano assumir uma nova identidade para consigo, e para o outro.

Se, o ser humano é simbólico, segundo definição de Modin, o casamento pode servir como um ritual de passagem ¹¹⁵, de um estado para outro, e com isso, com a assunção de novas esperanças, e novo estado de espírito, aproximando-se os seres humanos ao sagrado, se assim entenderem.

De qualquer forma, ainda que o ser humano que se propõe a ser protagonista de tal ato o considere absolutamente impertinente e irrelevante, nem tampouco religioso, muito menos sagrado, ou seja, não lhe atribua qualquer valor, e portanto, a palavra casamento não produz em seu espírito qualquer significado,

¹¹⁴ ideia defendida por Platão, na *República*, com o intuito de difundir a força do amor familiar (*storge*) para todos os cidadãos.

¹¹⁵ Mircea Eliade, *O Sagrado e o Profano – A essência das religiões*, p. 150.

certo é que a partir daquele instante, mesmo este ser humano assume perante o Estado um novo estado, com direitos e obrigações dele decorrentes: o estado de casado.

Por isso, independentemente das concepções e dos significados pessoais do casamento, podemos dizer que esta palavra hoje, no Brasil, designa uma relação jurídica entre um homem e uma mulher, que é reconhecida pelo Estado como tal, e, portanto gera direitos e obrigações.

A Constituição Federal do Brasil não define expressamente o casamento. O Código Civil o faz em seu art. 1514 que o “casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz¹¹⁶, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz declara casados”, e no art. 1511 que “o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” e ainda no art. 75 da Lei de Registros Públicos de que o “registro produzirá efeitos jurídicos a contar da celebração do casamento”, poderíamos extrair destes artigos a seguinte definição:

o casamento constitui a concretização da manifestação da vontade de um homem e de uma mulher estabelecerem comunhão plena de vida, perante um juiz, autoridade ou ministro religioso, com base na igualdade de direitos e deveres, que deverá ser registrado no Cartório de Registro Civil.

Todavia, são vários os conceitos de casamento encontrado na doutrina jurídica. Maria Helena Diniz adota a definição de que ¹¹⁷:

“o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família. Afigura-se como uma relação dinâmica e progressiva entre marido e mulher, onde cada cônjuge reconhece e pratica a necessidade

¹¹⁶ ou autoridade religiosa – Constituição Federal, art. 226, § 2º, Código Civil, arts. 1.515, 1516, § 2º, e 1532, e arts. 70 a 75, da Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos)

¹¹⁷ *Curso de Direito Civil Brasileiro* .

de vida em comum, para, como diz Portalis, ajudar-se, socorrer-se mutuamente, suportar o peso da vida, compartilhar o mesmo destino e perpetuar sua espécie

Wetter diz que “o casamento é a união do homem e da mulher com o fim de criar uma comunidade de existência.”¹¹⁸ Guillermo Borda define que casamento “é a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida”¹¹⁹.

Silvio Rodrigues define que “casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.”¹²⁰

Caio Mario da Silva Pereira diz que “o casamento é a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente.”¹²¹

Todavia, não há grandes celeumas na conceituação de casamento, especialmente porque dúvida nenhuma há com relação aos seres humanos que se casaram, na medida em que necessária a solenidade do ato, conforme disciplinam os artigos 1533 e seguintes do Código Civil, sendo a sua prova feita pelo Registro Civil (art. 1543 e 1544), ou, em caso excepcionalíssimos, por sentença judicial (art. 1546).¹²²

A grande divergência dos doutrinadores fica reservada à questão da natureza jurídica do casamento.

¹¹⁸ Apud, Op. Cit

¹¹⁹ *Tratado de derecho civil: familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, v.1, *apud*: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*, 8 ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 25.

¹²⁰ *Direito Civil – Direito de Família*, p. 19.

¹²¹ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil – Direito de Família*, p. 53

2.5 A natureza jurídica do casamento

São basicamente três as possíveis naturezas jurídicas do casamento: sacramento, contrato ou instituição.

A primeira natureza não diverge essencialmente das outras duas, na medida em que tem uma ótica religiosa e não jurídica, e que portanto, pode ser adotada tanto pela doutrina dos contratualistas, como dos institucionalistas, ou seja, o casamento pode ser sacramento e contrato, ou o casamento pode ser sacramento e instituição: sacramento para adotar uma visão religiosa, e contrato ou instituição, para uma visão jurídica.

Em todo o caso, como o casamento, antes de ser regulado pelo Estado, era relação de competência exclusiva da Igreja importante que se faça algumas considerações a respeito desta ótica religiosa ¹²³, para depois adentrarmos nas naturezas jurídicas desta relação.

2.5.1 O casamento como sacramento

Antes da discussão dos doutrinadores acerca da natureza jurídica do casamento, como contrato ou como instituição, há um reconhecimento por todos de que este vínculo de seres humanos tinha, e ainda tem, uma outra natureza primordial, que era a de ser um sacramento. Isto porque, esta união era regulamentada exclusivamente pela Igreja, e não pelo Estado ¹²⁴, e a Igreja considerava, como ainda considera, o casamento como sacramento, o que foi estabelecido no Concílio de Trento, em vigor hoje, conforme já exposto, no Cân. 1505 do Código Canônico, que determina:

¹²² O mesmo não se pode dizer da união estável, como se verá a seguir.

¹²³ Mesmo porque a grande parte dos doutrinadores do direito de família não deixa de mencionar essa caracterização religiosa do casamento, como Caio Mario da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues, Silvio de Salvo Venosa, entre outros,

¹²⁴ O primeiro casamento civil se deu na Holanda por volta de 1500.

Cân. 1055 §1. O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo elevado à dignidade de sacramento.

Tendo a natureza de sacramento, o casamento toma a figura daquilo que é sagrado para a Igreja Católica, e conseqüentemente, para aqueles que nisto acreditam e atribuem o mesmo valor. Para a Igreja, “*sacramento é um sinal sensível, instituído por Nosso Senhor Jesus Cristo, para produzir a graça em nossas almas e santificá-las.*”¹²⁵, e portanto, tem as seguintes propriedades:

*“sinal sagrado, porque exprime uma realidade sagrada, espiritual; sinal eficaz, porque, além de simbolizar um certo efeito, produzem-no realmente; sinal de graça, porque transmite dons diversos da graça divina; sinal de fé, não somente porque supõem a fé em quem os recebe, mas porque nutrem, robustecem e exprimem a sua fé, e por fim, é um sinal da Igreja, porque foram confiados à Igreja, são celebrados na Igreja e em nome da Igreja, exprimem a vida da igreja, edificam a Igreja, tornam-se uma profissão de fé na Igreja”*¹²⁶

De fato, sacramento é um termo utilizado pela Igreja, para designar aqueles rituais de passagem¹²⁷, que têm essas propriedades. O que vamos ressaltar aqui é a característica da sacralidade do casamento, ou seja, o fato dele ser considerado primordialmente sagrado.

Como foi dito no primeiro capítulo, uma das características essenciais do ser humano é a de ser religioso, ou seja, um ser que distingue o sagrado do profano, sendo que não há ser humano que tenha existência puramente profana, como bem afirmou Mircea Eliade, pois “*seja qual for o grau de dessacralização do*

¹²⁵ Disponível em <http://www.derradeirasgracas.com/>. Acesso em 24.02.2009.

¹²⁶ Disponível em <http://www.auxiliadora.org.br/sacramentos/>. Acesso em 24.02.2009.

¹²⁷ São sete os sacramentos da Igreja Católica: batismo, confirmação, eucaristia, penitência, unção dos enfermos, ordem, matrimônio.

*“mundo a que tenha chegado, o homem que optou por uma vida profana não consegue abolir completamente o comportamento religioso.”*¹²⁸.

Sagrado é tudo aquilo que é santo, divino, inviolável¹²⁹, aquilo pelo qual as pessoas podem dar a sua própria vida¹³⁰, pois sem aquilo, não vale a pena viver. O que é sagrado ao ser humano constitui tudo que é absolutamente valioso, essencial, de maneira mais profunda, e essa categoria de valores independe do ser humano professar alguma religião ou não.

Peter Kunzmann, Franz-peter Burkard e Franz Wiedmann¹³¹ estabelecem a escala de valores do ser humano da seguinte forma, sendo o primeiro o estágio mais profundo, e portanto o que é essencial, para mais superficial ou acidental:

1º sagrado / profano;

2º belo / feio; justiça / injustiça; verdadeiro / falso;

3º nobreza / vulgaridade;

4º agradável / desagradável.

Esta escala de valores mostra a importância daquilo que é sagrado ao ser humano. Ou seja, muito acima do que é agradável, acima da verdade, acima do justo, acima da beleza, está o nível do sagrado.

É, sem dúvida, difícil conceituar o sagrado, e por isso, utilizo-me desta escala comparativa, e da afirmação do filósofo Luc Ferry para dizer, que é *sagrado tudo aquilo pelo qual o ser humano está disposto a morrer*. O mesmo serve para o profano, em sentido inversamente proporcional.

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 27

¹²⁹ Antonio Houaiss, *Dicionário da Língua Portuguesa*, verbete correspondente.

¹³⁰ “A família é a única entidade realmente sagrada na sociedade moderna, aquela pela qual todos nós, ocidentais, aceitaríamos morrer, se preciso. (Luc Ferry, Revista Veja)

¹³¹ Peter Kunzmann, Franz-Peter Burkar e Franz Wiedemann, *Atlas de da Philosophie*, p. 198.

Por essa razão também, o casamento para a Igreja, para se manter como sacramento, não pode ser dissolvido ¹³² a não ser em casos excepcionais de erro de pessoa ou de qualidade desta ¹³³. Se através do casamento “os cônjuges se tornam uma só carne” (Can. 1061, §1º), nos diversos momentos que sucederão o matrimônio, de doença e de saúde, de tristeza e de alegria, de pobreza ou de riqueza, um não poderia atentar contra a sua própria carne, uma vez que considerando a sacralidade do matrimônio “cheia de poder, deseja viver naquele poder e mantê-lo vivo” ¹³⁴.

Porém, como foi dito a Igreja Católica prevê a separação, não sem antes, fomentar o perdão de um cônjuge para com o outro, conforme se observa dos seguintes dispositivos do Código Canônico:

Can. 1152

§ 1. Embora se recomende vivamente que o cônjuge, movido pela caridade cristã e pela solicitude do bem da família, não negue o perdão ao outro cônjuge adúltero e não interrompa a vida conjugal; no entanto, se não tiver expressa ou tacitamente perdoado sua culpa, tem o direito de dissolver a convivência conjugal, a não ser que tenha consentido no adultério, lhe tenha dado causa ou tenha também cometido adultério.

§ 2. Existe perdão tácito se o cônjuge inocente, depois de tomar conhecimento do adultério, continuou espontaneamente a viver com o outro cônjuge com afeto marital; presume-se o perdão, se tiver continuado a convivência por seis meses, sem interpor recurso à autoridade eclesiástica ou civil.

¹³² Can.1056. As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade que, no matrimônio cristão, recebem firmeza especial em virtude do sacramento. Can.1057 § 2. O consentimento matrimonial é o ato de vontade pelo qual um homem e uma mulher, por aliança irrevogável, se entregam e se recebem mutuamente para constituir o matrimônio. Can. 1134 Do matrimônio válido origina-se entre os cônjuges um vínculo que, por sua natureza, é perpétuo e exclusivo; além disso, no matrimônio cristão, os cônjuges são robustecidos e como que consagrados, com sacramento especial, aos deveres e à dignidade do seu estado. Can. 1141 O matrimônio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, exceto a morte.

¹³³ Can. 1097 §1. O erro de pessoa torna inválido o matrimônio. § 2. O erro de qualidade da pessoa, embora seja causa do contrato, não torna nulo o matrimônio, salvo se essa qualidade for primeira e diretamente visada. Can.1098 Quem contrai matrimônio, enganado por dolo perpetrado para obter o consentimento matrimonial, a respeito de alguma qualidade da outra parte, e essa qualidade por sua natureza, possa perturbar gravemente o consórcio da vida conjugal, contrai invalidamente.

¹³⁴ Angela Ales Bello, *Culturas e religiões – uma a leitura fenomenológica*.

§ 3. *Se o cônjuge inocente tiver espontaneamente desfeito a convivência conjugal, no prazo de seis meses proponha a causa de separação à competente autoridade eclesiástica, a qual, ponderadas todas as circunstâncias, veja se é possível levar o cônjuge inocente a perdoar a culpa e a não prolongar para sempre a separação.*

Aquele que atribui autoridade à Igreja Católica para revelar a sabedoria divina, e lhe atribui a experiência religiosa através do sacramento, tem em mente essa natureza do matrimônio, com a profundidade e a responsabilidade desta compreensão. Ou seja, a natureza de sacramento atribuída ao casamento pela Igreja Católica só poderá ser reconhecida para aquele que assim acreditar, e melhor que isso, vivenciar.

Agora, este é o ponto de vista religioso, ou seja, do casamento como sacramento. Vejamos agora, como o Estado o observa:

2.5.2 O casamento como contrato ou instituição

Além de reconhecer a natureza do casamento como sacramento do ponto de vista religioso, indiscutível e incontroversa do ponto de vista histórico, os juristas se dividem aos extremos em contratualistas e institucionalistas, e alguns, entendem que há naturezas mistas.

Silvio Rodrigues entende que o casamento tem a natureza de contrato, porém com a ressalva de ser um “*contrato de direito de família*”¹³⁵. Não é um contrato, puro e simplesmente, porque não pode ser realizado unicamente pela vontade das partes, nem tampouco desfeito. Porém, é através da vontade deles que o Estado, declara formalizado o contrato (art.1535 do CC), e pela mesma vontade dos seres humanos, pode ser desfeito por meio do divórcio ou da separação consensual (art.1571, III e IV do CC e 1120 do CPC).

¹³⁵ *Direito Civil – Direito de Família*, p. 19

Espínola¹³⁶ também adere à corrente contratualista afirmando que:

“O casamento é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o estado civil das pessoas, dá origem às relações de família reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública”

Eduardo dos Santos¹³⁷ se encontra entre os doutrinadores que considera o casamento ter natureza mista, na medida em que o define como um “*contrato sui generis de caráter pessoal e social: sendo embora um contrato, o casamento é uma instituição ético-social, que realiza a reprodução e a educação da espécie humana*”.

A doutrina institucionalista, por sua vez, entende o matrimônio como sendo uma instituição social, a qual os nubentes aderem, podendo optar com relação ao regime de bens que irão adotar. De fato, para eles:

“as partes são livres, podendo cada uma escolher o seu cônjuge e decidir se vai casar ou não; uma vez acertada a realização do matrimônio, não lhes é permitido discutir o conteúdo de seus direitos e deveres, o modo pelo qual se dará a resolubilidade da sociedade ou do vínculo conjugal ou as condições de matrimonialidade da prole, porque não lhes é possível modificar a disciplina legal de suas relações; tendo uma vez aderido ao estado matrimonial, a vontade dos nubentes é impotente, sendo automáticos os efeitos da instituição por serem de ordem pública ou cogentes as normas que a regem, portanto iniludíveis por simples acordo dos cônjuges”¹³⁸.

Ademais, os institucionalistas negam a natureza contratual do casamento em razão do fato de que é o Estado que constitui o casamento. O Código Civil

¹³⁶ Apud, VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 8 ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p.21

¹³⁷ Apud VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 8 ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 26.

¹³⁸ Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 41.

Brasileiro dispõe que o Estado declarará o casamento nos seguintes termos: “*De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.*”. Para os institucionalistas este ato de Estado é constitutivo, ou seja, somente através dele é que o casamento é realizado. Para os contratualistas, este ato é declarativo, ou seja, o casamento se dá no momento que os cônjuges manifestam a sua vontade, e o Estado, por meio de seu representante, apenas declararia uma situação já existente, e portanto, seria apenas uma formalidade do ato. Para eles, elevar a condição do Estado em um grau superior à vontade das partes, seria inverter a ordem das coisas.

O Estado faz a função de verificar os pressupostos para aqueles seres humanos poderem se casar, como idade, falta de impedimentos, lucidez, mas daí a reduzir a vontade das partes ao mesmo nível dos pressupostos, seria incompreensível.

A outra questão que surge, para os institucionalistas, é que o casamento possui regras estabelecidas na legislação que devem ser seguidas pelos seres humanos casados, como as que estão estabelecidas no art. 1566 do Código Civil. Ocorre que, os contratualistas argumentam que também há regras gerais estabelecidas na lei para outros contratos, e nem por isso se tornam instituições.

Maria Helena Diniz justifica a sua filiação aos institucionalistas:

“Por ser o matrimônio a mais importante das transações humanas, uma das bases de toda constituição da sociedade civilizada, filiamo-nos à teoria institucionalista, que o considera como uma instituição social. Para melhor elucidar nossa opinião será preciso destacar, como o fez Guillermo Norda, as notas diferenciais entre contrato e instituição: a) contrato é uma especulação (o vendedor procura o preço mais alto e o comprador, o mais baixo); b) o contrato rege-se pela igualdade; a instituição, pela disciplina; c) o contrato é uma mera relação, produzindo efeitos somente entre as partes; a instituição, uma entidade que se impõe tanto às partes como a terceiros; d) o

contrato é uma relação exterior aos contratantes, é um laço obrigacional; a instituição, uma interiorização; e) o contrato representa uma trégua na batalha dos direitos individuais, sendo produto da concorrência; a instituição, um corpo cujo destino é ser compartilhado por seus membros, portanto produto da comunicação; f) o contrato é precário, desata-se como foi formado, extinguindo-se com o pagamento; a instituição é feita para durar; g) o contrato é uma relação subjetiva de pessoa a pessoa; as relações institucionais são objetivas e estatutárias.”

A questão é sutil. O que se vê pela doutrina institucionalista é uma tentativa de manter valores de que seriam aqueles do sacramento, não com a terminologia religiosa, mas com a terminologia estatal. O sacramento está para a Igreja como a instituição está para o Estado. Há aqueles que consideraram esta discussão estéril, como René David ¹³⁹, na medida em que não têm qualquer relevância do ponto de vista dos deveres, das obrigações, da forma com que se realiza o casamento ou da forma com que se desfaz. Entendendo ele ser um contrato, ou uma instituição, ele se formalizará e se dissolverá, se for o caso, da mesma maneira.

Todavia, é importante para o estudioso do Direito verificar essa discussão do ponto de vista axiológico. Mesmo os contratualistas que vêem no casamento um ato de vontade dos seres humanos, tendem a inserir expressões a não deixá-lo equiparar a um contrato de compra e venda, ou a um contrato de aluguel, ou a um contrato social de uma empresa com fins lucrativos. Enfim, há uma preocupação em não dessacralizar completamente o casamento. Todavia, ao nosso ver, o Estado não tem como influenciar nesta questão, mais do que já influencia.

Isso porque, se existem para o casamento preceitos legais de *igualdade e comunhão plena de vida* (art. 1511 do CC), bem como regras atribuindo os deveres de *fidelidade, moradia em comum, assistência e respeito mútuos*, e *assistência aos filhos* (art. 1566 do CC), a violação destes preceitos e regras só

¹³⁹ Apud., p. 59

poderá ser denunciada pela parte lesada por meio da separação, ou seja, através do termo do casamento¹⁴⁰. Mesmo em caso de lesão corporal, não raros, que representam o extremo da violação destes preceitos, a lei exige a representação da vítima, que, muitas vezes não apenas deixa de fazê-lo, como volta para o convívio conjugal do agressor(a).

Ademais, na medida em que o Estado, por meio do art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, regulamentado pelas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, equiparou a união estável ao casamento, reconhecendo “*como entidade familiar a convivência duradoura pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família*”, também, de uma certa forma, diminuiu a natureza institucional do casamento, uma vez que os seres humanos que vivem em união estável têm reconhecidos todos os direitos e obrigações daqueles casados, sem que tivessem se submetido a qualquer formalidade legal. Ou seja, se o tratamento estatal dado àqueles que vivem em união estável, ou àqueles que vivem casados é praticamente igual, diminui, sem sombra de dúvida, a força institucionalista do casamento sob a ótica do Estado.

Com relação à Igreja Católica, importante acrescentar, nada mudou.

O que se constata com isso é que a importância que antes o Estado dava à forma da união de dois seres humanos intitulada como casamento, passou a dar a mesma importância ao conteúdo primordial desta forma: a união afetiva entre dois seres humanos.

¹⁴⁰ salvo, evidentemente, casos que envolvam os filhos menores que tem proteção especial do Estado, e que podem agir, sem anuência dos pais, através do Ministério Público.

2.6 Princípios do casamento

Como se viu no início deste capítulo, desde a vigência das Ordenações Filipinas até o início do Código Civil de 1916, a preocupação do Estado com o casamento se restringia às questões patrimoniais, com exceção do adultério, que era um valor eminentemente religioso.

A partir do cisma ocorrido entre o Estado e a Igreja Católica, em 1888 e a subsequente promulgação do Código Civil de 1916 o Estado passou a regulamentar mais detalhadamente o casamento, inserindo no art. 231 os deveres de ambos os cônjuges: *I – fidelidade recíproca; II - vida em comum no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos.* Previu também, pelo antigo art. 233 que “*O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247, 251)*”.

O Código Civil atual manteve os deveres do antigo art. 231, tendo hoje seu correspondente no art. 1566, inserindo nele ainda, mais um inciso obrigando os cônjuges a terem: “*respeito e considerações mútuos*”, e exclui terminantemente qualquer diferença entre o homem e a mulher, dispondo no art. 1511, que o casamento é estabelecido “*com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”.

A questão a ser trazida consiste na dúvida a respeito das obrigações do art. 1566 do Código Civil serem consideradas regras ou princípios, e para isso precisamos adotar um critério para distinguir estas duas reconhecidas fontes do direito. Para encontrar os primeiros princípios do casamento, adotaremos o critério de Willis Santiago Guerra Filho, que cita Kelsen, segundo o qual ¹⁴¹:

“Uma das características dos princípios jurídicos que melhor os distinguem das normas que são regras é sua maior

¹⁴¹ Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.

abstração, na medida em que não se reportam, ainda que hipoteticamente, a nenhuma espécie de situação fática, que dê suporte à incidência de norma jurídica. A ordem jurídica, então, enquanto conjunto de regras e princípios, pode continuar a ser concebida, à la KELSEN, como formada por normas que se situam em distintos patamares, conforme o seu maior ou menor grau de abstração ou concreção, em um ordenamento jurídico de estrutura escalonada (Stufenbau). No patamar mais inferior, com maior grau de concreção, estariam aquelas normas ditas individuais, como a sentença, que incidem sobre situação jurídica determinada, à qual se reporta a decisão judicial. O grau de abstração vai então crescendo até o ponto em que não se tem mais regras, e sim, princípios, dentre os quais, contudo, se pode distinguir e aqueles que se situam em diferentes níveis de abstração.”

Seguindo este critério, enumeraríamos as normas que podem ser extraídas da lei, segundo a sua maior ou menor abstração. Teríamos então a seguinte escala de normas, da menor para a maior abstração: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e considerações mútuos; e igualdade.

Passaríamos agora à classificação destas normas, a fim de distinguirmos as regras dos princípios, segundo o critério da abstração. Poderíamos então, incluir a fidelidade, vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, na classificação de regras, pois mais se referem a situações fáticas hipotéticas, de razoável percepção. Já o respeito e considerações mútuos, e a igualdade, ficariam na escala de princípios.

2.6.1. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade de uma forma geral está cristalizado no art. 5º, I, da Constituição Federal: “I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

O princípio da igualdade no casamento é extraído, como visto, do artigo 1511 que determina: “*o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”, tendo sido, portanto, abolida qualquer discriminação entre os sexos, e portanto, foram modificadas as divisões anteriores do Código Civil de 1916, com relação aos direitos e deveres do marido (Capítulo II do Título II do CC de 1916) e da mulher (Capítulo III do Título II do CC de 1916), que davam sustentação à desigualdade materializada no que era o antigo art. 233 : “*O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.*”.

Não vamos tratar da igualdade geral dos homens e das mulheres, que para o direito é indiscutível, e uma grande conquista da Constituição de 1988. O que nos interessa aqui é procurar estabelecer o nível desta igualdade dentro do casamento, e principalmente, a forma de seu exercício.

Voltemos ao passado.

Conforme nos ensinou Engels ¹⁴², em um certo momento da história, houve a transição das famílias *punaluanas*, quando homens e mulheres tinham igualdade sexual, onde eram comuns as poligâmias e as poliandrias, para as famílias *sindiásmicas*, nas quais, um homem vivia “*com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas, ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres,*

¹⁴² *Op. cit.*

enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigados.”. Portanto, na questão sexual, o homem detinha um poder aparentemente superior ao da mulher. Diz-se aparentemente, porque tal poder era legitimado pela obediência e talvez até mesmo pela ausência de desejo por parte da mulher. Ou seja, para o equilíbrio da família a mulher poderia entender que era melhor, naquele momento, ceder esse impulso, em determinadas épocas, especialmente na gravidez, mais forte nos homens do que nas mulheres.

Por outro lado, a mulher era a dona da casa, era ela quem dava a última ordem nas questões da casa. Nas palavras de Engels¹⁴³, citando Artur Wright:

“A respeito de suas famílias, na época em que ainda viviam nas antigas casas-grandes (concílios comunistas de muitas famílias)...Predominava sempre lá um clã (uma gens)...Habitualmente as mulheres mandavam na casa; as provisões eram comuns, mas – ai do pobre marido ou amante que fosse preguiçoso ou desajeitado demais para trazer sua parte ao fundo de provisões da comunidade ! Por mais filhos ou objetos pessoais que tivesse na casa, podia, a qualquer momento, ver-se obrigado a arrumar a trouxa e sair porta afora. E era inútil tentar opor resistência, porque a casa se convertia para ele num inferno; não havia remédio senão o de voltar ao seu próprio clã (gens) ou , o que costumava acontecer com freqüência, contrair novos matrimônios em outro. As mulheres constituíram a grande força dentro dos clãs (gens) e, mesmo em todos os lugares. Elas não vacilavam, quando a ocasião exigia, em destituir um chefe e rebaixá-lo à condição de mero guerreiro”.

Assim, se havia uma desigualdade na questão sexual, que era tolerada, também havia uma desigualdade na relação de poder dentro do espaço da casa. E essas desigualdades eram toleradas pelo bem da família. Ou seja, enquanto os homens da família *sindiásmica* tinham o poder sexual, e portanto, a poligamia era permitida, por outro lado, caso não exercessem a sua função de forma satisfatória, sendo preguiçosos, não provendo a casa, poderiam ser expulsos pela mulher, que era a dona da casa, e ficava sem a casa, sem os filhos e

¹⁴³ Friedrich Engels, *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*

evidentemente, sem a mulher. A desigualdade sexual era equilibrada pela desigualdade na administração da casa, e com isso a sociedade se mantinha.

Com a evolução da espécie a monogamia foi instalada, e, conforme visto, o patriarcado foi o modelo predominante. Junto com as famílias monogâmicas, cresceram o adultério e a prostituição. Ou seja, se por um lado o homem se sentiu privado das relações sexuais pelo sistema monogâmico, por outro lado, compensou esta privação, através do adultério e da fomentação da prostituição. Neste momento a mulher começa a perder poder, mas não foi pela questão sexual. Ela perdeu o poder na medida em que a sociedade foi se civilizando e apenas os homens tinham o poder econômico. Então as mulheres que estavam sob o julgo do pai, que detinha o poder econômico, passavam para o poder de seus maridos, que por sua vez, também detinham o mesmo poder. Se nas famílias *sindiásmicas* havia uma desigualdade sexual onde havia a preponderância do poder do homem, e ao mesmo tempo, uma desigualdade na administração da casa, onde preponderava o poder da mulher, e essas desigualdades equilibravam a sociedade, nas famílias *monogâmicas* patriarcais esse equilíbrio foi desfeito.

Com a família monogâmica, o homem passou a dominar as riquezas e a sexualidade através de uma monogamia, para ele, disfarçada, porque constantemente a violava através do adultério. O desequilíbrio estava instaurado, e durou até o início do século XX.

Na medida que a mulher começou a ingressar no mercado de trabalho, através de um processo lento, começaram a ser mais respeitadas, porque produziam riquezas monetárias, e com isso, as diferenças começaram a desaparecer. No casamento, o início da revolução da mulher se deu com a possibilidade do divórcio. Isso porque, se por um lado a lei autorizava o desquite, desde 1949, a Constituição Federal proibia a dissolução do casamento, e portanto, a mulher desquitada não podia contrair outro matrimônio. Naquela época, o mercado de trabalho para mulher ainda era escasso, na hipótese de ser

casada. Sendo desquitada a mulher era praticamente banida da sociedade, construída por valores morais no patriarcado. Ou seja, a mulher não tinha opção, mesmo a que estava infeliz no casamento. O marido podia diminuir o grau de infelicidade do casamento, por meio do convívio com amantes, ou fomentando a prostituição, porque isso, na época era até sinônimo de virilidade e poder. Mas a mulher infeliz estava relegada ao lar, o que não quer dizer que ela também, em menor escala, não praticava o adultério. A possibilidade de divórcio instituída pela Emenda 9 de 1977, concomitantemente com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, e conseqüentemente tendo acesso às riquezas começou a equilibrar novamente a relação de poder. E é essa a grande questão que se coloca, ou seja, por detrás da discussão da necessidade de igualdade, está de fato, de uma forma mais sutil, a questão das relações de poder entre os seres humanos.

Foucault afirma que *“os mecanismos de poder nunca foram muito estudados na história. Estudaram-se as pessoas que detiveram o poder...O poder em suas estratégias, ao mesmo tempo gerais e sutis, em seus mecanismos, nunca foi muito estudado.”*¹⁴⁴

O problema desta falta de estudo dos mecanismos sutis de poder é que normalmente se admitem classes de seres humanos, uns se sobrepondo aos outros, criando-se uma luta de classes que não tem fim. Isso porque, aquela classe dominada almeja dominar, e se num dado momento alcança seu escopo, tudo o que criticava com relação à classe dominante, reproduz novamente, e assim sucessivamente. George Orwell relatou essa sutileza do mecanismo de poder, na obra “Revolução dos Bichos”.

Para Foucault, do ponto de vista jurídico *“poder é o poder concreto que cada indivíduo detém e que cederia, total ou parcialmente, para constituir um poder político, uma soberania política ... a constituição do poder político se faz segundo o modelo de uma operação jurídica que seria da ordem da troca*

¹⁴⁴ Michel Foucault, *Microfísica do poder*, p. 141.

contratual’ Em outras palavras, um dos esquemas de poder, seria através do contrato-opressão, ou seja, aquele contrato em que ambas as partes abrem mão de determinada soma de poder que tinham individualmente, para terem um poder político maior na nova relação que terão. É um sistema de troca. O outro sistema por ele estudado é o que reconhece que “o mecanismo de poder é fundamentalmente do tipo repressivo”, e conseqüentemente, “poder é guerra, guerra prolongada por outros meios.”. Assim, para ele existem dois esquemas de análise de poder: “contrato-opressão”, ou, “guerra-repressão”.

Se admitirmos como válidas as proposições de Foucault, somadas à de Nietzsche, que afirma que “o vivente anseia por poder, por mais poder”¹⁴⁵ teríamos que concluir que a luta histórica entre o homem e a mulher não terá fim. Ou seja, se neste determinado momento da história da evolução da espécie, já há um viés de equilíbrio, de igualdade nas relações, no momento seguinte, poderemos ter um desequilíbrio, para um lado ou para o outro, uma vez que o anseio do ser humano seria “*poder, por mais poder*”.

De toda forma, ainda que esta luta persista no campo social, dificilmente ela prosseguirá no campo do Direito. O princípio da igualdade entre o homem e a mulher é uma realidade no nosso ordenamento jurídico, uma conquista das mulheres depois de muitos anos de luta, sofrimento, repressão, dor, vergonha, infelicidade. O Direito já distribuiu o poder de forma igualitária entre homens e mulheres. Caberá aos seres humanos receberem essa distribuição de poder da melhor maneira possível, em prol da felicidade do casamento. Se haverá ou não igualdade real entre os cônjuges, ainda que obtida pelo equilíbrio contratual, como das famílias *sindiásmicas*, isso só será pertinente ao próprio casal. De qualquer forma, ainda que o homem reconheça a mulher como um ser humano diferente, e a mulher também reconheça o homem como um diferente - o que geraria controvérsias do ponto de vista da análise do sexo da alma como abordado no

¹⁴⁵ Friedrich Wilhelm Nietzsche, *A vontade de poder*.

primeiro capítulo – mesmo assim, podem se tratar de acordo com o segundo princípio: princípio do respeito e consideração mútuos.

2.6.2. Princípio do respeito e consideração mútuos

Enquanto o ser humano não atinge a compreensão da igualdade entre o homem e a mulher, e aja de acordo com esse princípio, ainda que estabeleça funções diferentes para cada um na sociedade conjugal, pode se pautar em suas relações pelo princípio do *respeito e considerações mútuos* expresso, no inciso V, do art. 1566, do novo Código Civil.

O princípio da igualdade pressupõe, respeito e considerações mútuos, na medida em que caso um ser considere o outro igual, ele poderá se colocar no lugar de outro, e por conseqüentemente, procurar ter uma relação harmoniosa. Esse princípio apresenta-nos com uma expressão abstrata, e demandaria a perquirição a respeito da concepção de respeito, e a concepção de considerações mútuos. Respeito é sinônimo de consideração ¹⁴⁶:

“respeito s.m. 1. ato ou efeito de respeitar(se) 2. sentimento que leva alguém a tratar outrem ou alguma coisa com grande atenção, profunda deferência; consideração, reverência. 3. obediência, acatamento (...) 7. estima e consideração que se demonstra por alguém ou algo.”

Esse, sem dúvida, é um dos mais abstratos e subjetivos princípios do casamento, na medida em que dificilmente consegue-se detectar o que seria respeito para um determinado casal.

No campo da responsabilidade civil, ou para se apurar a culpa em uma ação de separação litigiosa, o juiz deve se pautar, com cautela, perquirindo os

¹⁴⁶ Antonio Houaiss, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, verbete correspondente.

hábitos daquele casal, para formar a sua convicção a sobre o liame entre o que seria o respeito e desrespeito.

2.6.3. Princípio da monogamia

No decorrer da história, estudamos a evolução da família, das *consangüíneas*, *punaluanas*, *sindiásmica* e *monogâmica*, sendo, nas palavras de Engels, o triunfo definitivo desta última “*um dos sintomas da civilização nascente*”¹⁴⁷.

Enfim, a monogamia foi um resultado da evolução da espécie, pois, caso contrário permaneceríamos nas famílias consangüíneas, punaluanas, ou sindiásmica. Não haveria qualquer razão de não se admitir esse fato, que em nada tem a ver com qualquer tipo de moralismo ou religiosidade. Tratamos sim de considerar a monogamia como um evolucionismo da espécie, pois, caso contrário, voltaríamos ao estado selvagem ou bárbaro.

Por conta desta evolução familiar, entendemos por bem, inserir a monogamia como um dos princípios basilares do casamento, a fim de dar sustentação ao evolucionismo aqui estudado, que é a base antropológica do sistema legal.

Este princípio é obtido pelo critério segundo o qual os princípios podem ser tirados pela abstração de normas, como defendido por Rodrigo da Cunha Pereira, com citação de Norberto Bobbio ¹⁴⁸:

“Os princípios gerais não expressos são aqueles que estão contidos e subentendidos no texto legal, ou melhor, são “aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher,

¹⁴⁷ Friedrich Engels, *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, p. 64

¹⁴⁸ *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*; p. 25.

comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.”

De fato, o **princípio da monogamia** pode ser obtido pela abstração das normas como o impedimento de realizar o casamento de seres humanos já casados (art. 1521 do CC), bem como da própria regra insculpida no inciso I do art. 1566 a respeito da fidelidade. O dever de fidelidade corresponde ao dever de ter relações sexuais exclusivas com o cônjuge e portanto, a monogamia é um princípio que também pode ser extraído desta regra.

2.6.4. Princípio da seleção parental

Outro princípio que podemos extrair com base no mesmo critério pelo qual foi obtido o princípio anterior, é o *princípio da seleção parental*. Mais relevante ainda do que a monogamia, a proibição do incesto já se encontrava presente na primeira espécie de família, as consangüíneas. A proibição do pai ter relações sexuais com seus filhos é a mais remota das leis.

Segundo Lacan essa seria a Lei do pai. Não se sabe ao certo o momento em que se originou. O que se sabe é que desde o primeiro registro das famílias consangüíneas, citada por Engels, essa proibição já existia. Na família *punaluana*, a proibição se sofisticou para impedir que irmãos e irmãs tivessem também relações sexuais, e na família *sindiásmica*, a proibição se estendeu até os primos.

Deixar de resgatar esse princípio de seleção parental para os dias atuais seria romper com as tradições passadas, em prejuízo de milênios de evolução. Enaltecemos então, como mais um princípio do casamento, o princípio da seleção parental, segundo o qual o ascendente não pode casar com seu descendente, seja o parentesco natural ou civil, nem tampouco, os afins em linha reta, nem os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau. (art.1521, I, II, IV, V do CC).

2.6.5. Princípio da perenidade da família

A antropologia também nos mostra que a família sempre existiu. Por outro lado, não se tem notícia, que ela um dia deixará de existir. Platão defendeu esta idéia na República, porém foi combatida com veemência por Aristóteles na Política. Para Platão, citando as idéias de Sócrates, as esposas deveriam ser possuídas em comum, e os filhos, seriam todos destinados à República, e ninguém diria este *é meu filho, ou minha filha, minha esposa ou meu marido*. A idéia aparente dele seria potencializar o *amor storge*, que é destinado apenas aos familiares, ao *amor agape*, usufruídos por todos indistintamente, em seu ideal de República. Esse seria o fim da família, ou melhor, ela se fundiria à idéia de Estado. Aristóteles criticou essa idéia da seguinte forma ¹⁴⁹:

“a) Sócrates não deixa claro nenhum motivo pelo qual esse costume deva ser parte do sistema social; b) quando vista como meio para alcançar um fim (par o qual, diz-se no diálogo, o Estado Existe), a proposta é inviável; c) em nenhum lugar é explicada a maneira como a proposta pode ser posta em prática. Refiro-me à seguinte fala de Sócrates:” “É melhor que o Estado cresça na unidade”. Certamente isso não é verdade. O estado que se tornar progressivamente uma unidade deixará de ser Estado. A pluralidade, neste caso, é natural; e quanto mais o Estado se afastar da pluralidade, em direção à unidade, menos Estado será e mais próximo estará de uma família, que por sua vez tornar-se-á um indivíduo. Digo isso porque a família, está claro, é mais unidade do que o Estado, assim como o indivíduo o é em relação à família. Assim, mesmo que fosse possível realizar essa unidade, ela não deveria ser feita, pois destruiria o Estado.”

Com relação ao amor, Aristóteles disse que a consequência seria inversa da pretendida por Platão:

“onde se partilham esposas e filhos, existe menor afeição, e a ausência de fortes laços afetivos entre os dominados leva à

¹⁴⁹ Política, p. 170/174

obediência, não à revolução”, e., “acreditamos que a existência de sentimento de afeto e de amizade, nas cidades, seja um enorme benefício, é uma salva-guarda contra os conflitos civis” Acrescenta “um mínimo de vinho doce dissolvido numa grande quantidade de água não se revela ao gosto, assim também os sentimento de solidariedade tornar-se-iam diluídos até o nada; e numa cidade dessa espécie, não há o que faça os pais cuidar dos filhos ou os filhos dos pais, ou os irmãos dos irmãos. Existem dois impulsos que, mais do que todos, levam os seres humanos a amar e a zelar uns pelos outros: “este é meu filho” e “ eu o amo”. Num Estado constituído segundo A República de Platão, ninguém seria capaz de dizer frases como essas.”

O art. 226 da Constituição Federal reconhece que a família é a base da sociedade, o que corrobora a idéia aristotélica da Política, sendo, pois, a base fundamental da sociedade e conseqüentemente do Estado. Sem a família a sociedade ruiria e colocaria fim ao Estado. Essa grande relevância da família, considerada em sua maior parte constituída pelo casamento, leva-nos a extrair um outro princípio do casamento: *princípio da perenidade da família*.

É através deste princípio que se percebe que a família não tem fim como instituição. Também no campo concreto, de uma família específica, vemos que ela só tem fim, com a morte de todos os seus membros, ou quando sobreviver apenas um. É a existência de dois ou mais seres humanos consangüíneos até quarto grau, que se pode considerar como sendo família, e, portanto, dificilmente uma família tem fim.

O casamento dá início à formação de uma nova família. Se não houver filhos deste casamento, e ele permanecer, a família por ele constituída tem fim apenas com a morte dos dois cônjuges. Explica-se:

O vínculo jurídico decorrente do casamento não se extingue totalmente com a separação. Mesmo não tendo filhos, os cônjuges são obrigados a assistirem-se mutuamente para o resto de suas vidas. A obrigação é vitalícia. Ainda que tenha havido o divórcio e ambos tenham constituído novos casamento

e outras famílias, ou tenha tido outros filhos, o vínculo com o primeiro cônjuge não se extingue, e o dever de prestar alimentos continua ¹⁵⁰.

É bem verdade que esse dever pode ficar suspenso enquanto o cônjuge separado estiver estabelecido um segundo convívio, porém tal obrigação é re-estabelecida quando este segundo convívio cessa e o ex-cônjuge precisa do auxílio do primeiro, ainda que tenha havido separação litigiosa e o necessitado tenha sido o culpado (art. 1704, parágrafo único¹⁵¹).

Agora, quando deste casamento nasce(m) filho(s) a condição de perpetuidade da família é ainda mais característica.: o cônjuge divorciado continuará a ser o pai ou a mãe do filho(a) do casamento desfeito. Por mais que as separações tenham uma forte carga emocional o vínculo entre o pai e a mãe só se desfaz, no campo físico (não necessariamente psíquico) com a morte de um dos membros desta família. A influência psíquica do pai, ou da mãe, no filho, o laço afetivo, entre outros aspectos, fará parte da vida daqueles ex-cônjuges para sempre.

Importante registrar ainda, que o casamento não admite prazo determinado. Não é possível efetuar um casamento com prazo para terminar. Pode-se estabelecer cláusulas que prevejam hipóteses de ruptura, suas formas e conseqüências. Mas não se pode fazer um casamento com prazo determinado, nem tampouco, se pode restringir a prestação de alimentos por um prazo determinado. Como visto acima, o dever de prestar assistência permanece

¹⁵⁰ ALIMENTOS. Exoneração. Separação de fato. Filho com outro homem. - O fato de a mulher ter um filho depois da separação do casal não é motivo suficiente para a exoneração da pensão alimentar, se não concorrerem outros fatores. Precedentes: REsp 21.697/SP; Resp 11.476. - O nascimento de filho havido com outro homem, fato ocorrido há mais de trinta anos e união da qual não resultou convivência duradoura, não pode servir de fundamento para o pedido de exoneração dos **alimentos que o marido presta à mulher desde quando se separaram. Mulher com setenta anos, sustentada pelo marido há meio século, com dificuldade de visão e sem outra renda, não pode ser privada da pensão pela única razão do nascimento daquele filho.**

Recurso conhecido e provido. (STJ - REsp 300165 / RJ)

¹⁵¹ Art. 1704. (...) Parágrafo único: Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável para a sobrevivência.

enquanto durar o matrimônio, e mesmo após a sua dissolução, por toda a vida, caso o cônjuge deles necessite e o outro possa pagá-los. Seja o casamento um contrato, ou uma instituição, é uma relação que surge para durar a vida toda, e essa é a intenção que deve ser enaltecida no momento do seu estabelecimento, sua perenidade.

O casamento traz em si, uma face institucional, e portanto representa a família também no âmbito institucional. Cada dupla de seres humanos que se unem em um casamento está colaborando para eternizar a idéia de família. Ou seja, embora seja um ato de vontade individual, o casamento tem toda uma repercussão social. Não são só os noivos que torcem e vivem as emoções, boas ou ruins, do casamento. Elas são vividas por todos aqueles que estão próximos ao casal, e portanto influencia no bem daquele âmbito social.

Se o casamento traz os seus caracteres do passado, pelos rituais e significados de cada cultura, ele reforça, ainda que faça algumas modificações, a tradição levando-a para o futuro, para a eternidade.

Cada casal que efetua um casamento não está apenas adotando um método, ou um símbolo particular para a sua vida, mas está adotando um hábito cultural que vem sendo construído pelo passado das tradições humanas, e ao mesmo tempo, reforçando-o e projetando-o para o futuro. A responsabilidade do casamento não está adstrita ao casamento frente aos dois cônjuges ou aos seus filhos, mas também frente a toda a cultura da sociedade, e por essa razão, também deve ser considerado como regido pelo *princípio da perenidade da família*.

2.6.6. Princípio da voluntariedade na realização e na manutenção do casamento

O *princípio da voluntariedade na realização e na manutenção do casamento* é outro princípio que se pode extrair da abstração da lei. É através de um ato de disposição de vontade que um ser humano se une ao outro, sem qualquer obrigação.

Esse princípio é extraído da regra disposta no art. 1514 do Código Civil, segundo a qual “*o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer o vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.*”. É somente através da livre disposição de vontade que o casamento pode ser realizado.

Da mesma forma, é a livre disposição de vontade que faz com que o casamento se mantenha, e esse princípio é extraído da possibilidade do divórcio. A idéia que se extrai deste princípio é a de que o casamento só se realiza se os seres humanos de comum acordo assim quiserem. Da mesma forma, o casamento só se mantém, se essa vontade permanecer. Ou seja, os seres humanos estão livres para concretizar a relação ou colocar um fim nela.

2.6.7. Princípio da afetividade

O primeiro e mais basilar princípio do casamento é o afeto, no sentido de amor, de comunhão, de respeito, de querer a felicidade do outro, porque é a felicidade do outro que lhe faz bem. O afeto, hoje em dia, deve ser o primeiro sentimento que leva os seres humanos a constituírem o casamento, aquele primeiro sentimento que os fizeram abandonar a individualidade de suas vidas, para se compartilhar uma vida comum, uma casa comum, um orçamento comum. Enfim, o princípio da afetividade é o que faz com que os seres humanos permaneçam juntos, e, por isso, representa ele o mais relevante dos princípios

para a relação matrimonial. O afeto é o sentimento que está ligado à idéia do sagrado, aquele sentimento, que os seres humanos experimentavam antes de se casarem, e tomaram a decisão do matrimônio, com o fim de repetirem-no ao longo da vida.

Não há dúvidas de que os seres humanos quando resolvem se casar estão procurando a sua própria felicidade. Ambos, de um jeito ou de outro, qualquer que sejam as motivações manifestadas, buscam a felicidade. Porém, não há promessa de que o casamento seja um estágio da vida onde se experimentará apenas momentos de felicidade. Não há registro que isso ocorra.

Mesmo porque, para os que casam em seitas religiosas, normalmente o alerta é de que haverá momentos de tristeza, e de alegria, de prosperidade e de pobreza, de doença e de saúde, enfim, momentos que serão infelizes e outros felizes. O princípio da afetividade é o que contribui para que os cônjuges não abandonem o casamento nos momentos de infelicidade, doença e/ou dificuldade financeira.

O princípio da afetividade consiste no princípio fundamental pelo qual o casamento deve se constituir e se manter. A afetividade faz com que os seres humanos busquem estratégias infinitas para transformar momentos difíceis em momentos de aprendizado, e de futura alegria.

Enfim, o princípio da afetividade é a razão pela qual os seres humanos se impulsionam para casar, sendo meio e fim, para se alcançar a felicidade, sendo esta apenas conseqüência daquele que possui o afeto.

2.6.8. Princípio da tolerância

Se o casamento é um contrato, tem cláusulas contratuais, que impõe, como vimos, uma relação de poder entre os cônjuges, seria o que Foucault denominou juridicamente de relação *contra-opressão*¹⁵².

O mesmo acontece com o casamento pela ótica da instituição, com o adendo de além das cláusulas estabelecidas entre os cônjuges para o convívio comum, haverem outras de natureza institucional. Isso significa que, se um ser humano se propõe a ter uma vida em comum com outro ser humano, este impulso, significa abrir mão de um punhado de liberdade, em prol de uma promessa de felicidade. Essa limitação de poder se dá em todo o contrato.

O que acontece, e é absolutamente comum, é que essas cláusulas do contrato, por vezes, são violadas parcial ou totalmente. Neste caso, em um contrato de direito civil ou comercial, resolver-se-ia tal violação através de uma multa contratual, da argüição da *exceptio non adimplenti*, (o que faria com que a parte lesada deixasse de cumprir outras obrigações até que a outra cumprisse as suas), ou ainda, dependendo da gravidade, acarretaria a resolução do contrato.

No casamento deve ser um pouco diferente. As pequenas violações são normalmente toleradas, por um ou por outro cônjuge, de forma que o casamento não vire um conjunto de regras dotadas de conteúdo categóricos, que, sendo violadas, tragam a tona à crueldade humana, como bem observou Nietzsche, na análise da genealogia da moral¹⁵³.

No caso do casamento o princípio da tolerância deve ser aplicado, não como reforçador de condutas incômodas, imorais, e desrespeitosas, mas como uma forma de não se levar as regras e os princípios do casamento a ferro e a

¹⁵² Op. citada.

¹⁵³ Friedrich Wilhelm Nietzsche, *Genealogia da moral: uma polêmica*.

fogo, tornando a vida insuportável. A medida de aplicação deste princípio, é subjetiva, e dependerá de cada cônjuge.

Lembrando-se da escala de valores do ser humano relatada anteriormente, elaborada por Peter Kunzmann, Franz-Peter Burkard e Franz Wiedmann¹⁵⁴: 1º sagrado/profano; 2º belo/feio; justiça/injustiça; verdadeiro/falso; 3º nobreza/vulgaridade; e no 4º e último estágio se encontra aquilo que é agradável/desagradável, podemos concluir que o razoável na aplicação do princípio da tolerância seria transigir com aquilo que é vulgar ou nobre, verdadeiro ou falso, belo ou feio, justo ou injusto, mas não transigir, de forma alguma com aquilo que seria sagrado ou profano.

Diante desta escala de valores, aplicar-se-á o princípio da tolerância, sendo mais toleráveis às questões referentes ao agradável ou ao desagradável, e menos toleráveis, ou até mesmo intoleráveis às questões que estão no nível do sagrado ou profano.

Repete-se que as ações, ou omissões, dos seres humanos que caracterizariam estes diversos valores, ficariam definidas no foro individual de cada casal. Todavia, o estado protegerá o ser humano inocente, especialmente quanto às obrigações do art. 1566 do Código Civil, podendo inclusive fixar indenização por dano moral, após a violação de qualquer uma daquelas regras¹⁵⁵.

¹⁵⁴ PETER KUNZMANN, FRANZ-PETER BUKARD, FRANZ WIEDMANN, Atlas de Philosophie, Ed. La Pochotheque, 2003., p. 198

¹⁵⁵ "Adultério que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos. Adultério demonstrado, inclusive com o nascimento de uma filha de relacionamento extraconjugal - Conduta desonrosa e insuportabilidade do convívio que restaram patentes - Separação do casal por culpa do autor-reconvindo corretamente decretada - Caracterização de dano moral indenizável - Comportamento do autor-reconvindo que se revelou reprovável, ocasionando à ré-reconvinte sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral - Indenização fixada em RS 45.000,00 - Alimentos - Possibilidade de requerê-los em ação própria, demonstrando necessidade - Recurso provido." (TJSP - Apelação nº5393904900 - Des.Luiz Antonio de Godoy, 10.0.6.2008).

3 A família

3.1. A importância da família

Família, da mesma forma que o casamento, é um termo que produz as mais diversas sensações na alma do ser humano: desconforto, conforto; medo, confiança; insegurança, segurança; abandono, apoio; rejeição, aceitação; ódio e amor.

Isso decorre porque a família consiste no primeiro grupo de pessoas em que o ser humano se relaciona intimamente. A própria identidade do ser humano decorre deste grupo de família, os hábitos alimentares, de vestimentas, a linguagem, as expressões verbais e corporais, tudo é aprendido e desenvolvido primordialmente no âmbito da família. É na família que o ser humano encontra o primeiro gesto de afeto, e desafeto, de acolhimento e rejeição. Na família ainda, que o ser humano adquirirá as primeiras palavras de seu vocabulário, as primeiras entonações de voz e expressões verbais. Na família o ser humano se desenvolverá física e moralmente, e portanto, será ali que encontrará seus primeiros valores sobre o certo e o errado, sobre o sagrado e o profano, sobre o bem e o mal, sobre o belo e o feio, justo e o injusto, o verdadeiro e falso.

Além disso, será dentro da família que o ser humano aprenderá amar, ou odiar, determinadas coisas ou pessoas, onde se formarão os conceitos e os preconceitos, que posteriormente poderão ser chamados de conhecimentos *a priori*, usando-se a terminologia kantiana. Ou seja, uma grande parte daquele arcabouço de conhecimento, que muitas vezes o ser humano não sabe de onde veio, ou quando aprendeu, ou apenas delega o repositório ao campo da intuição, vem, de fato de seu ambiente familiar.

O Ministro Carlos Ayres Brito afirmou ser a família ¹⁵⁶:

“Locomotiva social, na medida em que voltada para a formação de personalidades individuais que se destinam a uma vida relacional ainda mais ampla, porque desenvolvida no seio de toda a sociedade humana (o aristotélico agir do ser humano enquanto membro da polis ou ‘animal político’).”, e ainda, considerando-a como “espaço usual da mais próxima, topograficamente, e da mais íntima, afetivamente, convivência humana. Depurada expressão de gregarismo doméstico. Com a força, portanto, de transformar anódinas casas em personalizados “lares” (§1º do art. 230). Vale dizer, a família como ambiente de proteção física e aconchego amoroso, a se revelar como a primeira das comunidades humanas. O necessário e particularizado pedaço de chão no mundo. O templo secular de cada pessoa física ou natural, a que a Magna Lei apõe o rótulo de ‘asilo inviolável do indivíduo’ (inciso XI do art. 5º). Logo, a mais elementar ‘comunidade’ (§4º do art. 226) ou o mais apropriado lócus de desfrute dos direitos fundamentais à ‘intimidade’ e à ‘privacidade’ (art. 5º, inciso X), porquanto significativo de vida em comunhão (comunidade vem de comum unidade, é sempre bom remarcar)”(negrito nosso)

A importância do ambiente familiar é tão grande para o desenvolvimento humano que se percebeu que “o rosto e a expressão facial de uma mãe têm sido associados a segurança, calor, nutrição e outras coisas importantes, tanto durante a evolução da espécie como da vida de uma criança” ¹⁵⁷. Ou seja, a simples expressão facial da mãe pode levar o ser humano a sentir segurança, calor, nutrição, entre outras coisas. É, o mesmo serve para sentimentos de insegurança, frieza, desnutrição, o que reafirma a relevância da família estar atenta para todos os seus membros de forma a propiciar um ambiente favorável para o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes.

Da mesma forma, tem-se que a família, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, se referindo a Lacan ¹⁵⁸., é “uma estruturação psíquica onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar

¹⁵⁶ STF – REextr. 397.762-8-BA – Rel. Min. Marco Aurélio – 1ª T. – m.v. – j. 03.06.2008.

¹⁵⁷ B. F. Skinner, *O mito da liberdade*.

¹⁵⁸ *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*.

dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja o pai biológico.”

Desta forma, a família constitui o primeiro espaço psíquico do ser humano, que deverá gradativamente expandir para a escola, para o trabalho, e para a sociedade. Por mais que se possam modificar alguns hábitos culturais, sem dúvida, será esse primeiro espaço psíquico-familiar que acompanhará o ser humano ao longo de toda a sua vida.

O afeto predominantemente presente neste grupo social é aquele que denominamos de *storge*, ou seja, o afeto pela família, ligado exclusivamente ao vínculo sanguíneo, incluindo, contudo, o cônjuge ou companheiro, enquanto permanecer nesta condição.

Aristóteles ao defender a necessidade da manutenção da família em contra-posição à idéia platônica de sua extinção, diz ser esse laço sanguíneo um dos mais importantes no Estado, porque há *“dois impulsos que, mais do que todos fazem “os seres humanos a amar e a zelar uns pelos outros: “este é meu filho” e “eu o amo””*.

O direito não pode garantir que os seres humanos tenham apenas bons sentimentos nas relações familiares, nem tampouco que esse sentimento afetivo descrito por Aristóteles esteja sempre presente na relação pai e filho. O que o direito pode fazer, e o faz cada vez melhor, especialmente após a Constituição Federal de 1988, é regulamentar, na medida do possível, essas relações familiares, afetuosas ou não, distribuindo-lhes direitos e obrigações, com o intuito de proteger a família, ainda que de seus próprios membros.

Neste sentido, a Constituição Federal no art. 227 prevê que é dever da família, *assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura,*

à dignidade, ao respeito, à liberdade, além de ter a obrigação ainda de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência e opressão. (art. 227 da CF). Esse mesmo dispositivo constitucional atribui à sociedade e ao Estado a responsabilidade solidária com relação a esses deveres da família.

Por conta disso, qualquer tentativa de se melhorar a sociedade, sem ter em vista a importância da família, será frustrada. Diz Gabriel Chalita ¹⁵⁹:

“Não se experimentou para a educação informal nenhuma célula social melhor que a família. É nela que se forma o caráter. Qualquer projeto educacional sério depende da participação familiar: em alguns momentos, apenas do incentivo; em outros, de uma participação efetiva no aprendizado, ao pesquisar, ao discutir, ao valorizar a preocupação que o filho traz da escola. Por melhor que seja uma escola, por mais bem preparados que estejam seus professores, nunca a escola vai suprir a carência deixada por uma família ausente.”

A primeira questão que surge, então, será a definição desta família, para o fim de proteção especial do estado. Se o Estado procura proteger a família, é preciso compreender qual o significado jurídico que se dá a esse termo, para identificar objetivamente em que consiste esse sujeito de direitos e obrigações ao qual a Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, atribuiu a condição de base da sociedade ¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Educação: a solução está no afeto, p. 17;

¹⁶⁰ Segundo Silvio Rodrigues, a família não só constitui a base de toda a estrutura da sociedade, como também é nela que “se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam as raízes morais da organização social”.(Direito Civil, p. 5).

3.2. A concepção de família na legislação brasileira

A facilidade com que se define o casamento não é a mesma para se definir família do ponto de vista jurídico.

A Constituição Federal vigente não define família expressamente, nem tampouco a lei federal. Todavia, tanto uma como outra, pela forma como tratam as relações dos seres humanos, nos conduzem a algumas concepções legais da família.

O art. 226 da Constituição Federal diz que a família ou entidade familiar pode ser formada, pelo *casamento*, pela *união estável entre o homem e mulher* e *a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*. Se, por um lado, este dispositivo constitucional não prevê outra forma de constituição da família, por outro, também não exclui qualquer outra forma.

A lei federal apresenta critérios para chegarmos a algumas concepções de família, partindo sempre do menor para o maior grau de parentesco:

a) A família pelo critério sucessório: segundo este critério, a família é constituída por todos aqueles que podem herdar um dos outros, sempre excluindo o grau mais remoto, na presença do mais próximo. Assim, dentro deste critério temos as concepções de família no sentido *restrito*, *amplo*, e *amplíssimo*:

a.1) restrito: *a.1.1) puro:* a comunidade formada por seus cônjuges ou companheiros e seus filhos, nos termos do artigo (art. 1790, 1829, I, II, do CC); *a.1.2) misto:* a comunidade formada pelo cônjuge e o(s) ascendente(s) (art. 1829, II do CC).

a.2) amplo: a comunidade formada por avô(s) e neto(a)s, ou quaisquer outros descendentes e ascendentes em linha reta de maior grau, *ad infinitum*. (art. 1829, III);

a.3) *amplíssimo*: a comunidade formada pelos parentes colaterais de 2º(segundo) grau, como irmão ou irmã, de 3º grau (tio(a)s, sobrinho(a)s) e de 4º grau (primo ou prima) (CC, art. 1829, IV, 1839 a 1843). A partir do 4º grau não se considera mais parente, e portanto, na ausência de parentes deste grau ou de menor, será o Estado quem terá direito de arrecadar os bens do espólio (art.1819 a 1823 do CC).

- b)** *A família pelo critério alimentar*: consideram-se família aqueles que estão obrigados a prestar alimentos uns aos outros. Segundo este critério, e nos termos do art. 1697 do CC, seriam considerados da mesma família aqueles membros da comunidade formada entre os ascendentes e descendentes, irmãos germanos (mesmos pais) e irmãos unilaterais (um genitor em comum).
- c)** *A família pelo critério da autoridade*: por este critério a família restringe-se a pais e filhos menores, pois nela se manifesta o poder familiar (art. 1630 do CC).
- d)** *A família pelo critério fiscal*: por este critério, a família é constituída por aqueles que podem figurar como dependentes para fins de dedução de imposto de renda, na declaração anual. São eles: 1) companheiro(a) com quem o contribuinte tenha filho ou viva há mais de 5 anos, ou cônjuge; 2) filho(a) ou enteado(a), até 21 anos de idade, ou, em qualquer idade, quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho; 3) filho(a) ou enteado(a) universitário ou cursando escola técnica de segundo grau, até 24 anos; 4) irmão, neto ou bisneto, sem arrimo dos pais, de quem o contribuinte detenha a guarda judicial, até 21 anos, ou em qualquer idade, quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho; 5) irmão, neto ou bisneto, sem arrimo dos pais, com idade de 21 anos até 24 anos, se ainda estiver cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau, desde que o contribuinte tenha detido sua guarda

judicial até os 21 anos; 6) pais, avós ou bisavós que, em 2007, tenham recebido rendimentos, tributáveis ou não, até R\$ 15.764,28; 7) menor pobre até 21 anos que o contribuinte crie e eduque e de quem detenha a guarda judicial; 8) pessoa absolutamente incapaz, da qual o contribuinte seja tutor ou curador¹⁶¹.

- e) A família pelo *critério previdenciário* abrange o casal, os filhos de qualquer condição até 21 anos (desde que não emancipados) ou inválidos ou inválidas de qualquer idade, enteados e menores sob tutela (sem bens suficientes para seu sustento e educação), incluindo companheiro do trabalhador, inclusive em concorrência com os filhos.¹⁶²

- f) A família pelo *critério da impenhorabilidade do bem de família*, constitui aquela formada pelo *casal ou entidade familiar*, segundo a Lei Federal nº 8.009/90, cujo único bem que lhes serve de residência é impenhorável. Todavia, tal concepção foi ampliada pelo Superior Tribunal de Justiça, pela súmula 364 com a seguinte redação: "*O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.*". Portanto, segundo este critério, até mesmo um indivíduo solteiro, pode ser considerado família. A única razão que vemos para esta interpretação da Lei n. 8009/90 pelo STJ, foi o de estender a proteção da família, não apenas a ela, mas também à promessa de sua constituição residente no ser humano solteiro, viúvo ou separado.

Segundo esses critérios poderíamos ter uma situação, no mínimo curiosa: aquele que poderia se beneficiar com o falecimento de um parente pelo critério sucessório, não teria tido obrigação, se em vida, este parente agora falecido, tivesse tido necessidade de alimentos em um determinado momento da vida. Ou

¹⁶¹ Lei n. 9.250, de 26.12.1995, art. 35; Lei n. 11.482, de 31.05.2007, arts. 2º e 3º ; Decreto n. 3.000, de 26.03.1999 – Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR), art. 77, § 1º; Instrução Normativa SRF nº 15, de 06.02.2001, art. 38

¹⁶² art. 217 da Lei n. 8.112/90; art. 5º da Lei n. 4.069/62; art. 10 do Decreto n. 58.100/66, arts. 7º, 23 e 27 da Lei n. 3.765/60; art. 16, I, e §§ 1º a 4º, da Lei n. 8.213/91.

seja, embora não tivesse obrigado, pela lei a prestar alimentos por não ser membro de sua família pelo critério alimentar, esse ser humano pode vir a ser chamado na sucessão para herdar os bens do falecido, por ser considerado família pelo critério sucessório.

3.3 As definições de família segundo a doutrina

Maria Helena Diniz nos apresenta três acepções fundamentais ¹⁶³:

“a) No sentido amplíssimo o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art. 1.412, §2º, do Código Civil, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico. A Lei n. 8.112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, no art. 241, considera como família do funcionário, além do cônjuge e prole, quaisquer pessoas que vivam a suas expensas e constem de seu assentamento individual.

b) Na acepção “lata”, além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral,

¹⁶³ Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 9 e 10.

bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro), como a concebem os arts. 1591 e s. do Código Civil, o Decreto-lei n. 3200/41 e a Lei n. 883/49.

c) Na significação restrita é a família (CF, art. 226, §1º e §2º) o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, arts. 1567 e 1716), e entidade familiar a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais ou descendentes, como prescreve o art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, independentemente de existir o vínculo conjugal, que a originou (JB, 166:277 e 324).”

Silvio de Salvo Venosa, por sua vez, também dá três conceitos possíveis para a família ¹⁶⁴:

“(...) importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar. Nesse particular, a Constituição Federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental (...). Pode ainda ser considerada a família sob o conceito sociológico, integrado pelas pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular.”

Silvio Rodrigues ¹⁶⁵ utiliza também três escalas:

“Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos. Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a família como abrangendo os consanguíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau. Num sentido

¹⁶⁴ *Direito Civil*, p. 2.

¹⁶⁵ *Direito Civil*, p. 4 e 5.

ainda mais restrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole”

Além daquelas exceções observadas por Maria Helena Diniz, pode-se dizer que os seres humanos estão ligados em família exclusivamente pelos laços sangüíneos, e admitindo-se a existência desses laços até os colaterais em quarto grau.

Interessante notar com essas definições que os seres humanos podem fazer parte de diversas famílias. Aquele que faz parte da família A por ser um parente de 4º grau, também pode fazer parte da família B, em um 2º grau, e da família C, e um 3º, e isso não quer dizer que ele é mais família de um do que de outro. Como visto no item anterior, esse ser humano poderá ter direitos e obrigações diferentes com relação a cada família de acordo com o grau com que a ela esteja ligado.

3.4 Evolução do conceito de família na Constituição Federal

O casamento foi matéria de exclusiva preocupação da Igreja Católica (ao menos no Ocidente). A Constituição do Império, promulgada em 1824, em seu art. 5º determinava: *“A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo”*.

De acordo com esse dispositivo constitucional o Brasil, mesmo após proclamada a independência de Portugal, em 1822, permaneceu ligado constitucionalmente à Igreja Católica. Nenhuma outra religião tinha permissão de exteriorizar seu culto, embora fosse tolerada a sua prática em ambiente domestico.

O casamento, naquela época, tinha um valor predominantemente religioso. Qualquer outra forma de união de pessoas, que não fosse através do casamento, estava rotulada de “*pecado*”, pois sem conformidade aos dizeres da Igreja.

O casamento, mesmo no âmbito civil, tinha a conotação exclusiva de sacramento, e portanto, qualquer outra união, sem a benção da Igreja não era reconhecida pelo Estado. Pior que isso. O Estado, impregnado de valores religiosos, abominava qualquer tipo de união que não se desse através do casamento, na época indissolúvel.

Com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, houve o grande cisma formal com a Igreja Católica. Sobreveio a Constituição Republicana de 1891, substituindo a redação do antigo art. 5º da Constituição de 1829, pelo § 3º, do art. 72, nestes termos: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.”

Tal ruptura foi se consolidando paulatinamente, ao longo do tempo. Se antes o Estado deixava a preocupação da família a cargo da Igreja, a Constituição de 1934 entendeu por bem externar a sua proteção especial a essa instituição tão importante. E o fez, por meio do art. 144: “A família constituída pelo casamento indissolúvel, está sob proteção especial do Estado”.

As Constituições Federais seguintes repetiram a mesma definição: de 1937: “Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob proteção especial do Estado...”; de 1946: “Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.”; de 1967: “Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito a proteção dos Poderes Públicos.”; de 1969: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”.

Desta forma, a única família que estava sob proteção especial do Estado, era aquela que era constituída pelo casamento, e esse por sua vez, indissolúvel até 1977. Todas aquelas famílias, pelas acepções jurídicas expostas pelos doutrinadores dos itens anteriores, que não eram formadas pelo casamento, estavam à margem do direito. Se os seres humanos não fossem casados, o Estado não reconhecia esta união como família, para efeito de proteção. O ato do casamento consubstanciava a proteção do Estado à família que era considerada legítima.

A questão central destes dispositivos consiste na cisão apenas formal do Estado com a Igreja. Embora expressasse ser o Estado laico, e portanto, desvinculado a qualquer grupo religioso, o Estado, definindo ser a família constituída exclusivamente pelo casamento, trouxe ao ordenamento jurídico, aquilo que antes era encontrado apenas no ordenamento canônico.

O Estado se apropriou da idéia sagrada do casamento instituída pela Igreja. A única diferença era de que ao invés de caracteres religiosos, com a ligação dos seres humanos a Jesus Cristo e a Deus, o casamento civil, passou pela intervenção do juiz de paz que declara o casamento desde que preenchidas as formalidades e exigências do Estado.

E, com isso, durante todos esses anos, todos aqueles seres humanos que não estavam ligados à Igreja Católica, mas sim a outras religiões, e que não tinham formalizado a sua união perante o Estado, ficaram à margem da lei. Eram famílias, com afeto, com sinceridade, com harmonia, que viviam na sombra do Estado. Eram famílias apenas em suas relações pessoais, mas perante o Estado e a sociedade, não constituíam famílias.

O que se quer dizer com isso é que o Estado brasileiro, mesmo dissociado formalmente da Igreja Católica desde 1891, valorou o ato do casamento civil, com

a mesma força e intensidade ¹⁶⁶, que ela valorizava, e valoriza o casamento religioso, na medida em que reconhecia, para os fins de proteção do Estado, somente a família, há muito tempo considerada a base de toda sociedade ¹⁶⁷, somente aquela proveniente do casamento civil.

Todas as outras famílias que não tinham sido constituídas pelo casamento eram consideradas ilegítimas, e portanto, não estavam amparadas pelo Estado. Salvo o aspecto religioso, não havia qualquer outra razão para que se mantivessem essas exclusões, perante o Estado. Foi, sem dúvida, um período de adaptação de 100 anos, entre a Promulgação da República, em 1889, quando houve a cisão formal do Estado e da Igreja Católica, e a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe a possibilidade do reconhecimento jurídico do relacionamento familiar, independentemente do casamento religioso e civil.

Os aspectos materiais da relação matrimonial e portanto da família, no que se refere a consangüinidade, ao afeto, a dependência moral e financeira, se sobrepuseram aos aspectos formais da religião e da lei.

O reconhecimento da união estável, com a Constituição de 1988, veio incluir as inúmeras relações familiares que não eram constituídas pelo casamento sob a proteção do Estado.

O que se viu, por muito tempo, antes disso, foram diversas mulheres, não casadas, porém que estavam na condição que atualmente se denomina de companheiras, serem preteridas quanto aos bens da família, que eram administrados exclusivamente pelo homem, ou impossibilitadas de receber a pensão do marido falecido, por falta de previsão legal, que acabava sendo destinado a alguns familiares distantes, ou até mesmo ao Estado, por meio da

¹⁶⁶ Talvez até maior por conta dos efeitos patrimoniais da ausência de casamento civil, que não existem para a Igreja no casamento religioso.

¹⁶⁷ Aristóteles, *Política*.

herança vacante. As injustiças decorrentes desta relação não regulamentada eram freqüentes.

A Constituição de 1988 colocou um ponto final neste assunto, e de forma revolucionária estabeleceu em seu art. 226, a possibilidade de consideração da família na união estável entre o homem e a mulher, mesmo que não decorrente de um casamento, e entre o ascendente e descendente:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º. Para efeito de proteção especial do Estado, é reconhecida a união estável ente homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Sobre esse relevante papel da Constituição de 1988, ensina-nos Silvio Venosa ¹⁶⁸:

“Em nosso país, a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família. O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, §3º) representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio. É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes etc. Foi essa Carta Magna que também alçou a princípio constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (art. 226, §5º) e igualdade jurídica absoluta dos filhos (art. 226, §6º). Ainda, a Constituição de 1988 escreve o princípio da paternidade responsável e o respectivo planejamento familiar (art. 226, §7º).”

¹⁶⁸ *Direito Civil*, p. 7.

É ainda dentro desta perspectiva de amplitude e inclusão que Maria Helena Diniz discorre sobre as inovações trazidas, especialmente no que tange a uma de suas maiores inovações, o reconhecimento “das famílias” ¹⁶⁹:

“Inova, assim, a Constituição de 1988, ao retirar a expressão da antiga Carta (art. 175) de que só seria núcleo familiar o constituído pelo casamento. Assim sendo, a Magna Carta de 1988 e a Lei n. 9.278/96, art. 1º, e o novo Código Civil, arts. 1511, 1513 e 1723, vieram a reconhecer como família a decorrente de matrimônio (art. 226, §§ 1º e 2º, da CF/88) e como entidade familiar não só a oriunda de união estável como também a comunidade monoparental (CF/88, art. 226 §§ 3º e 4º) formada por qualquer dos pais e seus descendentes independentemente de existência de vínculo conjugal que a tenha originado (JB, 166:277 e 324). A família monoparental ou unilinear desvincula-se da idéia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um de seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, “produção independente” etc.”

Não mais se restringe a família à idéia de casamento, como sucedia em todas as Constituições Brasileiras, desde e inclusive a de 1934 que dispunha em seu art. 144: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob proteção especial do Estado”, excluindo todas as demais família existentes - em um número cada vez mais relevante – decorrentes dos laços afetivos entre seres humanos. Nos dizeres de Maria Berenice Dias ¹⁷⁰:

“A constitucionalização das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – também ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Mudou significativamente o conceito de família, afastando injustificáveis diferenciações e discriminações, que não mais combinavam com uma sociedade que se quer democrática, moderna e livre. O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na própria conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como

¹⁶⁹ Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 10 e 11.

¹⁷⁰ Conversando sobre o direito das famílias, p. 20.

“ilegítima”, “espúria”, “adulterina”, “informal”, “impura” estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas na esfera da juridicidade, tanto com referência às relações afetivas, como no tocante aos vínculos de parentesco. Quer o conceito de família, quer o reconhecimento dos filhos não mais admitem qualquer adjetivação.

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, identidade de projetos de vida e propósitos comuns. Enfim, a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejaram o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e da preservação da vida. Esse certamente é, dos novos vértices sociais, o mais inovador dentre quantos a Constituição Federal abrigou”.

Neste mesmo sentido Silvio Venosa leciona ¹⁷¹:

“No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal.”

O mesmo doutrinador ainda assevera ¹⁷²:

“A noção atual de família nas civilizações ocidentais afasta-se cada vez mais da idéia de poder e coloca em supremacia a vontade de seus membros, igualando-se os direitos familiares”

E com a mesma entonação humanista dos demais autores citados, Sergio Gischkow Pereira ¹⁷³:

“O direito de família evoluiu para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade,

¹⁷¹ *Direito Civil*. p. 15.

¹⁷² *Ibid.*, p. 2.

¹⁷³ *Direito de Família*, p. 17

amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais”.

Ainda que se verifique esta revolucionária evolução constitucional do conceito de família, sabemos que há mais por vir. A idéia constitucional de família, embora com seu conceito ampliado, ainda tem sua ligação nas relações sexuais. Explica-se: Se o casamento só pode se dar entre seres humanos biologicamente considerados de sexos opostos, e se a união estável também só considerada entre seres humanos de sexos diferentes, ou seja, entre o homem e a mulher, e ainda está ligada exclusivamente a idéia de ascendente com seu descendente, temos que concluir que a família está sendo considerada, de fato, em atenção às relações sexuais.

Como se observa da evolução do casamento, e da família, o Estado se apropriou devida, ou indevidamente, de valores religiosos referentes à família e ao casamento. Ao longo da história esses conceitos foram evoluindo na lei juntamente com o distanciamento do Estado da Igreja, o que levou a abertura generalizada ocorrida com a Constituição de 1988. Houve, contudo, um valor religioso que continuou a ser prestigiado no casamento: a idéia de uma união sexual para o fim de procriação.

Isso evidentemente tinha uma razão religiosa de ser diante do princípio da ordem inicial “*frutificai e multiplicai-vos*”¹⁷⁴, segundo a qual a união matrimonial tinha os fins específicos de procriação. A definição jurídica de casamento, por sua vez, por muito tempo, estava relacionada a esse aspecto sexual, na medida em que considerava o casamento um meio para homem e mulher *regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.*”

175

¹⁷⁴ Gen. 1, 20

¹⁷⁵ Silvio Rodrigues, *Direito Civil – Direito de Família*, p. 19

Porém, uma outra ordem religiosa, ao meu ver mais relevante que esta de origem sexual ¹⁷⁶, também diz que “*onde estiverem dois ou três reunidos em meu nome, aí estou eu no meio deles.*” ¹⁷⁷ Ou seja, bastariam dois seres humanos, em nome Dele, para que Ele se fizesse presente.

Por isso, se por um lado a Constituição de 1988 incluiu no conceito de família as relações sexuais que não estavam reguladas pelo casamento, por outro lado, deixou claro que esta inclusão estava limitada às relações sexuais entre o homem e a mulher, ou seja, entre seres humanos definidos biologicamente como sendo de sexos opostos. Ao deixar claro que a união estável é reconhecida somente entre homem e mulher, a Constituição Federal, sob o critério sexual, excluiu outras uniões afetivas entre seres humanos. Portanto, de uma certa forma, a Constituição violou o princípio da igualdade, nela mesmo insculpido no art. 5º, na medida em que considerou família a união conjugal de seres humanos de sexos opostos, mas deixou de albergar a união, quando se tratar de seres humanos de mesmo sexo.

O argumento religioso proibindo tal união cai por terra, na medida em que o Estado formalmente se tornou laico, e mesmo que não fosse, poderia ser encontrado o outro argumento religioso acima mencionado, ainda mais espiritualizado.

O argumento sexual contrário a tal união, também não pode prosperar em razão de que não se pode discriminar ninguém pelo critério sexual, de acordo com o art. 5º da CF.

O argumento de procriação menos ainda, pois, caso contrário, não se poderia caracterizar uma união estável caso os seres humanos que nela vivessem tivessem optado deliberadamente por deixar de procriar. Dois seres

¹⁷⁶ Especialmente nos dias atuais em que é possível a reprodução assistida, ou seja, a procriação independentemente do ato sexual.

¹⁷⁷ Mat. 18, 20.

humanos de sexos opostos podem se unir em união estável e formar uma família, ainda que não tenham intenção de gerar filhos nem tampouco intenção de adotá-los. Também nada se pode garantir que estes seres humanos, por serem de sexos opostos praticam qualquer relação sexual. Podem praticar ou não.

O que importa, e aí está, ao nosso ver, o novo passo a ser dado, não é o ato sexual em si, mas sim a relação afetiva que existe entre os seres humanos. Ou seja, o Estado, quando reconhece a união de seres humanos de sexos opostos, mas não de seres humanos com o mesmo sexo, entra em uma seara que não lhe diz respeito, que está adstrita às relações sexuais. Esse valor advém, como visto, da religião, e salvo pelo aspecto da fé (que também pode ser controvertido dependendo do texto bíblico a que se toma por fundamento), não pode ser justificado pela ciência ¹⁷⁸.

O mesmo problema ocorre com relações afetivas que não tem laço consangüíneo ou sexual. Como veremos a seguir, existem algumas famílias que são constituídas por seres humanos que têm laços afetivos, sem parentesco, que residem junto, não têm relação sexual, mas vivem como se formassem uma família.

Esse é um outro grupo de seres humanos que também não tem o status de família reconhecido pela Constituição Federal porque não possuem vínculo sexual de sexos opostos, nem tampouco, vínculo consangüíneo. A questão a ser tratada aqui, sem dúvida, é ainda mais delicada do que a união homossexual, pois seria considerar família aquela união de seres humanos que não tem fins de procriação, mas sim, como única finalidade a proteção, sustento, e formação de um ambiente psíquico favorável para o desenvolvimento de seu membros.

¹⁷⁸ “ (...) em 1973, a Associação Psiquiátrica Americana retirou a homossexualidade da lista de transtornos mentais, decisão essa que foi seguida pela Associação Americana de Psicologia, pela Associação Brasileira de Psiquiatria, pelo Conselho Federal de Medicina e pela Organização Mundial de Saúde. Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia emitiu uma resolução (n 1/99) que proíbe expressamente qualquer psicólogo de fornecer tratamento a homossexuais com o objetivo de “cura” (Sérgio Gomes da Silva, “Alerj quer curar homossexuais”, artigo publicado no site do Ministério da Saúde)

Poderíamos dizer que o afeto que permeia essa união seria do tipo *filia*, ou *caritas*, e não *storgé*. Ao deixar de legislar sobre essas relações exclusivamente afetivas, pode-se surgir, situação hipotética em que um sobrinho que viva com um tio, mais idoso, lhe dá todo o sustento moral e psicológico em vida, e porém, por falta de disposição testamentária e legal, o único filho deste tio com quem há muitos anos ele não tinha qualquer vínculo afetivo, tenha direitos exclusivos sobre a sua herança em detrimento do sobrinho que a ele deu amparo por toda a sua vida.

A mesma injustiça pode acontecer com dois irmãos que residem juntos, pois são órfãos de mãe, e o pai os abandonou, e não lhes prestou qualquer auxílio. Não se casam, aumentam seu patrimônio, dão-se mútua assistência, e depois de algum tempo, um deles vem a falecer. O pai indigno herda a herança do filho, em detrimento do irmão que o acompanhara e assistira em vida. O legislador poderia prever também esse grupo familiar para fins de proteção do Estado.

Mas essas exclusões, que podem levar à injustiças, sem sombra de dúvida, não tiram o brilho do legislador constituinte de 1988. Como foi visto, o avanço entre o conceito de família de antigamente, e o que hoje está cristalizado na Constituição foi enorme. O direito já deu um grande passo para atender aos anseios sociais e de inclusão das minorias. O próximo passo também terá o seu tempo de maturação e de realização, que sem dúvida, será extirpar de toda e qualquer legislação, a diferenciação sexual entre os seres humanos, e com isso, atender, sem contradição ao princípio supremo do art. 5º que reza: *todos são iguais perante a lei*.

Além disso, o conceito jurídico de família deverá se basear não mais nos laços sanguíneos, mas nos laços afetivos, embora sejam estes últimos mais difíceis de se identificar.

3.5 As famílias existentes no Brasil

A Constituição de 1988 deu um avanço na humanização da sociedade, reconhecendo a união estável e legitimando, de uma vez por todas, os filhos havidos fora do pacto matrimonial. Mas, ainda há progresso por vir neste campo, com o objetivo de inclusão social, e proteção do Estado, a outras entidades que, ainda não foram reconhecidas como famílias pela Carta Magna vigente.

O IBGE fez uma pesquisa denominada PNAD (Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios) ¹⁷⁹ constando onze *unidades de vivência* no Brasil, ou seja, onze diferentes conjuntos de seres humanos vivendo em um mesmo teto. São eles:

- 1) seres humanos heterossexuais, casados, com filhos biológicos;
- 2) seres humanos heterossexuais, casados, com filhos biológicos e/ou filhos adotivos;
- 3) seres humanos heterossexuais, em união estável não formalizada, com filhos biológicos;
- 4) seres humanos heterossexuais, em união estável não formalizada, com filhos biológicos e/ou adotivos;
- 5) ascendente com filho(s) biológico(s);
- 6) ascendente com filho(s) biológico(s) e/ou adotivo(s);
- 7) união concubinária (quando há impedimento para casar de um ou de ambos concubinos) com ou sem filhos;
- 8) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie (p.ex.,: grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais);
- 9) seres humanos sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- 10) seres humanos homossexuais, com relação de caráter afetivo e sexual;

¹⁷⁹ Paulo Luiz Netto Lôbo, *Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*.

11) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.

As únicas unidades de vivência que não estão albergadas pelo art. 226 da Constituição Federal como sendo família, se referem às dos itens 9 ao 11. As unidades de vivência do item 9, ou seja, as formadas por seres humanos sem laço sanguíneo de parentesco, porém, com afeto, e sem qualquer vínculo sexual, não estão amparadas pelo ordenamento jurídico, na medida em que não são consideradas família. Imagina-se, por exemplo, que um filho abandonado por seus pais, e que, por isso, jamais tenha tido qualquer relação de afetividade com eles, tenha construído patrimônio, e viva, com laços de afetividade, sem qualquer finalidade sexual e econômica, com um primo distante, ou um amigo, e que assim passam juntos por toda a vida. Vindo a falecer esse ser humano, para fins sucessórios, por exemplo, o Estado protegerá os pais deste ser, em detrimento daquele outro, que o acompanhou durante toda a sua vida, e lhe deu apoio emocional. Interessante constar a importância do aspecto sanguíneo para a proteção Estatal em detrimento da afetividade. A mesma injustiça poderá acontecer com as comunidades de vivência descritas nos itens 10 e 11, supra.

Desta forma, se houve evolução com relação à maior inclusão de grupo de seres humanos caracterizando-os como família, o direito ainda poderá ampliar ainda mais o seu leque, abrangendo também, em um momento futuro, as comunidades de vivência dos seres humanos que vivam juntos com laços de afetividade, ainda que não tenham laços de parentesco, nem qualquer finalidade sexual. E se tiverem finalidade sexual, que não seja a heterossexual, o Estado, também, a não ser que seja comprovada a nocividade desta relação para a educação infantil, não poderá discriminá-la sob pena de violar o disposto no caput do art. 5º da Constituição Federal .

3.6 Distinções entre o casamento e a união estável

O legislador através do art. 226, § 3º, da Constituição de 1988, reconheceu a existência das uniões estáveis, considerando-as como entidades familiares, e garantiu-lhes a proteção estatal. As Leis n. 8.971/94 e 9278/96, bem como os arts. 1723 a 1725 do Código Civil equipararam as uniões estáveis ao casamento.

Todavia, o fato destas duas relações jurídicas terem sido equiparadas não quer dizer que são iguais. Se por um lado o casamento deixa claro, primeiramente a aquisição de uma nova identidade ao ser humano, de um ser casado, bem como, também esclarece aos seres humanos e àqueles que os cercam, as questões patrimoniais que envolvem referido relacionamento, por outro lado, a união estável não deixa claras estas questões.

Primeiramente porque, o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, não definiu expressamente o que seria a união estável, ou seja, qual seria o grau de estabilidade exigido na relação homem e mulher para que fosse considerada uma entidade familiar. Tal regulamentação ficou a cargo da lei federal, que assim o fez, primeiramente por meio da Lei n. 8.971/94, dizendo em seu artigo:

Art. 1º. A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n.5.478 de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prova a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Assim, a referida lei atribuiu direitos aos companheiros desde que, vivessem juntos *há mais de cinco anos* ou tivessem *prole*. Estes dois seriam os requisitos para a consideração da união estável.

A Lei nº9.278/1996 foi mais explícita ao dizer em seu artigo 1º, ser *“reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua,*

de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

De acordo com o referido artigo, há necessidade de que essa convivência seja duradoura, pública e contínua, e com o objetivo de constituição de família, para ser considerada uma entidade familiar.

A redação deste artigo dá muita margem a dúvidas.

O primeiro requisito, ou seja, de que a relação seja duradoura, é absolutamente subjetivo, e aí parece que o legislador agiu mal ao deixar de considerar um prazo objetivo, conforme constava na lei anterior. Ainda que reduzisse tal prazo para 1 ano, que fosse, deveria o legislador ter mantido um critério temporal objetivo para reconhecimento de direitos e deveres de companheiros. Poderão dizer, os mais românticos, que não haverá diferença no afeto de uma relação de 11 meses e 29 dias caso se estenda a 12 meses e 1 dia. De fato, não haveria. Mas, se a lei tivesse previsto um critério temporal objetivo, a forma dos seres humanos enxergarem tal relação poderia ser mais clara, especialmente, naquelas relações, onde não há prole, e sejam inferiores há 5 anos.

O que o direito precisa fazer é caracterizar objetivamente o contrato para que os seres humanos que a ele adiram não o façam de forma equivocada achando que estão aderindo um ao invés de outro.

Se dois seres humanos começam a se relacionar, até um determinado ponto, pode-se admitir que ambos tenham consciência que seja um contrato de namoro. Quando o namoro fica um pouco mais sério, e ambos os seres humanos começam a estar mais próximos, iniciam uma fase cinzenta, não só de identidade, como de proteção jurídica. Um ser humano pode estar na relação achando que ela é uma coisa, e o outro, achando que é outra. Ou seja, a manifestação da vontade no contrato pode ser diferente para cada companheiro: um pode

considerar que está em um simples namoro, enquanto que o outro, pode considerar que a mesma relação caracteriza uma união estável, sendo equiparada a um casamento com regime de comunhão parcial de bens (art. 1725 do CC).

Todavia, mesmo que o direito estabelecesse um critério temporal objetivo, com relação a durabilidade da relação, surgiria um outro problema, que seria o estabelecimento do termo *a quo* para contagem deste prazo.

Com relação aos dois outros caracteres nos parece que não há grandes dificuldades: a *publicidade* tem a conotação de não se caracterizar uma relação às escondidas, que não pode ser mostrada em público por questões de impedimento ou suspensão (art. 1521, art. 1523 e art. 1723, § 1º, do CC), o que pode até demonstrar a má-fé dos companheiros, ou por não ser uma relação séria e comprometida; e, a *continuidade*, que, pela própria definição da palavra, demonstra não ser uma relação eventual, ou esporádica, que também tiraria a seriedade e o comprometimento dos seres humanos.

O grande impasse certamente estará no reconhecimento da finalidade da relação, especialmente, se dela não houver filhos. O referido artigo 1º diz expressamente que tal relação, para ser considerada união estável, deveria ser *estabelecida com o objetivo de constituição de família*. Esse critério também ficou subjetivo. Difícil detectar qual seria o objetivo da relação, especialmente, em se tratando de haver, como se verá no capítulo a seguir, várias acepções da idéia de família.

Muitos entendem que a relação entre dois seres humanos que não queiram ter filhos, ou por opção de não os tê-los, ou porque já os tiveram de outras relações, não pode ser configurada família. A família se forma com os pais e seus filhos, sejam naturais ou adotivos, dizem estes.

Maria Helena Diniz)¹⁸⁰ define no sentido *restrito* da família como *o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, arts. 1567 e 1716)*.. Percebe-se que, nesta acepção, somente os cônjuges, sem a prole, não são considerados como sendo uma família.

E é essa acepção jurídica que mais se encontra no vocabulário popular ¹⁸¹; Se essa fosse a acepção da lei, a união estável só poderia ser considerada entidade familiar, se os companheiros estivessem se preparando para ter filhos. Ou seja, neste sentido, a união estável, como entidade familiar, seria a semente de uma família, e não uma família propriamente dita, que só seria caracterizada com a vinda dos filhos. A união estável seria um projeto de uma família

Discordamos de tal posicionamento, no sentido de que estando presentes os caracteres da união estável, ela, em si, já deve ser considerada uma entidade familiar, independentemente de ter ou não filhos. É o afeto, a responsabilidade, a preocupação psicológica e material, um com o outro, que deve caracterizar essa união estável.

Ademais, para complicar ainda mais a caracterização da união estável, o legislador entendeu por bem, não considerar como direito e dever dos companheiros, duas cláusulas importantíssimas do casamento, que já estavam previstas pelo Código Civil de 1916 (que são mantidas pelo Código de 2002): *a fidelidade e a moradia em comum no domicílio conjugal*.

A fidelidade não é um dever legal na união estável. Morar junto, também não. Ou seja, uma relação onde não há fidelidade, e os seres humanos não

¹⁸⁰ *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 9 e 10.

¹⁸¹ Família: 1. grupo de pessoas vivendo sob o mesmo teto (esp. O pai, a mãe e os filhos) 2. grupo de pessoas que têm uma ancestralidade comum ou que provêm de um mesmo tronco. 3. pessoas ligadas entre si pelo casamento e pela filiação ou, excepcionalmente, pela adoção.”,(Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, verbete correspondente).

residem no mesmo teto, pode ser considerada uma união estável, com tratamento jurídico muito semelhante aquele do casamento.

Aqui, ao meu ver, o legislador querendo inovar e ser liberal, aumentou ainda mais a dificuldade na caracterização jurídica de uma relação como união estável. A grande parte dos namoros não tem um compromisso sério de fidelidade, nem tampouco de residência no mesmo teto, embora tenham uma relação *duradoura, pública, com objetivo de constituição de família*.

Portanto, ao abrir demais o leque da união estável, o legislador pode ter transformado, com esses caracteres, um simples namoro em uma união estável. A lacuna da legislação está sendo preenchida pelas diversas decisões judiciais, aplicando-se o bom senso do juiz em cada caso concreto.

De todo modo, o que se percebe é que, embora possam os seres humanos estar vivendo em uma união estável, com direitos e obrigações, podem eles não estarem conscientes desta condição contratual, achando que estão em um simples namoro. Se a concepção da relação for comum, muito que bem, porque não haverá qualquer litígio. Mas, se a concepção for diferente, a subjetividade da lei contribui para a existência de conflitos sociais que seriam desnecessários caso a lei tivesse critérios objetivos.

Não se pode eximir também a responsabilidade dos seres humanos que vivem nesta zona cinzenta, da dificuldade de caracterização jurídica da relação. O casamento civil é um ato gratuito, e facilitado pelo Estado (art. 226, § 1º, da Constituição Federal). O casamento religioso também não tem grandes empecilhos e tem efeito civil (art. 226, § 2º, da Constituição Federal).

Ademais, como ensina Cassier, o ser humano é um ser simbólico e portanto atribui valores a determinados símbolos. O casamento é um símbolo, e portanto, toca na alma humana. A união estável pode até ser considerada um símbolo, mas é um símbolo obscuro, porque não há um ritual nela envolvido, a

não ser que os companheiros realizem um ato, assinem um contrato, e estabeleçam entre si, e para aqueles que os cercam, tal relacionamento como sendo, de fato, e de direito, uma união estável.

O que acontece, na maior parte das vezes, é que as pessoas namoram, começam a morar juntos ou não, vão com o tempo se aproximando, e por inércia, deixam de realizar o ato simbólico do casamento, que lhes garante uma identidade definida, um estado civil objetivo, e ainda, estabelece de forma clara e precisa, os direitos e as obrigações de cada um, especialmente com o regime de bens.

Embora a união estável seja reconhecida pela Constituição Federal e pela legislação civil, a sua declaração, tal como no casamento, se deve dar por intervenção Estatal, porém não ao juiz de paz, com assento no Registro Civil, mas sim por um juiz de direito, através da ação de reconhecimento de união estável, ou declaração em autos de inventário, por exemplo, mas sempre por meio de decisão judicial.

Desta forma, a declaração de união estável está vinculada a um ato estatal, e mediante a produção de todas as provas necessárias para a sua caracterização. Os seres humanos que adotam essa relação, estão submetidos à necessidade de prová-la perante o juiz, para que somente depois possam ver resguardados seus direitos.

Não estando no Registro Civil assentada a união estável, por meio da sua conversão em casamento, o ser humano que esteja nesta condição poderá alienar seus bens independentemente do consentimento do companheiro(a), prestar fiança em contrato de locação, enfim, praticar todos os atos civis de uma pessoa solteira, embora esteja vivendo em união estável.

Ademais, em caso de falecimento, caso deseje se habilitar, deverá fazer exaustiva prova de convivência em união estável, com a possibilidade

desagradável de ser contestada por outros herdeiros, em uma ação judicial que pode levar, em São Paulo, pelo menos 10 anos para transitar em julgado, ao passo, que na hipótese de já se ter consolidada a relação por meio do casamento, tal *via crucis* é encurtada, com um simples ato, gratuito, puramente simbólico, mas que garante todos os direitos daqueles que o contraem.

Ademais, estar em união estável, sem o dever legal de fidelidade, nem de moradia em comum no domicílio conjugal, pode levar o ser humano a se engajar em outra relação estável, admitindo-se, pela via torta, relações poligâmicas, que apesar de não caracterizarem a bigamia pelo seu aspecto formal, ou seja, pela ausência da formalidade do casamento, caracterizariam a bigamia pelo aspecto material, ou seja, a existência de dois relacionamentos em união estável.

O Estado ao proteger a família e o casamento, o fez também, como forma de seleção parental, conforme evolução das famílias, explicadas anteriormente, impedindo inclusive que se estabeleça mais de um casamento. Ocorre que, se o Estado admite a união estável, sem fidelidade, e sem moradia em comum, admite também, sem sombra de dúvida, que um ser humano possa participar de duas ou mais uniões estáveis, sendo o(a)s companheiro(a)s, possuidores dos mesmos direitos e obrigações, o que não ocorre com o(a)s concubina(o)s que vivem paralelamente ao casamento.

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal negou o pedido de pensão à concubina, Joana da Paixão, justamente porque o falecido, Valdemar de Amor Divino Santos, era casado¹⁸². A relação então, não era de companheirismo, mas sim de concubinato. Esse foi um caso célebre especialmente pelo nome dos envolvidos, Amor Divino, e João da Paixão, e porque o falecido tinha onze filhos com a esposa, com a qual foi casado até o óbito, e nove filhos, com a concubina.

¹⁸² ANEXO I

A questão da importância da linguagem, e conseqüência da simbologia (pois cada palavra constitui um símbolo) foi bem traduzida na própria ementa do acórdão: “*COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.*”

Pois bem, neste caso, foi negada a pensão porque embora a concubina tivesse tido 9 filhos com o falecido, prevaleceu o ato simbólico do casamento, como sendo a forma originária e legítima de se constituir família. O que se extrai desta decisão da Corte Maior é justamente a importância da caracterização dos institutos, a fim de que se possa aplicar corretamente a distribuição dos direitos e obrigações.

Na medida em que os seres humanos, por inércia, ou qualquer outra razão, deixam de definir seu estado civil por meio do casamento civil ou religioso, e ainda, deixam de declarar por escrito estarem vivendo em união estável (o que é permitido pelo art. 1725 do Código Civil), ficam suscetíveis a uma zona cinzenta de definição legal, que terão que comprovar judicialmente, e aguardar a decisão judicial.

O que se quer dizer com isso, é que o fato do Estado ter reconhecido a união estável, e lhe dado proteção, não quer dizer que ela possa substituir o casamento, havendo profundas diferenças, como se viu, entre um e outro instituto.

4. A proteção do Estado à família

A primeira questão que surge com relação à proteção estatal à família diz respeito à necessidade desta proteção. Cabe, de fato, ao Estado proteger a família, ou ela deve estar vinculada apenas a Igreja, ou a outros órgãos de evolução moral e/ou espiritual.

Apenas hoje, por meio do art. 226 da Constituição Federal, o Estado reconhece que a família é a base da sociedade. Se a família é a base da sociedade, o Estado não poderia deixar a família de lado, sem proteção especial. Embora não reconhecesse isso, expressamente, o Estado já protegia a família desde há muito tempo. Os critérios de proteção estatal à família foram evoluindo com o tempo, especialmente, com o afastamento do Estado da Igreja.

4.1. Do controle da seleção parental

O primeiro importante aspecto da proteção estatal à família se refere à seleção parental. Pela evolução das famílias de acordo com Engels, ou seja, *consangüíneas*, *punaluanas*, *sindiásmicas*, e *monogâmicas*, sendo esta última observada no período de civilização, a questão fundamental de sua diferenciação foi ao impedimento de relações sexuais incestuosas¹⁸³.

Nas famílias consangüíneas era proibida a relação sexual dos ascendentes com descendentes, o que Lacan chamou ser a primeira lei, a Lei do Pai¹⁸⁴. Nas *punaluanas*, a proibição se estendeu para os primos de primeiro grau, porém continuavam haver poligâmias e poliandrias. Não havia exclusividade. Nas famílias *sindiásmicas*, permaneceu a proibição do casamento com primos de

¹⁸³ “Naturalmente não era de se esperar que a vida sexual desses canibais pobres e desnudos fosse moral no nosso sentido ou que seus instintos sexuais estivessem sujeitos a um elevado grau de qualquer restrição. Entretanto, verificamos que eles estabelecem para si próprios, com o maior escrúpulo e o mais severo rigor, o propósito de evitar relações sexuais incestuosas. Na verdade toda a sua organização social parece servir a esse intuito ou estar relacionada com sua consecução.” (Sigmund Freud, *Totem e Tabu*, p. 13).

¹⁸⁴ Rodrigo Pereira da Cunha, *Direito de Família – Uma abordagem psicanalítica*, p.19.

primeiro grau, porém, a poliandria já não era observada, dando-se lugar exclusivo à poligamia. As mulheres mandavam no lar, porém não tinham exclusividade de marido.

Porém eram exclusivas aos (e não dos) maridos, o que, na época, para elas, foi motivo de ascensão, ou seja, foi um direito conquistado pelas mulheres serem de apenas um marido, o que para o homem seria uma restrição ao direito, o que aponta, desde então, uma possível diferenciação física entre os dois gêneros.

Na família monogâmica, criação da civilização, iniciou um período de proibição, não apenas de relações sexuais com as primas, mas também, de proibição com a esposa de outro ser humano. O mesmo continuou servindo para as mulheres.

Seguindo a evolução da cultura referente à seleção parental, o Brasil-Colônia, submetido ao Estado Português, por meio das Ordenações Filipinas que aqui estavam vigentes, entendeu por bem proteger a família (ainda que esta intenção não tenha sido expressa), por meio da seleção parental, agora positivada: Rezava o Livro 5 – Título 17 das Ordenações:

“Dos que dormem com suas parentas, e afins

“Qualquer homem, que dormir com sua filha, ou com qualquer outra sua descendente, ou com sua mãe, ou outra sua ascendente, sejam queimados, e olla também, e ambos feitos per fogo em pó.

“1. E se algum dormir com sua irmã, nora, ou madrasta postoque sejam viúvas, ou com sua enteada, postoque a mãe seja falecida, ou com sua sogra, ainda que a filha já seja defuncta, morrerão elle e ella morte natural”

“2. E o que dormir com sua thia, irmã de seu pai, ou mãe, ou com sua prima co-irmã, ou com outra sua parenta no segundo grão, contado segundo o Direito Canônico, seja degradado dez

annos para a África, e ella cinco para o Brazil....” (Livro 5 – Título 17).¹⁸⁵

De qualquer modo, o que importa aqui é demonstrar a preocupação do Estado com relação à seleção parental, decorrente do conhecimento obtido ao longo de milênios de evolução do ser humano, proibindo a relação sexual, de ascendente com descendente, com colaterais, até o segundo grau. Esse portanto, seria o primeiro aspecto de proteção do Estado à família, que remonta à proibição aos tempos remotos dos seres humanos selvagens das famílias *punaluanas* e *sindiásmicas*, tendo figurado como a primeira Lei a lei do pai, que proibia o incesto, e assim por diante, até os dias atuais.

Hoje em dia, o Código Civil proíbe o casamento entre “os irmãos, unilaterais ou bilateris, e demais colaterais, até o terceiro grau” (art. 1521), permitindo contudo, excepcionalmente, e por vigência do Decreto nº3.200/41, o casamento de colaterais de terceiro grau, apenas após preenchidas as formalidades do referido dispositivo legal, entre elas, o dever dos colaterais de terceiro grau, requerer

“ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos de reconhecida capacidade, isentos de suspeição para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio.” (art.2º)

Diante do teor do referido dispositivo legal, vê-se que a norma da seleção parental tem a finalidade de evitar que os seres humanos gerem seres humanos com problemas de saúde, em razão da proximidade do grau de parentesco. Ou seja, o conhecimento intuitivo ou experimental dos seres humanos selvagens, hoje possui conhecimento científico, na medida em que se sabe que a proximidade parental, diminui a diversidade genética e aumenta o risco de doenças genéticas. Isso significa que esse conhecimento é inserido no direito, por

¹⁸⁵ Na apenação desta última conduta havia um problema maior: previa a lei o degredo de um dos culpados para o Brasil; como cumpri-la, fosse o crime praticado aqui mesmo no Brasil?

meio da proibição absoluta de colaterais até o segundo grau de se casarem, e a proibição relativa dos colaterais de terceiro grau para proceder tal união.

4.2 Da manutenção da monogamia

O segundo aspecto da proteção estatal à família diz respeito à manutenção da monogamia, através da proibição da bigamia e do adultério. A bigamia estava tipificada como crime no Brasil-Colonial no título XIX do Livro V das Ordenações Filipinas, que determinava:

“Todo homem, que sendo casado e recebido com huma mulher, e não sendo o Matrimônio julgado por inválido per Juízo da Igreja, se com outra casar, e se receber, morra por isso”. ... E, esta mesma pena haja toda a mulher que dous maridos receber, e com elles casar pela sobredita maneira...”

Esta conduta criminal continuou vigorando no Código Penal do Império, em 1830, no Código Republicano de 1890, e está sendo mantida até os dias atuais, no art. 235 do Código Penal vigente, que prevê a pena de *reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos* para aquele que contrair, “*sendo casado, novo casamento*”, reduzindo a pena de 1 (um) a 3 (três) anos ao solteiro, que casar com outro ser humano casado anteriormente, desde que tenha prévio conhecimento (art. 235, §1º, do CP).

O adultério, por sua vez, também constituía crime nas Ordenações Filipinas, punido inclusive com a morte.

“Do que dorme com mulher casada.
Mandamos que o homem, que dormir com mulher casada, e que em fama de casada stiver, morra por ello.”
(Livro 5 – Título. 25)

No Código Penal do Império (1830), no Código Penal Republicano (1890), e no atual Código Penal, esta conduta também foi caracterizada como crime até 2005, com o advento da Lei n. 11.106, de 28.03.2005, que em seu art. 5º revogou

o art. 240 do CP. Ou seja, apenas a partir de março de 2005 que o adultério deixou de ser considerado crime.

Todavia, permaneceu no art. 1566 do Código Civil de 2002 a obrigação de fidelidade dos cônjuges, o que garante, para o cônjuge inocente o direito de obter a reparação civil, pelos danos sofridos em razão do adultério, o que já não ocorre para aqueles que estão em união estável, uma vez que a fidelidade não é uma obrigação deste tipo de relação (art. 2º da Lei nº9.278/96).

Essa evolução legislativa demonstra a diminuição do rigor na punição do adultério. Na medida em que o Estado deixa de intervir com vigor nesta conduta dos seres humanos, excluindo-a da tipificação criminal, reconhece que pouco há nela de interesse público a ser amparado. Porém, se o Estado mantém o dever de fidelidade aos cônjuges casados, admite que a violação desta cláusula, pode gerar direito de indenização, bem como de ruptura culposa do laço matrimonial, mas apenas na esfera particular, ou seja, de interesses individuais e não públicos.

4.3. Da possibilidade de dissolução do casamento

Como objetivo de proteger a família, o Estado, reverberando valores religiosos entendeu por bem, até 1977 impedir a dissolubilidade do casamento. Não só impedia o divórcio, mas definia nas sucessivas Constituições Federais, de 1934 até 1977 que a *família era constituída pelo casamento*, e esse *indissolúvel*.

A intenção do Estado, sem dúvida, era de proteger a família. Todavia, o que se viu, foi uma modificação do conceito de família, deixando de se diferenciar a família legítima (havia pelo casamento) e a ilegítima (havia fora do casamento). Essa definição de família já estava obsoleta em 1977, e por conta disso, o Estado entendeu por bem, em defesa da família e atendendo os anseios sociais, permitir a dissolubilidade do casamento por meio do divórcio. A Emenda Constitucional n. 9, de 1977, permitiu que o casamento fosse finalizado por meio

do divórcio, permitindo ainda, que os seres humanos divorciados assumissem novo casamento.

A interessante questão aqui, diz respeito não ao fato de que esta atitude estatal tenha lesado a família, ou a tenha desprotegido. Muito pelo contrário! O fato do Estado permitir o divórcio não quer dizer que ele não estivesse mais protegendo a família, mas sim, adotando um novo método para alcançar o mesmo fim. Em meados do século XX com o movimento feminista as famílias foram se mostrando desatualizadas, com as mulheres tendo que permanecer sob o jugo do marido, e sem direito a mercado de trabalho e de conhecimento. Foi durante este século XX que as mulheres brasileiras entraram no mercado de trabalho e começaram a ser detentoras e administradoras do capital, prezando por direitos iguais.

Enfim, aquelas famílias que não se adaptavam a nova realidade, era desfeitas, e, criou-se uma situação de fato, onde mulheres desquitadas eram discriminadas, e as novas famílias por elas constituídas, taxadas como famílias ilegítimas, embora nelas houvesse o afeto, a cumplicidade, e o amparo econômico e psíquico. Ou seja, antes do divórcio, muitas famílias eram vítimas de preconceitos, em razão do “pecado” perpetrado com a separação. Eram punidas severa e socialmente por essa condição à margem da lei.

O Estado sensibilizado com esta situação inclui essas novas famílias, tirando-as da situação anterior profana (na medida em que o casamento do separado não era permitido), e possibilitando-as ao ingresso no sagrado, ou seja, com a permissão do casamento.

Assim, o mesmo Estado que visava proteger a família por meio da indissolubilidade do casamento, com o mesmo fim, alterou o método, prevendo o divórcio, e com isso, a manutenção do casamento apenas daqueles que realmente o desejassem. Não há dúvidas que a voluntariedade na constituição do casamento, e agora, mais do que nunca, na sua dissolução, contribuiu para a

manutenção de uma família, com seres humanos que se sintam livres, o que por certo, ainda que haja abusos na utilização da figura do divórcio nesta fase de transição social, contribui e contribuirá para o bem da família.

4.4. A proteção especial segundo à Constituição Federal

Toda a proteção legislativa ao indivíduo, com aqueles direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal de um determinado ponto, acaba protegendo à família. Na medida em que o Estado protege o indivíduo, também protege a família, pois esta é formada pelo conjunto de indivíduos. Da mesma forma, quando o Estado protege o bem social, e portando os interesses difusos e coletivos, e o patrimônio público, e ainda, a própria natureza, preservando as florestas, a fauna e a flora (art.23, VII da CF), também está protegendo a família, que é base da sociedade (art. 226 da CF).

Todavia, o Estado entendeu por bem, no art. 226, declarar ser a família, *base da sociedade*, garantindo-lhe, *proteção especial*. O art. 227 §3º da Constituição Federal enumerou os aspectos pelos quais o estado protegerá especialmente a família. São eles:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII¹⁸⁶

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas

III – garantia de acesso ao trabalhador adolescente à escola

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade;

¹⁸⁶ Art. 7º. XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) anos.

VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins;”

Não nos parece razoável ter esses dispositivos como exaustivos, ou seja, limitando totalmente a proteção do estado à família. Depreende-se da Constituição Federal, outras normas que dão proteção especial à família, ainda que dirigidas especialmente a alguns de seus membros, como p.ex., licença a gestante (art. 7º, XVIII) e licença paternidade (art. 7º, XIX), bem como o fato de ser dever solidário do Estado, à família e à sociedade, de “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (art.227), bem como auxílio e amparo ao idoso (art. 230).

CONCLUSÃO

No início do trabalho vimos que a alma humana está em movimento. Inclusive, segundo Platão, ela em si, seria um próprio movimento, com a propriedade de movimentar-se a si mesmo.

Esse movimento da alma humana tem o sentido de aperfeiçoar-se com a finalidade de se sentir melhor, de se sentir bem e ser mais feliz. Esta felicidade está longe de ser aquela exclusiva dos prazeres dos animais, como comer, beber, procriar, ou desejar poder.

Vimos também, que a espécie humana está em evolução, tendo saído da sua condição de selvageria, passado à barbárie, e se encontrando hoje na civilização. Este processo envolveu a evolução da cultura, da moral, da ética, e conseqüentemente do direito.

Segundo Aristóteles, a afeição entre os seres humanos depende da relação entre o marido e a esposa, e entre os filhos. Para ele, como dito anteriormente, *“num Estado em que esposas e filhos sejam partilhados, a afeição, inevitavelmente, será mínima, com o pai incapaz de dizer “meu filho”, e com o filho incapaz de dizer “meu pai”*.¹⁸⁷

Os sentimentos de afeição e solidariedade que nascem dentro do casamento e da família têm profunda importância para o Estado, na medida em que, sem essas relações, *“como o mínimo de vinho doce dissolvido numa grande quantidade de água, não revela o seu gosto, assim também os sentimentos de solidariedade tornar-se-iam diluídos até o nada”*¹⁸⁸.

É interessante notar, que na sociedade contemporânea, dita civilizada, os relacionamentos tendem a ser superficiais, sem laços profundos, sem afetividade

¹⁸⁷ Aristóteles, *Política*, p.174-175.

¹⁸⁸ Op. Citada

verdadeira. As instituições perderam seu valor, e o individualismo está prevalecendo sobre a solidariedade. O sentimento que sobrevive às essas tendências, como diz Luc Ferry, é justamente o que une pais e filhos. Dificilmente, alguém estaria disposto a morrer hoje pela pátria, pela religião, pela verdade, por idealismo, mas ainda se encontram, muitos pais e muitas mães que dariam a vida por seus filhos, sendo esse um sentimento até mesmo normal.

Isso significa que se alguém está disposto a dar a sua própria vida por um filho, quer dizer que esta relação tem seu valor supremo, ou seja, sobre todos os outros valores. Este sentimento que sobrevive a civilização, aos sentimentos de consumo, superficiais, tem prevalência, sobre todos os outros.

Por isso, importante observar que, pelas vias normais, para que alguém possa ter um filho, deve se unir sexualmente a outro alguém. O matrimônio, sem dúvida, não é necessário para que duas pessoas tenham filhos. O simples namoro, ou até mesmo uma relação sexual eventual, pode fazer com que os seres humanos procriem. Porém, é o matrimônio o instituto mais utilizado pelos seres humanos para terem e educarem filhos.

Todavia, este amor entre um pai e um filho tem um aspecto importante. é um amor vertical. Ou seja, um amor que, normalmente, é mais intenso por parte do pai ou da mãe, em direção ao filho, e menos intenso do sentido oposto. Há uma hierarquia entre as pessoas que compartilham este amor. Dizem os antepassados que “um pai trata dez filho, mas dez filho não tratam de um pai.”, o que quer dizer que o afeto é maior de ascendente para descendente do que de descendente para ascendente.

O amor conjugal, por sua vez, é um amor horizontal, onde um pode se igualar ao outro. O casamento pode agir como uma forma de um ser humano acessar o seu inconsciente espelhando-se no outro. A esposa pode perceber que seu marido é o espelho de seu lado masculino da alma (animus), e portanto, através do marido ela pode ingressar dentro de si mesma em lugares antes por

ela desconhecidos, alcançando assim uma compreensão melhor de si, ou até mesmo a sua plenitude. O mesmo pode ocorrer com o marido, ao perceber, que sua esposa lhe dá o espelho necessário para que ele reconheça seu lado feminino da alma (anima), e com isso, tenha uma compreensão melhor de si. Neste processo junguiano, o ser humano, através do casamento, pode ter uma compreensão melhor de si, e conseqüentemente, cuidar melhor de si. Esta dialética da alma consigo mesma, mas através do outro, pode levar a consciência natural a atingir a consciência absoluta, na medida em que um cônjuge pode perceber, neste processo de revelação de sua própria alma, que o outro é ele mesmo, e com isso, a ele se funde em uma compreensão absoluta.

O que se quer dizer com isso é que o ser humano tem no matrimônio possibilidades de experimentar sentimentos extraordinários que não conseguiria experimentar sozinho. Não é, sem justificativa, que a Igreja Católica vê no casamento um sacramento, ou seja, “**sinal sagrado**, porque exprime uma realidade sagrada, espiritual; **sinal eficaz**, porque, além de simbolizar um certo efeito, produzem-no realmente; **sinal de graça**, porque transmite dons diversos da graça divina; **sinal de fé**, não somente porque supõem a fé em quem os recebe, mas porque nutrem, robustecem e exprimem a sua fé, e por fim, é um **sinal da Igreja**, porque foram confiados à Igreja”¹⁸⁹

Desta forma, além do matrimônio propiciar a possibilidade de ter filhos, e criá-los, dá ao ser humano a possibilidade de vivenciar experiências que não poderia vivenciar sozinho, tanto boas como más.

O matrimônio, tem ainda, como visto, a função social de, via de regra, permitir que os seres humanos saibam quem são seus filhos, e parentes, de forma a limitar a seleção parental, evitando-se o ato sexual entre pais e filhos, entre irmãos e irmãs, e entre primos até o terceiro grau. Desta forma, o progresso da humanidade ocorrido da vida selvagem e bárbara (com as famílias

¹⁸⁹ Op. citada

consangüíneas, punaluana, e sindiásmica), é preservado com a monogamia no ser humano civilizado. Ou seja, admitir o retrocesso da humanidade com relação à monogamia, seria, sem dúvida, deixar de reconhecer as razões que levaram nossos antepassados a modificarem o seu modo de viver em família.

É bem verdade que se deve ter em mente que o ser humano que deseje ser feliz, pode não alcançar seu fim no primeiro matrimônio. Isso, o grande número de seres humanos divorciados pode testemunhar. Mas isso não quer dizer que o instituto em si, não possa propiciar o bem aos que ele escolhem. Há aqueles que são felizes no matrimônio.

A grande questão aqui é justamente o método para se alcançar um matrimônio feliz. Os matrimônios de antigamente – não muito tempo atrás – estavam baseados na desigualdade entre o homem e a mulher. Com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, e portando, começando a administrar as suas próprias riquezas, esta desigualdade não subsiste mais na maioria dos lares. A família moderna está se adaptando a esta nova realidade, e encontrando novas funções para o homem e para a mulher na estrutura da família.

O direito, imposto pelo Estado, tem procurado se adaptar a essas mudanças. E, embora não tenha mais grandes efeitos, estando até em desuso a perquirição da culpa no momento da separação judicial, o Estado mantém as obrigações do casamento, estabelecidas no art. 1566, a nosso ver, não como uma forma de impor uma obrigação com punição aos cônjuges, mas apenas, para demonstrar a sua proteção e preocupação não apenas no âmbito patrimonial, mas também, no âmbito afetivo e moral.

Se não houvesse essa preocupação estatal com o casamento, no âmbito moral, não haveria qualquer necessidade de se manter as obrigações de fidelidade, respeito, assistência mútua, moradia em comum no domicílio conjugal, enfim, aquelas obrigações mínimas estabelecidas no Código Civil.

Talvez a lei civil não tenha a credibilidade perante os brasileiros de direcioná-los moralmente no matrimônio. Ou seja, dificilmente um ser humano brasileiro será fiel, ou residirá com a esposa ou com o marido, no domicílio conjugal, ou ainda, respeitar-se-ão mutuamente, ou se assistirão, porque constam tais obrigações no art. 1566 do Código Civil. O Estado talvez não tenha a mesma credibilidade do oráculo que salvou Ulisses, sua nau, e seus marinheiros dos encantos das sereias. Porém, mesmo assim, é conveniente que o Estado, com o seu arcabouço de conhecimento adquirido ao longo dos tempos, e materializado na lei, mantenha a luz deste dispositivo para aqueles que um dia possam segui-la.

As religiões fazem essa função aos seus fiéis. Mas o Estado, reconhecendo a família como base da sociedade, e conseqüentemente, reconhecendo o seu núcleo na relação matrimonial, deve agir em defesa do matrimônio. O direito, e no caso o art. 1566 do CC, sem dúvida é uma forma de informar o ser humano brasileiro, o que se sabe até hoje, em legislação para a manutenção do bem do matrimônio. Os fenômenos da infidelidade, do desrespeito, da falta de consideração e assistência mútua, da dificuldade de manutenção do casamento em casas separadas, foram valorados como um mal para a relação matrimonial, e portanto, os legisladores antepassados, resolveram positivar tais fatos na norma, especialmente no art. 1566 do CC.

É bem verdade que nem o Estado, nem as religiões, podem garantir que, mesmo cumprindo as normas por eles ditadas em razão de experiências passadas, o matrimônio seja feliz. É evidente, que não há garantia de alegria e felicidade constantes e duradouras. Ou seja, embora a primeira ordem tenha funcionado com Ulisses, não quer dizer que os cônjuges obedientes ao art. 1566, sejam necessariamente felizes.

Porém, deve se levar em conta que a não observância destes preceitos, pode, no mínimo aumentar o risco de que o matrimônio vá mal, da mesma forma que certamente Ulisses afundaria se não tivesse seguido o oráculo.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. 2 ed. rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 2000.

AGAMBEN, GIORGIO, **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I.**, Trad. Henrique Burigo, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Amar se aprende amando**. 29 ed., Rio de Janeiro: Record, 2005.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Juizado Especial de Família. In: **Correio Braziliense**. Brasília, ed., 24.09.2001.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa, São Paulo: Perspectiva, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. e notas Edson Bini, Bauru: Edipro, 2002.

_____. **Política**. Coleção “Os Pensadores”, Trad. Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão, São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ARMSTRONG, Karen. **Uma história de Deus: quatro milênios de busca do judaísmo, cristianismo e islamismo**. Trad. Marcos Santarrita, São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BASTOS, Eliene Ferreira e DIAS, Maria Berenice. **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BAUDELAIRE, Charles Pierre. **Paraísos artificiais**. Trad. Alexandre Ribondi, Vera Nobrega e Lúcia Nagib, Porto Alegre: L&PM, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido – Sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2003.

BECCARIA, CESARE, **Dei delitti e delle pene: a cura di Franco Venturi**; Torino: Einaudi, 1965.

_____. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BELLO, Angela Ales. **Culturas e religiões – uma leitura fenomenológica**. 2 ed. Trad. Antonio Angonese, São Paulo: Edusc, 1998

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. 2 ed., Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BERGSON, Henri. **Memória e vida**. Trad. Claudia Berliner; rev. téc./trad. Bento Prado Neto, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O pensamento e o movente: ensaios e conferências**. Trad. Bento Prado Neto, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BÍBLIA SAGRADA. Contendo o Antigo e Novo Testamento, Traduzido em português por JOÃO FERREIRA DE ALMEIDA, Ed. revista e corrigida na grafia simplificada. 83ª Edição. – Imprensa Bíblica Brasileira – Rio de Janeiro – RJ – Brasil – 1995;

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4 ed., Trad. João Ferreira, Brasília: Editora UnB, 1999.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani, Barueri: Manole, 2007.

_____. **O final da longa estrada: considerações sobre a moral e as virtudes**. Trad. Léa Novaes, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito; compiladas por Nello Morra**. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

BOHM, David. **Diálogo: comunicação e redes de convivência**. Trad. Humberto Mariotti, São Paulo: Palas Athena, 2005.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [IBGE]. As mulheres fazem história. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/mulher/mulherhistoria.html>>. Acesso em 29.01.2009.

BRASIL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p647.htm>>. Acesso em 16.02.2009

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas – Ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix-Amana Key, 2002.

CAMPBELL, Joseph. **Tu és isso: transformando a metáfora religiosa**. Trad. Marcos Malvezzi Leal, São Paulo: Madras, 2003.

CHALITA, Gabriel. **A sedução no discurso: o poder da linguagem nos tribunais de júri**. 2. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Educação: a solução está no afeto.** 4 ed. rev. e atual., São Paulo: Ed. Gente, 2004.

_____. **Histórias de professores que ninguém contou (mas que todo mundo conhece).** São Paulo: Ed. Gente, 2004.

_____. **O livro dos amores.** 1 ed., São Paulo: Atual, 2003.

_____. **Os dez mandamentos da ética.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

_____. **Pedagogia da amizade - bullying: o sofrimento das vítimas e dos agressores.** São Paulo: Ed. Gente, 2008.

_____. **Pedagogia do amor: a contribuição das histórias universais para a formação de valores das novas gerações.** São Paulo: Ed. Gente, 2003.

CLARK, William R.. **Sexo e as origens da morte.** Trad. Ryta Vinagre, Rio de Janeiro: Record, 2006.

COELHO, Francisco Pereira, e OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito da família.** 4 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes.** Trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CONFÚCIO. **Os Analectos.** Trad. do inglês de Caroline Chang, trad. do chinês de D. C. Lau, Porto Alegre: L&PM, 2007.

COSTA, José Silveira da. **Max Scheler: o personalismo ético**. São Paulo: Moderna, 1996.

DALAI LAMA XIV. **A arte da felicidade: um manual para a vida**. Trad. Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2008

ELIAS, Norbert. **A peregrinação de Watteau à ilha do amor**. Trad. do alemão Antonio Carlos Santos, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. **A sociedade dos indivíduos**. Org. Michael Schröter, Trad. Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

ELIADE, Mircea. **O Sagrado e o Profano – A essência das religiões**. Trad. Rogério Fernandes, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Trad. Ruth M. Klaus, São Paulo: Centauro, 2002.

FERNANDES, Florestan. **A função social da guerra na sociedade tupinambá**. 1 ed., Rio de Janeiro: Ed. Globo, 2006.

FERRERA, Roberto Leal. **Emílio ou Da educação**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.

FERRY, Luc. **O Homem-Deus ou O Sentido da Vida**. 3 ed., Trad. Jorge Bastos, Rio de Janeiro: Difel, 2007.

_____. **O que é uma vida bem-sucedida?**. Trad. Karina Jannini, Rio de Janeiro: Difel, 2004.

_____. Entrevista. In: **Veja** [revista semanal]. São Paulo: Ed. Abril, ed. 2083, de 22.10.2008,

FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. 2 ed., Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **História da sexualidade 2; o uso dos prazeres**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

_____. **Microfísica do poder**. Org. e Trad. Roberto Machado, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. **Problematização do sujeito: psicologia, psiquiatria e psicanálise**. 2 ed., Org. Manoel Barros da Motta, Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete, Petrópolis: Vozes, 1987.

FREUD, Sigmund. **Leonardo da Vinci e uma lembrança de sua infância; o Moisés de Michelangelo**. Trad., Walderedo Ismael de Oliveira e Órizon Carneiro Muniz, Rio de Janeiro: Imago Ed., 1997.

_____. **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. **Totem e Tabu**. Trad. Órizon Carneiro Muniz, Rio de Janeiro: Imago Ed., 1999.

GÁLIAS, Iraci. Do amor na saúde à saúde do amor. **REVISTA JUNGUIANA** [Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Analítica]. São Paulo: SBPA, v. 23, p. 107-118.

GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade: diálogos sobre o bem-estar na civilização**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GPFPP – Grupo de Pesquisa e Filosofia em Práticas Psicoterápicas. **Natureza Humana** [Revista Internacional de Filosofia e Práticas Psicoterápicas]; São Paulo: EDUC, v. I e II, n. 1 e 2; 1999/2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Para uma Filosofia da Filosofia (conceitos de filosofia)**. 2 ed., Fortaleza: Casa de José de Alencar/Programa Editorial, 1999.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: RCS Editora, 2005; e 5. ed. rev. e ampl, São Paulo : RCS Editora, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAWKING, Stephen. **Uma nova história do tempo**. Trad. Vera de Paula Assis, Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

HÉBER-SUFFRIN, Pierre. **O “Zaratustra” de Nietzsche**. Trad. Lucy Magalhães, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Trad. Paulo Meneses, 4 ed., Petrópolis-Bragança Paulista: Vozes-Editora Universitária São Francisco, 2007.

HEIDEGGER, Martin. O que é a metafísica?. Trad. Ernildo Stein, 10 ed., São Paulo: Ed. Nova Cultural, ANO?

HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Trad. Joana Ferreira da Silva, Porto (Portugal): Rés Editora, 1990,

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2 ed., Org. Richard Tuck, Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOUAISS, Antonio (org.). **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1 ed., Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

HYPOLITE, Jean. **Gênese e estrutura da fenomenologia do espírito de Hegel**. 2 ed., Trad. Sílvio Rosa Filho, 2 ed., São Paulo: Discurso Editorial, 2003.

JOÃO PAULO II. **Carta Encíclica Fides et Ratio**. 8 ed., São Paulo: Paulinas, 2005.

JUNG, Carl Gustav. **O Desenvolvimento da personalidade**. Trad. Frei Valdemar do Amaral, Petrópolis: Vozes, 1986.

_____. **Psicologia e religião**. Trad. Pe. Dom Mateus Ramalho Rocha, Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. **O Homem e seus símbolos**. 19 ed., Trad. Maria Lucia Pinho, Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, ANO

KAFKA, Franz. **O processo**. Org. Trad. Marcelo Backes, Porto Alegre: L&PM, 2007.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 2004.

_____. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Ed. Nova Cultural .ANO/EDIÇÃO

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 4 ed., Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KONDER, Leandro. **Sobre o amor**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

KOSOVSKI, Ester e PIEDADE JR., Heitor. **Vitimologia e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Vitimologia, 2005.

KUNZMANN, Peter, BURKARD, Franz-Peter, e WIEDEMANN, Franz. **Atlas de la Philosophie**. Trad. francesa Zoé Housez e Stéphane Robillard, Paris: La Pochothèque, 1999.

LA BOÉTIE, Etienne de. **Discurso sobre servidão voluntária**. Trad. Laymert Garcia dos Santos, São Paulo: Brasiliense, 2008.

LACAN, Jacques. **O triunfo da religião**. Trad. André Telles, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

LELOUP, Jean-Yves. **Jesus e Maria Madalena: para os puros, tudo é puro**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira, Petrópolis: Vozes, 2007.

LEVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia Estrutural**. Trad. Beatriz Perrone Moisés, São Paulo: Cosac-Naify, 2008.

LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda: arejando nossas idéias a respeito de amor e sexo: novas tendências**. 2 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: BestSeller, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Trad. Maria Lucia Machado, São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 6 mar. 2009.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. rev. e aum., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MALHADAS JR, Marcos Julio Olivé. **Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais**. São Paulo: LTr, 2004.

MATEOS GARCIA, Angeles. **A teoria dos valores de Miguel Reale: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico**. Trad. Talia Bugel, São Paulo: Saraiva, 1999.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. Trad. Paulo Neves, São Paulo: Cosac-Naify, 2003.

MONDIN, Battista. **Definição filosófica da pessoa humana**. Trad. Jacinta Turolo Garcia, Bauru: EDUSC, 1998.

MORRIS, Clarence. **Os Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito**. Trad. Reinaldo Guarany (trad), São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MURARO, Rose Marie. **Feminino e masculino: uma nova consciência para o encontro das diferenças**. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

NAZARETH, Eliana Riberti, PELUSO, Antonio Cezar. **Psicanálise, Direito, Sociedade – Encontros Possíveis**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NEF, Frédéric. **A linguagem: uma abordagem filosófica**. Trad. Lucy Magalhães, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A origem da tragédia**. Trad. Joaquim José de Faria, São Paulo: Centauro, 2004.

_____. **A vontade de poder**. Trad. Marcos Sinésio Pereira Fernandes, Francisco José Dias de Moraes, Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

_____. **Além do bem e do mal**. Trad. Lilian Salles Kump, São Paulo: Centauro, 2006.

_____. **Assim falava Zaratustra – Um livro para todos e para ninguém**. 2 ed., Trad. Mario Ferreira dos Santos, Petrópolis: Vozes, 2007

_____. **Ecce homo: de como a gente se torna o que a gente é**. Org. Trad. Marcelo Backes, Porto Alegre: L&PM, 2003.

_____. **Genealogia da moral: uma polêmica**. Trad. Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. **Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres**. Trad. Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, v. II, 2008.

_____. **Minha irmã e eu**. 2 ed., Trad. Rubens Eduardo Frias, São Paulo: Centauro, 2006.

_____. **O Anticristo/Ditirambos de Dionísio**. Trad. Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos**.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. SILVA. **Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil**. 22 ed., Atual. Maria Celina Bodin de Moraes, São Paulo: Forense, v. 1.

_____. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. 16 ed., Atual. Tânia da Silva Pereira, São Paulo: Forense, 2002, v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. rev. atual. ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Sergio Gischkow. **Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PLATÃO. **A república: [ou sobre a justiça, diálogo político]**. Trad. Anna Lia Amaral de Almeida Prado, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **As leis, ou da legislação e epinomis**. 1 ed., Trad. Edson Bini, Bauru: Edipro, 1999.

_____. **O banquete**. 2 ed., Trad. Albertino Pinheiro, Bauru: Edipro, 2007.

_____. **Timeu e Crítias ou A Atlântida**. Trad. Norberto de Paula Lima, Curitiba: Hemus, 2002.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial**. 3 ed., Campinas: Millennium, 2005.

PUGLIESI, Marcio. **Mitologia greco-romana: arquétipos dos deuses e heróis**. 2 ed., São Paulo: Madras, 2005.

_____. **Por uma teoria do direito: aspectos micro-sistêmicos**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

RAWLS, John. **Justice et démocratie**. Dordrecht, Pays-Bas: Éditions du Seuil, 1978.

_____. **Uma teoria da justiça**. 2 ed., Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5 ed. rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 1994.

REVISTA JUNGUIANA [Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Analítica]. São Paulo: SBPA, n. 1, 1983.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28 ed., São Paulo: Saraiva, v. 6, 2008.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Trad. André Telles, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____. **A parte obscura de nós mesmos: uma história dos perversos**. Trad. André Telles, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Confissões**. Trad. Raquel de Queiroz (livros I a X) e José Benedicto Pinto (livros XI e XII), Bauru: Edipro, 2008.

_____. **O contrato social**. Trad. Paulo Neves, Porto Alegre: L&PM, 2008.

RUSSELL, Bertrand. **A conquista da felicidade**. Trad. Luiz Guerra, Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

_____. **Educação e ordem social**. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956.

_____. **História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello, Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

_____. **Os problemas da filosofia**. Porto: Ed. 70-LDA, 2008.

_____. **Princípios de reconstrução social**. Trad. Lólio Lourenço de Oliveira, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Coleção “Os pensadores”. Trad. J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina, São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. **Mestre**. 3 ed. Trad. António Soares Pinheiro, São Paulo: Landy Editora, 2006.

_____. **Sobre a Potencialidade da Alma – De quantitate animae**. 2 ed., Petrópolis: Editora Vozes, ANO?.

SARTRE, Jean-Paul. **Esboço para uma teoria das emoções**. Trad. Paulo Neves, Porto Alegre: L&PM, 2007.

_____. **O ser e o nada – Ensaio de ontologia fenomenológica**. 16 ed. Trad. Paulo Perdigão, Petrópolis: Vozes, 2008.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre o fundamento da moral**. 2 ed., Trad. Maria Lúcia Mello Oliveira Cacciola, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SENADO FEDERAL. Projeto de Resolução n. 2/2004. Disponível em <www.senado.gov.br>. Acesso em 29.01.2009.

SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta**. Trad. Beatriz Viégas-Faria, Porto Alegre: L&PM, 1998.

SHOEPFLIN, Maurizio. **O amor segundo os filósofos**. Trad. Antonio Angonese, Bauru: EDUSC, 2004.

SILVA, Sérgio gomes. **Alerj quer curar homossexuais**. Disponível em <<http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=60743>>. Acesso em 22.02.2009.

SKINNER, B.F. **O mito da liberdade**. Trad. Elisane Reis Barbosa Rebelo, São Paulo: Sumus Editorial, 1983.

SÓFOCLES. **A trilogia tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono, Antígona**. 13 ed. Trad. Mário da Gama Cury, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

TELLES JÚNIOR, Gofredo da Silva. **A criação do direito**. 2 ed. rev., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

TOLSTÓI, Leon. **A felicidade conjugal / O diabo**. Trad. Maria Aparecida Botelho Pereira Soares, Porto Alegre: L&PM, 2008.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Sobre o ensino (De magistro) / Os sete pecados capitais**. Trad. Luiz Jean Lauand, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VATICANO. **Código de Direito Canônico**. Disponível em: <<http://www.legiomariae.kit.net/Canais/CDC.htm>>, Acesso em 20.02.2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 8 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WHITE, Stephen K. **Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas**. Trad. Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1995.

WIKIPEDIA. Enciclopédia eletrônica via internet. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Homo_sapiens>. Acesso em 17.02.2009.

OUTROS SITES CONSULTADOS

<<http://www.comciencia.br>> .Acesso em 17.02.2009.

<<http://www.derradeirasgracas.com/>>. Acesso em 24.02.2009.

<<http://www.auxiliadora.org.br/sacramentos/>>. Acesso em 24.02.2009

<<http://www.clicrbs.com.br/especial/rs/vidafeminina/noticia/detalhe/Conheca-a-primeira-mulher-a-ocupar-o-cargo-de-juiza-no-pais.html>>. Acesso em 29.01.2009.

03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECORRENTE(S) : ESTADO DA BAHIA
ADVOGADO(A/S) : PGE-BA - ANTONIO ERNESTO LEITE RODRIGUES
RECORRIDO(A/S) : JOANA DA PAIXÃO LUZ
ADVOGADO(A/S) : CÁTIA RÉGIA TELES NERY E OUTRO(A/S)

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.

UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato.

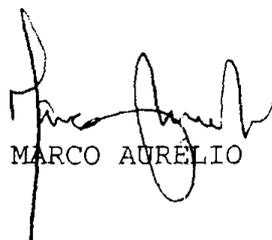
PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do relator e por maioria, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 3 de junho de 2008.




MARCO AURÉLIO

- PRESIDENTE E RELATOR

04/10/2005

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECORRENTE(S) : ESTADO DA BAHIA
ADVOGADO(A/S) : PGE-BA - ANTONIO ERNESTO LEITE RODRIGUES
RECORRIDO(A/S) : JOANA DA PAIXÃO LUZ
ADVOGADO(A/S) : CÁTIA RÉGIA TELES NERY E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia acolheu pedido formulado em apelação, ante fundamentos assim sintetizados (folha 223):

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO DE EX-COMPANHEIRA. DIREITO AO RECEBIMENTO, AINDA QUE CASADO FOSSE O DE CUJUS.

Na inteligência da regra do art. 226, parágrafo 3º, da Constituição, tem a companheira direito à pensão, uma vez demonstrada a união estável, ainda que se trate de união paralela com a de um casamento em vigor.

Apelo provido. Decisão unânime.

No recurso extraordinário de folha 228 a 238, interposto com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, o Estado articula com a ofensa ao artigo 226, § 3º, da Carta Política da República bem como à Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que teria regulamentado o preceito. Saliencia, em suma, que não se pode reconhecer a união estável entre o falecido e a autora, diante da circunstância de o primeiro ter permanecido casado, vivendo com a esposa até a morte. Alude aos impedimentos dos artigos 183 a 188 do Código Civil e da Lei nº 9.278/96. Argumenta



RE 397.762 / BA

que a união estável apenas ampara "aqueles conviventes que se encontram livres de qualquer impedimento que torne inviável possível casamento" (folha 234). Aponta que seria contraditório "o mesmo Estado que pune relações bígamas (ilícitas) querer proteger os seus autores" (folha 234). Evoca precedentes jurisprudenciais e ensinamentos doutrinários.

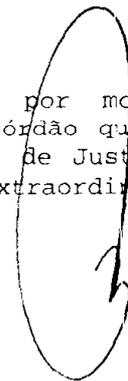
A recorrida apresentou as contra-razões de folha 246 a 252, defendendo não haver sido demonstrada a ofensa ao artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Diz ainda do acerto da conclusão adotada pela Corte de origem.

O procedimento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade encontra-se às folhas 257 e 258.

A Procuradoria Geral da República, no parecer de folha 272 a 275, preconiza a negativa de seguimento ao recurso. Eis o resumo da peça:

Constitucional e Previdenciário. Pensão por morte. Rateio entre a esposa legítima e a companheira. Acórdão que se conforma com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Parecer recomendando que se negue seguimento ao extraordinário (art. 102, III, a, da CF).

É o relatório.

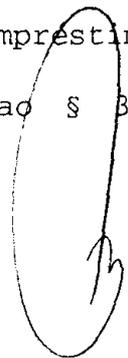


RE 397.762 / BA

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Na interposição deste recurso, foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por procuradores do Estado, restou protocolada no prazo dobrado a que tem jus o recorrente. A notícia do acórdão atacado foi veiculada no Diário de 19 de junho de 2002, quarta-feira (folha 226), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 17 de julho imediato, quarta-feira (folha 228).

Friso que a premissa do Ministério Público, preconizando a negativa de seguimento ao extraordinário, considerado o artigo 557 do Código de Processo Civil, não vinga. Está-se não no Superior Tribunal de Justiça, mas no Supremo Tribunal Federal e neste não há precedente que respalde o teor do acórdão impugnado mediante o extraordinário. Ao contrário, o tema versado nas razões do extraordinário e constante do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da Bahia está a merecer pronunciamento desta Suprema Corte, porquanto ligado à união estável, por vezes, em visão distorcida, potencializada a ponto de suplantar o próprio casamento e os vínculos deste decorrentes. O Tribunal de origem julgou a apelação da autora, reformando a sentença do Juízo a partir de empréstimo de alcance todo próprio, no sentido da especificidade, ao § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, consoante o qual:



RE 397.762 / BA

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

(...)

Pois bem, são as seguintes as premissas fáticas do acórdão atacado via o extraordinário, no que evocada a violência ao § 3º acima transcrito:

a) o cidadão Valdemar do Amor Divino Santos veio a falecer, deixando certa pensão a ser satisfeita pelo Estado.

b) à época do óbito, era casado e vivia maritalmente com a mulher, advindo da relação conjugal onze filhos;

c) o falecido manteve com a autora, Joana da Paixão Luz, relação paralela, tendo o casal filhos - nove ao todo. Então, a Corte fez consignar:

Na verdade, essa situação dos autos, embora desconfortável, é muito comum, na cultura brasileira. Como bem reconheceu o ilustre Juiz o de cujus "logrou administrar a subsistência do seu casamento com a segunda ré e um sério e duradouro relacionamento afetivo com a outra," o que leva a indeclinável conclusão de que o falecido companheiro da autora tinha duas famílias, administrava e assistia as duas, sustentando-as.

Proclamou o Tribunal de Justiça da Bahia a estabilidade, a publicidade e a continuidade da vida dupla, assentando que não poderia desconhecer esses fatos ante a existência do casamento e da prole deste resultante, consignando não haver

RE 397.762 / BA

imposição da monogamia para caracterizar-se o que teve - e não o é, ao menos sob o aspecto constitucional - como união estável a ser amparada pela Previdência, o que constitui dever do Estado. Placitou, então, o rateio da pensão.

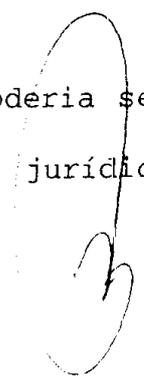
Sob o ângulo da busca a qualquer preço da almejada justiça, sob o ângulo estritamente leigo, não merece crítica o raciocínio desenvolvido. Entrementes, a atuação do Judiciário é vinculada ao Direito posto. Surgem óbices à manutenção do que decidido, a partir da Carta Federal. Realmente, para ter-se como configurada a união estável, não há imposição da monogamia, muito embora ela seja aconselhável, objetivando a paz entre o casal. Todavia, a união estável protegida pela Constituição pressupõe prática harmônica com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da Carta da República, tem-se como objetivo maior da proteção o casamento. Confirmam com o próprio preceito que serviu de base à decisão do Tribunal de Justiça. O reconhecimento da união estável pressupõe possibilidade de conversão em casamento. O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, direciona à inexistência de obstáculo a este último. A manutenção da relação com a autora se fez à margem e diria mesmo mediante discrepância do casamento existente e da ordem jurídico-constitucional. À época, em vigor se encontrava, inclusive, o artigo

RE 397.762 / BA

240 do Código Penal, que tipificava o adultério. A tipologia restou expungida pela Lei nº 11.106/05.

Então, em detrimento do casamento havido até a data da morte do servidor, veio o Estado, na dicção do Tribunal de Justiça da Bahia, a placitar, com conseqüências jurídicas, certa relação que, iniludivelmente, não pode ser considerada como merecedora da proteção do Estado, porque a conflitar, a mais não poder, com o direito posto. É certo que o atual Código Civil versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar núcleo familiar. Entretanto, na previsão está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que, se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a mulher. Percebe-se que houve um envolvimento forte - de Valdemar do Amor Divino dos Santos e Joana da Paixão Luz -, projetado no tempo - 37 anos -, dele surgindo prole numerosa - nove filhos -, mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de haver sido mantido o casamento com quem Valdemar contraíra núpcias e tivera onze filhos.

Abandonem a tentação de implementar o que poderia ser tida como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica



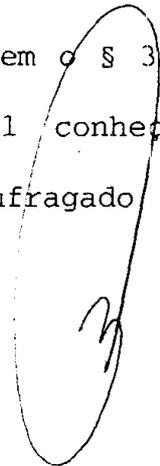
RE 397.762 / BA

pressupõe o respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1.727 do Código Civil:

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

O concubinato não se iguala à união estável referida no texto constitucional, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de conseqüências, do casamento. Gera, quando muito, a denominada sociedade de fato.

Tenho como infringido pela Corte de origem o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, razão pela qual conheço e provejo o recurso para restabelecer o entendimento sufragado pelo Juízo na sentença prolatada.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8

PROCED.: BAHIA

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): ESTADO DA BAHIA

ADV.(A/S): PGE-BA - ANTONIO ERNESTO LEITE RODRIGUES

RECDO.(A/S): JOANA DA PAIXÃO LUZ

ADV.(A/S): CÁTIA RÉGIA TELES NERY E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, conhecendo do recurso extraordinário e lhe dando provimento, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Britto. 1ª Turma, 04.10.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Carlos Britto, de acordo com o art. 1º, § 1º, *in fine*, da Resolução n. 278/2003. 1ª. Turma, 06.12.2005.

Decisão: Adiado o julgamento por indicação do Ministro Carlos Britto. 1ª. Turma, 07.02.2006.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador

03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIAV O T O - V I S T A**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO**

Cuida-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 102 da Constituição Federal. Recurso contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, cuja ementa está assim redigida:

"APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO DE EX-COMPANHEIRA. DIREITO AO RECEBIMENTO, AINDA QUE CASADO FOSSE O DE CUJUS.

Na inteligência da regra do art. 226, parágrafo 3º, da Constituição, tem a companheira direito à pensão, uma vez demonstrada a união estável, ainda que se trate de união paralela com a de um casamento em vigor.

Apelo provido. Decisão unânime."

2. Pois bem, o ministro Marco Aurélio, relator do feito, concluiu o seu voto com a invocação do art. 1.727 do Código Civil, assim vernacularmente posto: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato". Isto

RE 397.762 / BA

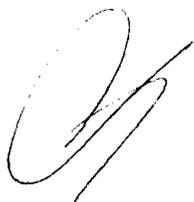
para assentar (ele, Relator) que "O concubinato não se iguala à união estável, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de conseqüências, do casamento. Gera, quando muito, a denominada sociedade de fato".

3. Em seqüência, disse Sua Excelência que "Tenho como infringido pela Corte de origem o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, razão pela qual conheço e provejo o recurso para restabelecer a sentença prolatada pelo Juízo."

3. Foi quando pedi vista dos autos para u'a mais detida análise pessoal da matéria. Razão porque, agora, trago o feito à consideração desta colenda Turma.

4. Votando, devo lembrar aos meus Pares que faz parte da nossa Lei Maior todo um especializado capítulo sobre estes quatro temas: a família, a criança, o adolescente e o idoso (capítulo VII do título VIII, versante este sobre a "Ordem Social"). Capítulo que tem um denominador comum, ou um mesmo fio condutor, **que é tratar dos quatro temas por modo protetivo. Tutelar.**

5. Cuida-se, portanto, de um conjunto normativo-constitucional de proteção que, para melhor alcançar os



RE 397.762 / BA

seus desígnios, opera por imbricamento ou rigoroso entrelace das quatro matérias. Cada um dos assuntos a ter no outro um necessário referencial, **de sorte a se ter uma planilha conceitual de vasos comunicantes**. Numa frase, cada qual desses quatro temas centrais de Direito Constitucional somente ganha plenitude de sentido se ao prestígio de um corresponder o prestígio do outro.

6. Faço este necessário intróito para deixar claro que a sorte comum dos quatro temas é de tal ordem, normativamente falando, que chega a operar como imposição hermenêutica. O operador jurídico a necessariamente focar o Magno Texto por um visual que integre todas as vertentes protetivas das quatro encarecidas figuras de Direito: família, criança, adolescente, idoso. Vale dizer, o **hermeneuta não tem como fugir do imperativo de que ao capítulo constitucional em causa é de ser conferido o máximo de congruente unidade**. Sem o que um dado instituto pode resultar *sobrevalorado*, enquanto outro, bem ao contrário, *subdimensionado* em sua ontologia e funcionalidade. Tratamento hermenêutico dissociado que, já se percebe, importa um caminhar a contrapasso da Constituição, pois o certo é que, se ela própria, Constituição, confere "especial proteção do Estado" à família (caput do art. 226), por outro lado impõe à família mesma, à sociedade e ao Estado o "dever" de:



RE 397.762 / BA

I - "assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade" um expresse e alongado catálogo de direitos subjetivos: "direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (art. 227, cabeça, revelador de que "absoluta prioridade" é postura de ação estatal ainda mais expressiva que "especial proteção"; isto é, *saltando aos olhos* que o dever do Estado para com as crianças e os adolescentes é ainda mais forte que a tutela por ele devida à própria família";

II - "amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

8. Uma outra razão contribui para que se faça uma interpretação rigorosamente conjugada dos quatro institutos. É que eles ainda são normados em outras passagens esparsas da Constituição. **E normados, enfatize-se, com o mesmo e assumido propósito de receber tratamento favorecido,** como se lê, por amostragem: a) do rol dos direitos sociais (art. 6º); b) do salário mínimo (inciso IV do art. 7º); c) do direito a creche (inciso XXV do



RE 397.762 / BA

mesmo art. 7º); d) da competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (inciso XV do art. 24); e) do usucapião extraordinário urbano (art. 183) e rural (art. 191); f) da previdência e assistência social (inciso I do art. 201, combinadamente com o § 12 desse mesmo artigo e os incisos I e V do art. 203); g) da educação formal (inciso IV do art. 208, mais o § 2º do art. 211).

9. Se é assim, quero dizer, se estamos a lidar com temas ora enfeixados em autonomizado capítulo constitucional ora esparramados por segmentos outros do Magno Texto, mas todos eles sob cláusula constitucional de proteção, é de rigor metodológico a busca da compreensão interligada de cada um deles. Compreensão que há de se ter a partir daquele primeiramente versado pelo art. 226, **que é a família**, assim literalmente posto pela nossa Constituição: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Mas a família, aqui, é versada numa acepção que me parece nitidamente binária, a saber:

I - como "entidade" (§ 3º desse mesmo art. 226), que outra coisa não é senão instituição ou aparelho que se estrutura factual e juridicamente para atuar como idéia-força. *Locomotiva social*, na medida em que voltada para a formação de personalidades individuais que se destinam a

RE 397.762 / BA

uma vida relacional ainda mais ampla, porque desenvolvida no seio de toda a sociedade humana (o aristotélico agir do ser humano enquanto membro da *pólis* ou "animal político"). Donde o seguinte enunciado normativo-constitucional: "A educação, direito de todos e dever do Estado **e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, **seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho**" (art. 205, sem destaque no original).

II - a família como espaço usual da mais próxima, topograficamente, e da mais íntima, afetivamente, convivência humana. Depurada expressão de gregarismo doméstico. Com a força, portanto, de transformar anódinas casas em personalizados "lares" (§1º do art. 230). Vale dizer, a família como ambiente de proteção física e aconchego amoroso, a se revelar como a primeira das comunidades humanas. O necessário e particularizado pedaço de chão no mundo. O templo secular de cada pessoa física ou natural, a que a Magna Lei apõe o rótulo de "asilo inviolável do indivíduo" (inciso XI do art. 5º). Logo, a mais elementar "comunidade" (§ 4º do art. 226) ou o mais apropriado *lócus* de desfrute dos direitos

RE 397.762 / BA

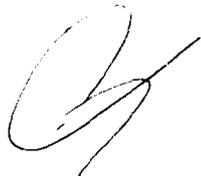
fundamentais à "intimidade" e à "privacidade" (art. 5º, inciso X), porquanto significativo de vida em comunhão (comunidade vem de *comum unidade*, é sempre bom remarcar).

10. Por esse mais largo espectro de intelecção da família como categoria de Direito Constitucional, ajuízo que a primeira modalidade de sua formação é, para a nossa Lei Maior, o casamento civil ("O casamento é civil e gratuita a sua celebração", conforme dicção do § 1º do art. 226). A segunda forma de "entidade familiar" é a que vem no parágrafo imediato, a designá-la como "união estável" ("Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"). Uma terceira modalidade é a doutrinariamente chamada de "família monoparental", que o Magno Texto Republicano regula por esta forma: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (§ 3º).

11. Atento aos limites materiais da controvérsia, pergunto: qual o sentido do fraseado "união estável", ali no peregrino texto da Lei Republicana? Convivência duradoura do homem e da mulher, expressiva de uma identidade de propósitos afetivo-ético-espirituais que resiste às intempéries do humor e da vida? Um perdurável tempo de vida em comum, então, a comparecer como *elemento*

RE 397.762 / BA

objetivo do tipo, bastando, por si mesmo, para deflagrar a incidência do comando constitucional? Esse tempo ou alongado período de coalescência que amalgama caracteres e comprova a firmeza dos originários laços de personalíssima atração do casal? Tempo que cimenta ou consolida a mais delicada e difícil relação de alteridade por parte de quem se dispôs ao sempre arriscado, sempre corajoso projeto de uma busca de felicidade amorosa (coragem, em francês, é *courage*, termo que se compõe do substantivo *coeur* e do sufixo *age*, para significar, exatamente, "o agir do coração")? Sabido que, nos insondáveis domínios do amor, ou a gente se entrega a ele de vista fechada ou já não tem olhos abertos para mais nada? Pouco importando se os protagonistas desse incomparável projeto de *felicidade-a-dois* sejam ou não, concretamente, desimpedidos para o casamento civil? Tenham ou não uma vida sentimental paralela, inclusive sob a roupagem de um casamento *de papel passado*? (vida sentimental paralela que, tal como a preferência sexual, somente diz respeito aos respectivos agentes)? Pois que, se desimpedidos forem, a lei facilitará a conversão do seu companheirismo em casamento civil, mas, ainda que não haja tal desimpedimento, nem por isso o par de amantes deixa de constituir essa por si mesma valiosa comunidade familiar? Uma comunidade que, além de complementadora dos sexos e viabilizadora do amor, o mais das vezes se faz acompanhar de toda uma prole? E que se caracteriza pelo financiamento material do lar com receitas e despesas em comunhão? Quando não a formação de um



RE 397.762 / BA

patrimônio igualmente comum, por menor ou por maior que ele seja? Comunidade, enfim, que, por modo quase invariável, se consolida por obra e graça de um investimento físico-sentimental tão sem fronteiras, tão sem limites que a eventual perda do parceiro sobrevém como vital desfalque econômico e a mais pesada carga de viuvez? Pra não dizer a mais dolorosa das sensações de que a melhor parte de si mesmo já foi arrancada com o óbito do companheiro? Um sentimento de perda que não guarda a menor proporcionalidade com o modo formal, ou não, de constituição do vínculo familiar?

12. Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas. Francamente afirmativa, acrescento, porque a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: **o tertium genus do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto.** Daí ela própria, Constituição, falar explicitamente de "cônjuge ou companheiro" no inciso V do seu art. 201, a propósito do direito a pensão por porte de segurado da previdência social geral. "Companheiro" como situação jurídico-ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade ("união estável"). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do **concupinato**. Estou a dizer: não há concubinos



RE 397.762 / BA

para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de "filhos concubinários". Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos **e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação**" (§6º do art. 227, negritos à parte).

13. Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. **Isto é família**, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental *a-dois*. No que *andou bem* a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração "é terra que ninguém nunca pisou". Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante.

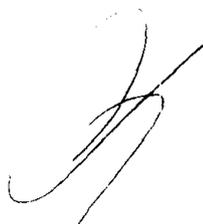
14. Sinta-se que, no âmbito mesmo do capítulo constitucional de nº VII, título VIII, o dever que se impõe à



RE 397.762 / BA

família para assistir amplamente a criança e o adolescente (art. 227, cabeça) **não cessa pelo fato de se tratar de casal impedido de contrair matrimônio civil**. Nada disso! O casal é destinatário, sim, da imposição constitucional de múltiplos deveres, tanto quanto seus filhos até à adolescência se fazem titulares de todos os direitos ali expressamente listados. E se o casal não tem como se escusar de tal imposição jurídica, claro está que a família por ele constituída faz jus "à proteção especial" de que versa a cabeça do art. 226. Verso e reverso de uma só medalha. *Estrada de mão dupla* como imperativo de política pública e justiça material.

15. Igual raciocínio toma corpo para as vezes tantas em que a nossa Constituição, já agora em regulações esparsas, põe os núcleos familiares como protagonistas de situações jurídicas. Por hipótese, "a proteção à maternidade e à infância", reportada pelo *caput* do art. 6º, é de se dar no seio toda espécie de família na qual os dois fenômenos transcorram, ou mesmo fora de qualquer núcleo familiar. O salário mínimo, nacionalmente unificado, é de se traduzir em valor que atenda "às necessidades vitais básicas" do trabalhador "e às de sua família" (inciso IV do art. 7º), sem se perguntar a Constituição Federal sobre qualquer das três referidas modalidades de grupamento doméstico. O usucapião urbano, tanto quanto o rural, é para contemplar o possuidor e sua eventual família (arts. 183 e 191, respectivamente), também sem a menor diferenciação



RE 397.762 / BA

constitucional quanto à natureza do vínculo entre partes. Não destoaria dessa diretriz a nossa Lei Maior em temas como a previdência social (inciso IV e V do art. 201) e assistência social (inciso I do art. 203), mais em tema de educação (art. 205), a nos dar o conforto intelectual da confirmação do quanto estamos a sustentar sobre a união estável como categoria constitutiva de um *tertium genus* grupal-doméstico.

16. Em síntese, esse é mais um campo de regulação em que a Constituição brasileira dá mostras de respirar os depurados ares de uma nova quadra histórica¹. Um tempo do mais decidido prestígio para o direito à liberdade amorosa e, por conseqüência, ao princípio da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º). A implicar trato conceitual mais dilatado para a figura jurídica da família, portanto. Indo a presente ordem constitucional bem além do que foi a Carta precedente (a de 1967/1969), que apenas contemplava o casamento como forma de legítima fundação dos núcleos domésticos, *literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos" (Art. 167).

¹ Vale ressaltar que a legislação infraconstitucional, também sob influência da nova quadra histórica a que me referi, empresta um trato conceitual mais dilatado para a figura jurídica da família. Como exemplo, menciono o art. 241 da Lei nº 8.112/90 ("Art. 241. Consideram-se da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual. Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar").

RE 397.762 / BA

17. No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o de cujus, então segurado da previdência social. Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a resolução deste litígio o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Pelo que, também desconsiderando a relação de casamento civil que o então segurado mantinha com outra mulher, perfilho o entendimento da Corte Estadual para desprover, como efetivamente desprovejo, o excepcional apelo. O que faço com as vênias de estilo ao relator do feito, ministro Marco Aurélio.

* * * * *



03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vou me permitir, pela passagem do tempo após o voto que proferi, seguindo-se o pedido de vista, ressaltar alguns aspectos. Comecei revelando o alcance que dou ao § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, medula para a definição do caso.

Preceitua o artigo 226:

"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar," - e aí vem uma cláusula importantíssima - "devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

[...]

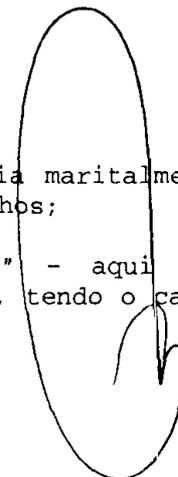
Então, pincei do acórdão que implicou a reforma da sentença do Juízo certos dados fáticos:

"a) o cidadão Valdemar do Amor Divino Santos veio a falecer, deixando certa pensão a ser satisfeita pelo Estado."

Não era ele um caixeiro viajante.

"b) à época do óbito, era casado e vivia maritalmente com a mulher, advindo da relação conjugal onze filhos;

c) o falecido manteve com a autora," - aqui ele sucumbiu - "Joana da Paixão Luz, relação paralela, tendo o casal



RE 397.762 / BA

filhos." - nove filhos. Ele teve filho nas duas casas no mesmo ano, com toda a certeza - "Então, a Corte fez consignar:

Na verdade, essa situação dos autos, embora desconfortável, é muito comum, na cultura brasileira. Como bem reconheceu o ilustre Juiz o *de cujus* 'logrou administrar a subsistência do seu casamento com a segunda ré e um sério e duradouro relacionamento" - de trinta e tantos anos - "afetivo com a outra,' o que leva a indeclinável conclusão de que o falecido companheiro" - aqui não concordo com o vocábulo utilizado, porque a definição pelo Código Civil não é essa, a não ser sob o ângulo leigo - "da autora tinha duas famílias, administrava e assistia as duas, sustentando-as."

Então, disse:

"Proclamou o Tribunal de Justiça da Bahia a estabilidade, a publicidade e a continuidade da vida dupla, assentando que não poderia desconhecer esses fatos ante a existência do casamento e da prole deste resultante, consignando não haver imposição da monogamia para caracterizar-se a união estável a ser amparada pela Previdência, o que constitui dever do Estado. Placitou, então, o rateio da pensão.

Sob o ângulo da busca a qualquer preço da almejada justiça, não merece crítica o raciocínio desenvolvido." - e realmente não merece crítica - "Entretentes, a atuação do Judiciário é vinculada ao Direito posto. Surgem óbices à manutenção do que decidido, a partir da Constituição Federal. Realmente, para ter-se como configurada a união estável, não há imposição da monogamia, muito embora ela seja aconselhável, objetivando a paz entre o casal." - entre os companheiros - "Todavia, a união estável protegida pela Constituição pressupõe prática harmônica com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da Carta da República, tem-se como objetivo maior da proteção" - a união estável. Qual é o objetivo maior? A transformação em casamento - "o casamento. Confirmam com o próprio preceito que serviu de base à decisão do Tribunal de Justiça. O reconhecimento da união estável pressupõe possibilidade de conversão em casamento. O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, direciona à inexistência de obstáculo a este último." - o casamento - "A manutenção da relação com a autora" - a concubina - "se fez à margem e diria mesmo mediante discrepância do casamento existente e da ordem jurídico-constitucional. À época, em vigor se encontrava, inclusive, o artigo 240 do Código Penal, que tipificava o adultério. A tipologia restou expungida pela Lei nº 11.106/05.

Então, em detrimento do casamento havido até a data da morte do servidor, veio o Estado, na dicção do Tribunal de Justiça da Bahia, a placitar, com conseqüências jurídicas, certa união que, iniludivelmente, não pode ser considerada como merecedora da proteção do Estado, porque a conflitar, a mais não

RE 397.762 / BA

poder, com o direito posto. É certo que o atual Código Civil versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar núcleo familiar. Entretanto, na previsão está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que, se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a mulher. O que se percebe é que houve um envolvimento forte - de Valdemar do Amor Divino dos Santos e Joana da Paixão Luz -, projetado no tempo - 37 anos -, dele surgindo prole numerosa" - aqui não está em discussão o direito da prole - "- nove filhos -, mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de o companheiro haver mantido o casamento com quem contraíra núpcias e com quem tivera onze filhos. Abandone-se a tentação de implementar o que poderia ser tida como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe o respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1.727 do Código Civil:

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem" - e há um tratamento específico - "concubinato."

O concubinato não se iguala à união estável, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de conseqüências, do casamento. Gera, quando muito, a denominada sociedade de fato.

Tenho como infringido pela Corte de origem o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, razão pela qual conheço e provejo o recurso para restabelecer o entendimento sufragado pelo Juízo na sentença prolatada."

É a distinção que faço entre companheiro/companheira, compondo a união estável, e concubino/concubina.



03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, Vossa Excelência se louva no Código Civil, eu me louvo na Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR)- Eu não posso admitir que, sendo crime à época, a relação gerasse direitos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Eu me louvei na Constituição em todos os artigos que citei. E me impressiona muito este caso. O **de cujus** se chamava "Waldemar do Amor Divino", e a companheira se chamava "Joana da Paixão Luz". Eles tinham que se encontrar, de se atrair. Estava escrito nas estrelas. Ela certamente experimenta um sentimento de viuvez que eu duvido que seja menor do que o da outra; e a família dela também experimenta um desfalque econômico que eu duvido que seja menor do que o da outra.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro, com o condomínio afetivo, a viúva ter uma divisão patrimonial a essa altura, ou seja, quanto à pensão!

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Certamente um patrimônio formado pelas duas. Ele constituiu esse patrimônio a partir das duas relações, certamente. Foram trinta e sete anos.



03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

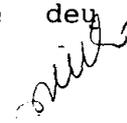
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Senhor Presidente, acabamos de ouvir dois belíssimos votos, ambos lastreados com fundamentos que são estimulantes ao raciocínio dos Juizes da Suprema Corte.

Gostaria de fazer, inicialmente, duas observações que reputo cabíveis, pertinentes, diante do ilustradíssimo voto que trouxe o eminente Ministro **Carlos Ayres**. A primeira é que essa distinção entre comunidade e sociedade que Sua Excelência destacou tem como eixo etimológico o latim, mas é mais aperfeiçoada na língua germânica entre o *gemainschaft* e *gesselschaft* que tem uma conotação muito mais forte na distinção entre a idéia do comum e a idéia da sociedade.

Por outro lado, essa expressão que Sua Excelência usou com tanta beleza na etimologia da palavra coragem, que é francesa e que nasce nos idos de 1050, curiosamente pouco antes da viagem à Canossa de Henrique IV, pedindo desculpas ao Papa Gregório VII, tem a sua beleza no encontro do destemor com a paixão, daí a origem francesa da expressão.

Mas, na realidade, neste julgamento, pelo que pude perceber, nós estamos interpretando concretamente a disciplina do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, ou seja, o alcance da expressão "união estável" como entidade familiar. Tenho, pelo § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, um enorme apreço, um enorme carinho, porque penso eu que fui o primeiro Desembargador, primeiro Juiz, que deu aplicação



RE 397.762 / BA

concreta à disciplina constitucional, entendendo a identificação da união estável como susceptível de proteção do Estado, independentemente de qualquer regulamentação legal, entendendo o § 3º do artigo 226 como auto-aplicável. E esse julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi posteriormente confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do recurso especial interposto. Tenho, portanto, um enorme apreço na interpretação do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Mas tenho igualmente posição já assentada no tocante a esta matéria relativa à identificação da união estável.

É claro que o eminente Ministro **Carlos Ayres Britto**, com sua inteligência, com sua cultura, com sua percepção de encontrar na Constituição uma interpretação sistemática na perspectiva teleológica, foi buscar a equiparação possível de diversas situações constitucionais em relação à criança, ao adolescente, à família, à previdência, e assim sucessivamente, para enquadrar a situação de fato dos autos nesse cenário de uma interpretação teleológica da Constituição.

Todavia, eu penso que não é o caso desse enquadramento. E não é o caso desse enquadramento por três razões que me permito rapidamente enumerar: a primeira é que a disciplina constitucional foi muito clara, ela determinou que a proteção do Estado fosse oferecida quando configurada a existência de uma união estável, tanto que determinou a facilitação legal para o matrimônio, ou seja, numa palavra, ele entendeu a proteção constitucional à entidade familiar denominada "união estável" no campo do Direito de Família, ou seja, mandou aplicar o Direito de Família a essa entidade familiar que ele qualificou no § 3º do artigo 226; segundo, quando ele determinou que essa proteção constitucional a essa entidade familiar, união estável, fosse dada no campo do Direito

AMM

RE 397.762 / BA

de Família, evidentemente, que ele quis sublinhar que se aplicavam os princípios do Direito positivo infraconstitucional para disciplinar a matéria relativa a essa nova entidade familiar; terceiro, é que se isso é assim, e ao meu sentir, diversamente do que pensa o eminente Ministro **Carlos Ayres**, é assim, nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar "união estável" a uma situação de fato convivendo com uma união matrimonial reconhecida e mantida. Por quê?

meu

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ilegítima e que, à época, configurava crime.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas configurava crime, Excelência, porque, à época, só o casamento civil era constitutivo de entidade familiar. Agora, não, não é só o casamento civil. É por isso que era crime.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Não sei.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Prossigo. Por quê? Porque, na realidade, o que o Direito positivo brasileiro quis fazer foi, primeiro, reconhecer que uma união, independentemente do fato do casamento, não era um interregno de prestação de serviços para o efeito da concessão da indenização por serviços domésticos; era, sim, uma entidade valorizada pelo amor e que merecia, por isso, a proteção do Estado, desde que ela fosse constituída não em paralelo a uma união matrimonial já mantida, porque isso

meu

RE 397.762 / BA

configuraria uma exceção à legalidade estabelecida pelo Direito positivo.

Por outro lado, não se está julgando neste processo a questão da subsistência dos filhos com relação às necessidades econômicas que eles possam ter, na medida em que essa situação específica até poderá, se for o caso, ser objeto de um processo judicial próprio, que não é este em que se discute a pensão que é deixada à viúva. É por essa razão que a jurisprudência brasileira, ao longo do tempo, foi se consolidando no sentido até de dar uma certa elasticidade, por exemplo, admitindo que pudesse, sim, haver a configuração da união estável diante de uma separação de fato. Por quê? Porque se reconhecia que o fato era também um fundamento que dava conseqüências jurídicas: se havia a separação de fato, era possível a configuração da união estável.

Mas, pelo menos na minha compreensão, sob nenhum ângulo é possível configurar a existência de uma união estável ao lado da existência de um matrimônio em curso. Por quê? Porque essa existência concomitante é absolutamente vedada pelo Direito positivo brasileiro. O que se está interpretando é a Constituição nos termos que ela determinou que o Direito positivo assim fizesse. E o Direito positivo, seguindo o próprio comando constitucional, determinou os balizamentos pelos quais seria possível haver o reconhecimento da união estável. E, certamente, um desses balizamentos não foi obedecido, que é a ausência de impedimento para a realização do casamento, no caso, a manutenção do casamento contraído, sem a existência da separação de fato.

Creio, Senhor Presidente, como disse o Ministro **Carlos Ayres**, com a sua riqueza vernacular, que nos encanta a todos, é possível, sim, fazer uma interpretação ampliada, mas

meu

RE 397.762 / BA

não me parece possível, no caso, fazer uma interpretação que contradita, a meu ver, às completas, aquela disciplina que a própria Constituição determinou quando comandou a existência de uma entidade familiar nova, a união estável, e determinou que essa entidade familiar nova, a união estável, tivesse, pela lei, facilitado o casamento.

niuh

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Quando possível.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Não, a Constituição não disse isso.

Se já existia um casamento, era impossível transformar essa união estável em casamento. Daí haveria uma contradição, a meu ver absoluta, que impediria o reconhecimento da pensão em meação a esta pessoa com o qual o **de cujus** teve filhos. É necessário lembrar que o recurso está posto no plano constitucional para identificar o reconhecimento, ou não, da união estável.

Essas são as razões de minha divergência, louvando a beleza do voto, como sempre Sua Excelência faz nos trazendo a sua perspectiva constitucional na indicação dos diversos dispositivos da Constituição, que poderiam na sua compreensão ensejar essa interpretação ampliada. Pedindo vênias outra vez a Sua Excelência, eu acompanho o voto do Ministro **Marco Aurélio**, para conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, restabelecendo a sentença monocrática.

03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, como o Direito alemão foi citado, apenas lembraria o que Konrad Hesse, no seu magnífico livro, prefaciado pelo Ministro Gilmar Mendes, "A força normativa da Constituição", diz que não é possível interpretar a Constituição sem atentar para a realidade. É preciso ver a realidade do ângulo da Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas há limite, Excelência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não. E é preciso ver a Constituição do ângulo da realidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Nosso Direito não é costumeiro.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, mas quando o nosso Direito dá as costas à realidade, a realidade se vinga e dá as costas ao Direito. A realidade é essa. Há relações familiares.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Eu queria só...

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Um momentinho, Excelência.



RE 397.762 / BA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

É claro, com muito prazer.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Também retribuo todos os elogios que Vossa Excelência fez ao meu voto. Vossa Excelência fez um voto magnífico.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Nem todos têm esses patronímicos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - A realidade é que o amor fala mais alto, e famílias são constituídas à margem do casamento, sem necessidade de papel passado. Para a Constituição, que, a meu sentir, é contemporânea do futuro, não há concubinato. O que existe é uma comunidade doméstica, um núcleo doméstico a ser protegido. Daí porque ela mesma, Constituição, quando trata de previdência social, não deixa de dizer "pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro."

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro, faço a distinção entre "companheiro e companheira" e "concubino e concubina".

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Para a Constituição, não existe concubina.



RE 397.762 / BA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Quer dizer, em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

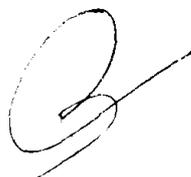
É uma interpretação que Vossa Excelência está dando que, claro, nós todos temos de respeitar. Eu só queria fazer uma observação.

Eu tenho a impressão que no "*Die normative Kraft der Verfassung*", que é o livro do Konrad Hesse, ele fala mais no sentido da "*Wille zur Verfassung*" (a vontade de Constituição), que dá, portanto, essa conotação de vinculação. Talvez essa interpretação mais ampliada possa ser encontrada em Peter Häberle, no "*Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*" (A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição).

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, nem estou me louvando nele.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Nesse sentido de que é possível sim que se dê uma interpretação ampliada, como Vossa Excelência fez com todo o brilho que nós conhecemos. É só que a preocupação que existe, pelo menos na minha perspectiva, não é na sua perspectiva, é que a interpretação do § 3º do artigo 226, se não forem levados em consideração esses balizamentos legais com relação à existência do matrimônio, nós poderíamos abrir ensanchas a uma multiplicidade de reconhecimentos de uniões que não seriam absolutamente estáveis, porque seriam múltiplas.



RE 397.762 / BA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - E daqui a pouco valerá mais a pena ter uma relação gerando o concubinato do que o casamento.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Se Vossa Excelência permite relembrar, a Constituição se preocupa com pessoas, com seres humanos, com núcleos domésticos constituídos de seres humanos concretos, em carne e osso. Daí porque o instituto da família perpassa os poros todos da Constituição, desde o artigo 6º, cabeça, aliás, o artigo 6º não se desdobra, é exclusivo; há o inciso IV do artigo 7º. Quer dizer, o que interessa é a família. O modo pelo qual a família se constituiu é, para a Constituição, absolutamente secundário. A Constituição se dobra à imperatividade do amor, da relação a dois.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Quer dizer, Vossa Excelência admitiria que uma pessoa poderia ter várias famílias concomitantemente; cinco, seis famílias concomitantemente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sim. Só diz respeito ao homem e à mulher, aos núcleos domésticos. Isso é como preferência sexual. É a mesma coisa, não nos diz respeito. O modo pelo qual as pessoas são felizes, esse modo não nos diz respeito, absolutamente.



03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, em primeiro lugar, também conforme o Ministro Menezes Direito, e agora acrescentando também os meus cumprimentos a ele, todos os votos belíssimos aqui pronunciados, inclusive com a rememoração de algumas passagens do voto do Ministro-Presidente, falam bem da dimensão do assunto que toca todo mundo, porque é o núcleo mesmo da sociedade. Vou pedir todas as vênias ao eminente Ministro Carlos Britto, e também vou seguir o Ministro-Relator. E vou explicar porquê.

Em primeiro lugar, também tenho para mim que o § 3º do artigo 226, ao se referir à união estável, abarca única e exclusivamente aquela união que pode ser considerada dotada de tal equilíbrio que a presença de outro núcleo nesse sentido de casamento a instabilizaria. Dou apenas um exemplo e, aliás, Vossa Excelência, Ministro Carlos Britto, não chegou a dizer: o Ministro-Presidente, mais de uma vez, chamou a atenção para a circunstância de que foi excluído do sistema jurídico penal o crime de adultério, que, naquele caso, teria sido, pelo menos em tese, praticado, mas não me parece que tenham sido excluídos os artigos 235 e 236 do Código Penal: bigamia e a participação para a bigamia.

RE 397.762 / BA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Foi alcançado apenas o adultério.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pois é. Então, se isso permanece, inclusive a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento. Ou seja, no sistema constitucional brasileiro, há um núcleo possível de constituição de família entre um homem e uma mulher, tanto que induzir alguém a contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior, que é o artigo 236 do Código Penal, é crime. Então, o que me parece que a Constituição quer preservar é a família. E eu faço uma observação a Vossa Excelência, Ministro Carlos Britto: há uma expressão belíssima, entre as tantas do voto de Vossa Excelência, dizendo assim: "coração é terra que ninguém pisa." Sim, como diria Guimarães Rosa: "coração tudo cabe; é como o sertão." Está certo. Mas Karl Lowenstein, no início da *Teoria da Constituição*, diz que o Direito existe para que o homem tente dominar três forças: a fé, o poder e o amor. E que a democracia de Direito é isto: eu não posso deixar de me apaixonar por alguém; e o Direito não me pode proibir isso; agora, o Direito pode proibir-me, sim, de praticar determinadas condutas, se estiver casada e se forem elas contrárias ao Direito.

RE 397.762 / BA

O Direito não proíbe a pessoa - porque não pode proibir - de acreditar até nas piores seitas indignas do ser humano, mas pode proibir - e proíbe - que a pessoa manifeste e adote comportamentos contrários à vida em sociedade. Ainda citando Guimarães Rosa, quer acreditar no coisa-ruim, pode acreditar; mas praticar a violência contra as pessoas não pode.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Se Vossa Excelência me permite? Ministro Carlos Alberto de Direito, quando Vossa Excelência falou da multiplicidade de relações amorosas, eu devo completar: contanto que permeadas de estabilidade. O que interessa para a Constituição é que a relação seja estável.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas não há como estabilizar algo que é plural.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - E, no caso dos autos, a estabilidade é tão evidente que durou trinta anos! Trinta anos!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - A monogamia fica em segundo plano, desde que a duplicidade seja estável.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas a estabilidade, Ministro Carlos Britto, não é temporal.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - A minha dificuldade foi essa. Estou respeitando o ponto de vista de

RE 397.762 / BA

Vossa Excelência, desculpe, Ministra **Cármem Lúcia**, mas, como a Ministra **Cármem Lúcia** agora aponta, com toda justiça, esse raciocínio, que respeito às completas, pode levar uma pessoa a manter dez relações ao mesmo tempo, com a fragmentação da situação jurídica, relativa à união estável.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não é só com isso.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência está raciocinando com o teratológico.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, Ministro, é que a segunda união "incestabiliza" a primeira; uma segunda união "incestabiliza" a primeira.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vamos nos ater ao caso: houve duas relações; ambas estáveis.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Estáveis do ponto de vista...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - E Vossa Excelência coloca as duas no mesmo plano?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Coloco no mesmo plano.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - A mulher propriamente dita e a concubina?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não há mulher propriamente dita, Excelência.

RE 397.762 / BA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Há, Excelência, pelas núpcias, porque a Constituição preconiza a proteção do Estado à união estável, inclusive estimulando-a ao casamento.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ambas são mulheres. Na matemática do amor, como dizia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mulher a que me refiro não é gênero, Excelência. Eu me referi à mulher casada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - À esposa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Não é gênero. Claro que não apontei que o Divino Amor teria tido um caso espúrio, um caso com traveco!

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Como dizia Sartre: aritmética do amor é tão desconcertante, que nela: um mais um, igual a um. Então, o Direito Constitucional se rende à evidência, à imperiosidade do amor.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Mas neste caso foi igual a dois; pode ser igual a três, igual a quatro.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, o que interessa é que ele, com a concubina, como diz o Ministro Marco Aurélio, para

RE 397.762 / BA

mim, com a companheira, mantinha uma relação amorosa de trinta anos. E o Direito é indiferente a isso. Depois que ele morre, a companheira experimenta uma dor, uma perda, um sentimento de viuvez que o Direito não pode ignorar. É dar as costas à realidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ela se beneficiaria, Excelência. Vou chegar ao extremo. Ela se beneficiaria da própria torpeza e a mulher que teve o marido dividido agora dividiria a pensão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não houve torpeza. No amor, não há torpeza, Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Há, sim, sob o ângulo legal. Vossa Excelência potencializa o amor, não é? Se nós abandonarmos o campo jurídico constitucional para decidir a partir do amor, o critério de plantão é que norteará os pronunciamentos do Tribunal. Mas esta Corte é responsável pela guarda da Constituição Federal, pela guarda de princípios caros à vida gregária.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - E a Constituição Federal foi que consagrou a união estável como equiparada ao casamento para todos os fins e efeitos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Na sua óptica, que respeito, mesmo envolvida não a união estável prevista na Constituição Federal, mas sim o concubinato.

RE 397.762 / BA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Continuo o meu voto.

Para mim, a estabilidade não é uma questão de tempo, é uma questão jurídica.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência falou de bigamia. Bigamia é quando ocorrem dois casamentos de papel passado. Não é o caso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, eu fiz outro tipo de referência. Citei os artigos 235 e 236.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministra Cármen Lúcia, o recado que ele está dando não é a Vossa Excelência, mas a mim.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, fui eu quem fiz referência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Foi ela quem fez; não foi Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O que eu disse, Ministro, foi que, se a bigamia ainda se mantém no sistema, e a Constituição diz que a união estável deverá ser incentivada pelo Estado para transformar-se em casamento, é óbvio que, se a pessoa já está casada, não há como converter em casamento, e o Estado não poderia cumprir esse dever.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas converter quando possível.

RE 397.762 / BA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - "Quando possível" é Vossa Excelência que está acrescentando à Constituição; não está isso na Constituição.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sim, exato, como Vossa Excelência está dizendo que não é.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, estou lendo a Constituição. Vossa Excelência está acrescentando "quando possível"; "quando possível" não está aqui.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas é uma interpretação lógica, recicladora da meramente vernacular. Mas, com todo o respeito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Penso que não. Também respeito o ponto de vista de Vossa Excelência apenas para dizer que a estabilidade contida no dispositivo constitucional, a meu ver, não é uma questão de tempo. Pode manter-se um casamento por cinquenta anos e ser instável, mas, como ele está formalizado, a Constituição respeita.

A estabilidade só pode ser considerada quando houver uma possibilidade de, nos termos da Constituição e da legislação infraconstitucional com ela coerente, transformar-se em casamento.

Razão pela qual peço vênia e respeito o belíssimo voto feito por Vossa Excelência, mas acompanho o voto do Ministro-Relator porque entendo que amor é uma coisa, é sentimento, e o Direito é

RE 397.762 / BA

razão, embora, claro, respeitando-se e considerando tanto quanto possível, exatamente, as razões dos sentimentos, mas sem abrir mão nunca de saber que aqui temos de racionalizar até em benefício do equilíbrio de todas as instituições, uma das quais, o casamento.

É como voto, Senhor Presidente.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia (§ 4º do artigo 96 do RISTF)

03/06/2008**PRIMEIRA TURMA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA****À REVISÃO DE APARTE DO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO.**

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762

VOTO

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, estamos vivendo um momento de grandeza do Supremo Tribunal Federal. Na semana passada, tivemos um julgamento histórico, o dos embriões. Quero crer que, neste momento, estamos proferindo um julgamento que, também, ficará para a História, um julgamento extraordinariamente importante pela profundidade dos votos proferidos.

Antes de me pronunciar sobre o tema, Senhor Presidente, quero louvar Vossa Excelência pelo magnífico voto proferido; também o eminente Ministro Carlos Britto, pela profunda contribuição que traz para reflexão de todos nós; o voto magnífico também do Ministro Carlos Alberto Direito; e o não menos precioso voto da Ministra Cármen Lúcia.

Peço vênia, louvando o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, para acompanhar o eminente Relator. Faço-o também com brevíssimas considerações.

RE 397.762 / BA

De há muito, a doutrina e a jurisprudência vêm fazendo uma distinção muito clara entre concubinato e união estável.

O concubinato, do ponto de vista etimológico, vem de **cum cubere**, significa dormir juntos, ou seja, é uma comunhão de leitos; ao passo que a união estável é uma comunhão de vida, é uma parceria, é um companheirismo.

Essa evolução doutrinária e jurisprudencial foi agasalhada pelo constituinte de 1988. Exatamente me parece que este artigo 226, **caput**, deve ser interpretado à luz dessa evolução doutrinária e jurisprudencial. Esta parte final do § 3º do artigo 226 tem de ser levado em consideração.

Nós acabamos de vir de um julgamento histórico, o julgamento das células-tronco embrionárias.

Quer-me parecer que, de uma leitura estrita deste § 3º, temos de entender que esta união estável, esta entidade familiar referida neste dispositivo constitucional é uma espécie de embrião do futuro casamento. Tanto é assim que o texto constitucional determina que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento.

E assim o fez o legislador ordinário na Lei nº 9.278, que, em seu artigo 8º, facilitou efetivamente a conversão da união estável em casamento. Basta que aqueles que mantêm a união estável comuniquem o seu desejo ao oficial do registro civil a vontade de converter essa união estável em casamento.

RE 397.762 / BA

Como disse muito bem o eminente Ministro Carlos Alberto Direito, o Código Civil, traduzindo essa evolução jurisprudencial e doutrinária e traduzindo também a vontade do constituinte, fez uma claríssima distinção, como já acentuada também pelo eminente Ministro Marco Aurélio, entre o concubinato e a união estável.

O concubinato está definido, com todas as letras, no artigo 1.727 e a união estável no artigo 1.723. O que impressiona, eminente Ministro Carlos Alberto Direito, na definição que o Código Civil dá à união estável, que é a mesma dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.278, de 1996, é exatamente esse caráter de publicidade à união estável.

Estabelece o artigo 1.723:

"Art. 1.723 - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

Essa publicidade me parece absolutamente essencial para caracterizar a união estável. Quer-me parecer, eminente Ministro Carlos Ayres Britto, que quem mantém duas famílias, uma legal e outra na clandestinidade, certamente não estará dando publicidade a essa segunda família.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência me permite? Sempre fico mimoseado, presenteado com intervenções e votos

RE 397.762 / BA

tão brilhantes, mas digo, pura e simplesmente, que a definição de concubinato, como mero "dormir juntos", não se aplica a quem dormiu junto durante trinta anos. E segundo: é impossível manter uma relação de trinta anos às escondidas, clandestinamente. Certamente essa união era pública e notória. De qualquer forma, rendo minhas homenagens a Vossas Excelências, em conjunto.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Com a devida vênua do eminente Ministro Carlos Ayres Britto, acompanho Vossa Excelência para dar provimento ao recurso.

#

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (§ 4º do artigo 96 do RISTF)

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8

PROCED.: BAHIA

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): ESTADO DA BAHIA

ADV.(A/S): PGE-BA - ANTONIO ERNESTO LEITE RODRIGUES

RECDO.(A/S): JOANA DA PAIXÃO LUZ

ADV.(A/S): CÁTIA RÉGIA TELES NERY E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, conhecendo do recurso extraordinário e lhe dando provimento, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Britto. 1ª Turma, 04.10.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Carlos Britto, de acordo com o art. 1º, § 1º, **in fine**, da Resolução n. 278/2003. 1ª. Turma, 06.12.2005.

Decisão: Adiado o julgamento por indicação do Ministro Carlos Britto. 1ª. Turma, 07.02.2006.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator; vencido o Ministro Carlos Britto. 1ª Turma, 03.06.2008.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito. Compareceu o Ministro Eros Grau a fim de julgar processos a ele vinculados, ocupando a cadeira do Ministro Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)