

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO**

**CARLA ROSITO SCHÄFFER**

**UMA LEITURA FENOMENOLÓGICA-HERMENÊUTICA DA  
(IM)POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTOS DE DANOS NO  
ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA**

**SÃO LEOPOLDO  
2010**

**CARLA ROSITO SCHÄFFER**

**UMA LEITURA FENOMENOLÓGICA HERMENÊUTICA DA  
(IM)POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTOS DE DANOS NO  
ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA**

**Dissertação apresentada como requisito para obtenção  
título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade do Vale dos Sinos.**

**Orientador: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho**

**São Leopoldo  
2010**

Ficha catalográfica

S2961 Schäffer, Carla Rosito

Uma leitura fenomenológica-hermenêutica da (im) possibilidade de ressarcimentos de danos no âmbito do direito de família. / por Carla Rosito Schäffer, 2010.

127 f.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

“Orientação: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho, Ciências Jurídicas”.

1. Direito de família – Ressarcimento de danos. 2. Danos extrapatrimoniais – Direito de família. 3. Direito de família – Responsabilidade civil - ressarcimento de danos. 4. Hermenêutica filosófica –Ressarcimento de danos - Direito de família. I. Título.

CDU 347.6

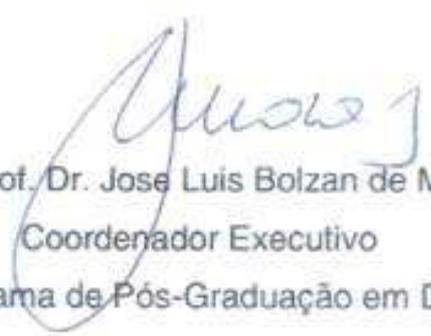
Catálogo na Publicação:

Bibliotecária: Carla Inês Costa dos Santos - CRB 10/973

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**Uma leitura fenomenológico-hermenêutica da (im)possibilidade de ressarcimentos de danos no âmbito do direito de família**", elaborada pelo mestrando **Carla Rosito Schäffer**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

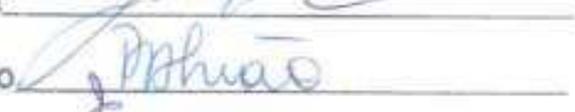
São Leopoldo, 28 de agosto de 2009.

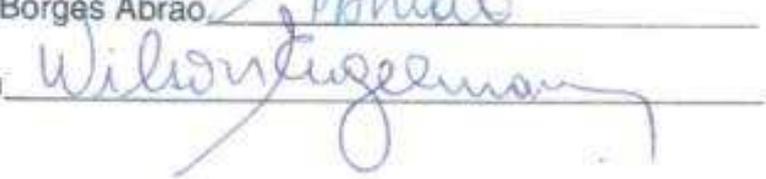
  
Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,  
Coordenador Executivo

do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Carlos Moreira da Silva 

Membro: Dra. Rosa Maria Zaia Borges Abrão 

Membro: Dr. Wilson Engelmann 

*Para Sebastián, que nunca deixou de acreditar.*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Doutor Jose Carlos Moreira da Silva Filho, que me orientou nesta jornada, meus sinceros agradecimentos pela dedicação e competência; por seu empenho, disposição, confiança e, principalmente, por me apresentar à fenomenologia hermenêutica.

À professora Doutora Deisy de Freitas Lima Ventura, exemplo de professora, de mestra, de ser humano e de mulher.

A Thais Coutinho de Oliveira, pelo empréstimo do seu gabinete para estudos e desabafos.

Às amigas que me acompanharam neste período de mestrado: Francele, Fernanda, Andrize, Ana Paula e Geralda, que tantas angústias, cópias, livros e idéias compartilharam comigo.

À minha família, que me faz entender o que é realmente o afeto.

*“Negar la sucesión temporal, negar el yo, negar el universo astronómico, son desesperaciones aparentes y consuelos secretos.*

*El tiempo es la substancia de que estoy hecho. El tiempo es un río que me arrebató, pero yo soy el río; es un tigre que me destroza, pero yo soy el tigre; es un fuego que me consume, pero yo soy el fuego. El mundo, desgraciadamente, es real; yo, desgraciadamente, soy Borges.”*

*(Jorge Luís Borges, Nueva Refutación del Tiempo)*

## RESUMO

Examina-se, nesta dissertação, a viabilidade da responsabilidade civil no âmbito do direito de família em um diálogo transdisciplinar com a fenomenologia hermenêutica. O tema central deste trabalho é a análise do paradoxo estabelecido entre a perspectiva de indenização de danos decorrentes do término do afeto, no âmbito da relação de família, com fundamento na dignidade da pessoa humana. Na perspectiva da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana tornou-se fundamento central do direito e de ordem normativa infraconstitucional, mas faz-se necessário dar novo destaque à discussão da pessoa humana, trazendo o enfoque filosófico fenomenológico. A dignidade da pessoa humana se tornou o fundamento para todo e qualquer direito que se queira justificar. Para auxiliar tanto na caracterização quanto na demonstração do objeto em estudo, estuda-se a principal doutrina e a jurisprudência acerca da matéria, notadamente da Argentina e do Brasil, países que apresentam teorias doutrinárias e decisões jurisprudenciais fundamentalmente opostas. A dissertação evidencia, em última análise, que o horizonte fenomenológico do ser humano ainda está distante das decisões judiciais, não raro lastreadas na convicção última de cada julgador. A partir do surgimento dos novos direitos, as transformações sociais impuseram aos operadores e teóricos do direito a necessidade de revisitarem conceitos humano-fundamentais, sobretudo face à complexidade da sociedade moderna. Por esta razão, o presente trabalho situa-se dentro da linha de pesquisa do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, denominada “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”.

**Palavras-chaves:** Direito privado. Direito de Família. Responsabilidade civil. Danos extrapatrimoniais. Monetização das relações privadas. Hermenêutica filosófica. Dignidade humana. Indenização.

## ABSTRACT

The thesis examines the civil liability on the family law on a transdisciplinary dialogue with heideggerian phenomenology. The central theme of this work is to analyze the paradox between the prospect of liability when the affection within the relationship of family ends, based on human dignity. According to the Federal Constitution of 1988, human dignity became a central foundation of law and normative infra-constitutional order, but it is necessary to give new focus to the discussion of the person bringing the phenomenological approach. Human The dignity has become the reason for any right. In order to help in the as in the demonstration of the object under study, it examines the main doctrine and jurisprudences, especially in Argentina and Brazil, countries with theories and jurisprudential decisions fundamentally opposed. The thesis shows that the phenomenological horizon of the human being has not arrived on trials, often validated by the last conviction of each judge. As the new rights emerge, the social changes imposed on law operators and theoretical a urgent need to revisit human concepts, particularly about the complexity of modern society, which is why this work is situated within the research line of the program of Graduate Studies in Law of the University Vale do Rio dos Sinos, called "Society, New Rights and Transnationalism."

**Keywords:** Civil Law. Family Law. Civil liability. Non-economic damages. Assessment of the private relationships. Heideggerian phenomenology. Human Dignity. Compensation.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO SOB UM VIÉS FENOMENOLÓGICO HERMENÊUTICO.....</b>	<b>14</b>
2.1 O CONCEITO DE PESSOA FRENTE À FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA	14
2.2 O DIREITO CIVIL E A NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA .....	30
2.3 O NOVO CONSTITUCIONALISMO E O RESSURGIMENTO DA DISCUSSÃO SOBRE A PESSOA: A PREVALÊNCIA DO SER SOBRE O TER NA DISCUSSÃO DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	41
<b>3 FAMÍLIA E AFETO .....</b>	<b>52</b>
3.1 O DESENVOLVIMENTO LEGISLATIVO DA FAMÍLIA NO SÉCULO XX.....	52
3.2 O DIREITO DE FAMÍLIA CONSTITUCIONAL: O AFETO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA .....	60
3.3 OS REFLEXOS DE ORDEM NORMATIVA E HERMENÊUTICA FENOMENOLÓGICA NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA .....	69
<b>4 A RESPONSABILIDADE CIVIL E A REPARAÇÃO DE DANOS NO DIREITO DE FAMÍLIA.....</b>	<b>75</b>
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: PAGAR E REPARAR? .....	75
4.2 A CULPA COMO CONDUTA .....	87
4.3 A OCORRÊNCIA DE REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	91
4.3.1 A Dissolução Da Sociedade Conjugal .....	94
4.3.2 O Abandono Afetivo.....	103
4.3.3 A Reparação Dos Danos Na Ruptura Do Noivado.....	109
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>114</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>118</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema selecionado para estudo nesta dissertação propicia debates rigorosos e bem fundamentados, não raro lastreados na convicção última de cada protagonista, com relação ao sentido e ao alcance da responsabilidade civil no âmbito do direito de família.

Vários trabalhos – acadêmicos e doutrinários – abordam o tema da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica, colocando a pessoa humana no cerne de todo o ordenamento jurídico, lugar que outrora fora destinado ao patrimônio. Fala-se em repersonalização do direito civil o que representa, sobretudo, um retorno à pessoa – a pessoa como objeto principal da prestação jurisdicional. Esta pessoa enquanto ser-no-mundo que deve igualmente ser entendida no âmbito do direito de família.

Ainda que seja possível enfrentar a questão apenas na dimensão da interpretação jurídica vigente, certo é que deve estar presente a dimensão filosófica, atraindo fortemente a melhor construção do direito para a eficácia da prestação jurisdicional.

Não raras vezes, a doutrina envolve a noção de dignidade da pessoa humana como fundamento do direito civil repersonalizado nas mesmas referências teóricas iluministas, especialmente a ética kantiana. Mas, “se realmente queremos empreender um deslocamento conceitual rumo à ‘pessoa concreta’ precisamos ir além” (SILVA FILHO, 2008, p. 14). Ou seja, precisamos adequar tal discussão aos fenômenos contemporâneos que compõem a nossa compreensão da realidade.

Assim, o referencial teórico apontado neste trabalho é a fenomenologia hermenêutica, especialmente importante para iluminar a discussão sobre reparação civil dentro do direito de família. A fenomenologia hermenêutica busca, entre outras coisas, superar o esquema sujeito-objeto que tem sido perpetuado no pensamento jurídico e, quando aplicada à questão pragmática, aponta as conseqüências do enfoque do sujeito de direito nas relações jurídicas privadas que derive de uma leitura existencial, no enfoque heideggeriano da pessoa humana. Faz-se necessário esclarecer, desde logo, que a leitura heideggeriana não está voltada,

especificamente, para a questão ética e/ou axiológica, e sim para o viés ontológico. Em outras palavras, pode-se afirmar que a preocupação ontológica independe de valores filosóficos morais e éticos, o que não impede que se pense no aspecto ético (ou moral) a partir de uma postura ontológica.

A repersonalização, que coloca a pessoa no centro do universo jurídico, necessita entender a pessoa tanto no seu universo racional como também no seu universo particular concreto, porque “existem inúmeros aspectos reais da vida em relação que ficam de fora dos recortes funcionais e abstratos da teoria jurídica e que só podem ser percebidos na dimensão concreta da existencialidade” (SILVA FILHO, 2007, p. 266).

A idéia de se unir a reflexão filosófica acima identificada ao direito de família sobreveio porque a família é um terreno fértil em mudanças, se apresentando como um dos campos mais incitantes do direito.

Há uma grande complexidade da prestação jurisdicional em matéria de família. É flagrante e incontroverso o fato de que a família sofreu profundas e significativas alterações nas últimas décadas. Denota-se da leitura de nosso atual código civil e as leis esparsas sobre o tema de direito de família que hoje se dá maior importância aos vínculos estabelecidos pelo amor, chegando a se priorizar, por vezes, os laços de afeto em relação aos de sangue ou legais. E, nesse diapasão, é evidente que as relações de afeto assumem um papel cada vez mais importante na nossa sociedade. Sabe-se, todavia, que o indivíduo é formado pela sociedade, porém a sociedade tem suas leis e não se pode identificar as leis da sociedade com as leis do indivíduo.

Nesta época, na qual a tendência é humanizar o Direito, onde o afeto permeia todas as relações de família, chamam a atenção algumas decisões de nossos tribunais nas quais as relações de família são monetarizadas em decorrência do rompimento do vínculo afetivo, bem como é alarmista a posição de alguns doutrinadores em defender a idéia de impor àquele que agiu de forma lesiva com quem mantinha uma relação amorosa e/ou familiar a obrigação de indenizar por danos morais.

Humanizar e monetarizar parecem palavras antagônicas, em princípio. Mas será que realmente o são? Monetarizar, no caso, significaria impor a obrigação de indenizar àquele que não cumpriu os deveres decorrentes do afeto. Mas será que a monetarização não seria um dos resultados da humanização neste mundo onde todas as formas de ressarcimento estão vinculadas ao vigente (e frágil) sistema capitalista?

Se considerarmos a tendência hodierna de indenização por danos morais – a chamada “indústria do dano moral” – a tendência é que os pedidos indenizatórios alcancem as relações erótico-afetivas. Está-se agora diante de situações em que o afeto, de sentimento espontâneo, passa a ser utilizado como fundamento para a busca de satisfações indenizatórias.

O problema da presente dissertação, portanto, está centrado na impossibilidade de ressarcimento de danos face a uma leitura existencialista heideggeriana do ser, o qual está inserido na família.

O presente trabalho tem a finalidade de clarear a questão da culpa e da reparação de danos extrapatrimoniais nas relações de família, fazendo uma leitura do ser em família sob um viés existencialista heideggeriano porquanto é necessário elevar a discussão à nível que exceda o aspecto meramente normativo ou subjetivo.

A matéria sobre indenização por danos sofridos entre cônjuges ou conviventes não é nova, mas igualmente não é pacífica. Em que pese haver orientação doutrinária dominante favorável ao ressarcimento de danos morais entre os cônjuges, esta postura não é a mesma nos Tribunais, que têm visto com pouca simpatia a monetarização do direito de família.

Infidelidade conjugal, por exemplo, existe desde que duas pessoas assumem o compromisso de respeitar um ao outro e prometem construir uma vida em conjunto. Todavia, apesar do adultério não ser mais considerado crime por nossa legislação penal, há inúmeros pedidos que tramitam no Poder Judiciário lastreados na violação de direitos decorrentes de uma relação amorosa. O ressarcimento por danos extrapatrimoniais no âmbito de direito de família é a instauração da cultura de danos morais sedimentada no seio da sociedade, afinal, a família é um fato da cultura e, como tal, “todo casamento é um encontro dramático entre a natureza e a cultura, entre a aliança e o parentesco [...]” (BEAUVOIR, 2007, p. 187).

Mas não são apenas as violações de deveres do casamento que fundamentam os pedidos de indenização na seara da responsabilização civil. Também existe a monetarização das relações entre pais e filhos. Pais que se distanciam do convívio com o seu filho são argüidos como responsáveis por indenizar o filho – é que se passou a chamar de “abandono afetivo”. Sob essa mesma ótica, o genitor que descumpre o horário de visitação de seu filho, não comparecendo aos encontros, deve ser punido com uma multa à cada visitação faltada. Com isso evitar-se-ia futuras indenizações por abandono afetivo? O pai tem direito de não querer usufruir a companhia de seus filhos? É possível obrigar um pai a amar seu próprio filho?

Nesta mesma seara, apresenta-se a discussão sobre o ressarcimento – monetário, como não poderia deixar de ser – pela ruptura da promessa de casamento: o noivado. O (futuro e incerto) compromisso de felicidade assumido entre os noivos ganha status de ilícito quando tal compromisso não se realiza. Apontar um culpado pelo término do vínculo de afetividade, na promessa de casamento, repararia qualquer dignidade? Como fica a questão da liberdade daquele que não mais nutre afeto pelo outro? A (simples) promessa se transforma em (cara) obrigação?

Dentre das hipóteses de reparação civil no âmbito de direito de família - ruptura de noivado; negativa de reconhecimento da paternidade; abandono afetivo; falha na educação aos filhos; entre outros – este trabalho abordará a responsabilidade civil na ruptura da sociedade conjugal por infração aos direitos materiais e/ou imateriais do consorte. Afinal, ao abonar às relações de família com este caráter monetário estar-se-á impondo preço ao afeto? É fazer do amor (mais) uma mercadoria?

O problema da presente dissertação subsiste em razão de que a família, garantida constitucionalmente e com as feições modernas que assumiu, sobretudo referente à repersonalização do direito, não se presta para a monetarização do afeto.

A presente pesquisa justifica-se também pelo fato de, nas hipóteses apresentadas, o julgador imprimir subjetividade às decisões, conforme se auffle pelas decisões apontadas na pesquisa desenvolvida.

Observa-se que não há reflexões desenvolvidas no tema que se propõe, relacionando o ser enquanto ser-no-mundo e a família onde ele está inserido, sobretudo no aspecto da indenização decorrente da responsabilidade civil nas hipóteses de dissolução conjugal, abandono afetivo e ruptura de noivado.

Esclarece-se, desde logo, que os conceitos de casamento apresentados neste trabalho igualmente são aplicados às conseqüências relativas à união estável. A realidade social (e também normativa jurídica) impôs que as conseqüências do casamento sejam iguais para união estável, sob pena de grave desequilíbrio da prestação jurisdicional ao desconhecer a existência de família assim constituída.

Estamos na era da repersonalização do direito de família ou da repatrimonialização do direito de família?

Face à necessária leitura transdisciplinar do direito, refletindo sobre o direito em um contexto capaz de vincular lei e realidade, o presente trabalho visa propiciar a discussão da ocorrência de dano extrapatrimonial indenizável no âmbito das relações familiares sob o viés da fenomenologia hermenêutica.

A despeito da polêmica acerca das definições e dos sentidos relacionados ao dano moral e dano extrapatrimonial, neste trabalho utiliza-se o termo dano extrapatrimonial para fazer referência ao dano que não pode ser auferido ou quantificado objetivamente, na esfera patrimonial da pessoa ofendida. Assim, o dano extrapatrimonial traz em si o dano moral em uma noção mais ampla, significando outras possibilidades de danos além do dano moral.

Esclarece-se, introdutoriamente, que não se trata de condenar o ressarcimento por dano extrapatrimonial. Isto é, não significa que o dano derivado de outras esferas – sobretudo obrigacional – não apresente um cunho ressarcitório patrimonial. Em regra, sempre que há um ilícito, o direito reage determinando que o culpado restabeleça a situação como ela deveria estar configurada no mundo ideal. Em sendo isso impossível, o direito determina que o causador do dano, indenize o sofredor, ou seja, pague uma compensação monetária.

Mas, respeitada a diferença de relações, entende-se que há um paradoxo na possibilidade de indenização pecuniária decorrente das relações de família, conforme se passa a expor.

## 2 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO SOB UM VIÉS FENOMENOLÓGICO HERMENÊUTICO

### 2.1 O CONCEITO DE PESSOA FRENTE À FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA

Para se compreender a contribuição que a fenomenologia hermenêutica pode dar ao conceito de pessoa, apresentar-se-á uma (sucinta) reflexão sobre o enfoque existencial heideggeriano. A fenomenologia, desenvolvida inicialmente pelo filósofo alemão Martin Heidegger, proporciona desvelar facetas da existência humana.

Segundo Heidegger (1998), quando se pretende estudar o homem, torna-se imprescindível questionar o que significa ser homem. Uma de suas obras fundamentais é *Ser e Tempo*<sup>1</sup>, na qual objetiva determinar adequadamente o sentido do ser. Na obra, o homem é compreendido enquanto faticidade, enquanto ser-no-mundo (STEIN, 2001). Heidegger (1998) faz uma tentativa de compreender a existência do ser humano ontologicamente a partir da explicação do ente do ser, o ser-aí (Dasein)<sup>2</sup>. O filósofo analisa, portanto, a questão do ser, fundamentando-a sobre esse ente que pode compreender o ser.

*Ser e Tempo* remete para constituições ontológicas nos movimentos de passagem do ser para o ser-aí, e a passagem fundamental é o tempo.

Por ente deve-se entender tudo aquilo em relação à fala, ao pensamento, comportamento e também o que nós próprios somos e a maneira como nós somos. Afinal, “o ser é sempre o ser de um ente” (HEIDEGGER, 1998, p. 35).

---

<sup>1</sup> No título original: *Sein und Zeit*, publicado em 1927.

<sup>2</sup> No exemplar consultado de *Ser e Tempo* (HEIDEGGER, 1998), a tradutora Márcia de Sá Cavalcante elegeu a palavra “pre-sença” para traduzir Dasein. Todavia, filio-me à doutrina de que Dasein não é sinônimo de presença, tampouco de existência ou de homem. Assim, no trabalho ora apresentado, optou-se por manter a grafia original – Dasein – ou a tradução em “ser-aí”, para evitar que a interpretação permanecesse no sentido metafísico de homem ou de existência. Durante este trabalho, ser-aí e Dasein serão utilizados como sinônimos e, nas eventuais citações da obra *Ser e Tempo*, “pre-sença” será substituída por Dasein.

O homem moderno, ao instituir a certeza como única medida da verdade, passa a somente interpretar como verdadeiro o que é efetivamente real, desconsiderando o horizonte ou a sua possibilidade. Heidegger propõe recolocar a questão ontológica com o objetivo de fazer despertar para a compreensão do sentido do ser: a compreensão entre o ser e o ente, e a constatação de que o homem moderno esqueceu o ser.

Frente a isso, o projeto de Heidegger é elaborar a ontologia fundamental, “onde busca trabalhar a questão do sentido do ser através da elucidação do lugar onde se coloca a questão do sentido do ser, onde se dá a compreensão do ser, o Dasein” (FLEIG, 1991, p. 92-93).

Pode-se compreender melhor essa questão colocada pelo filósofo ao se esclarecer que a diferença entre *ser* e *ente* corresponde à diferença entre o infinitivo e o particípio presente do verbo ser. Ente indica o que se efetua, tudo que é real e efetivo porquanto é através do ente que o ser se realiza (PESSOA, 2007).

Se o ser traz em si tão somente a questão ontológica, o Dasein a ultrapassa. Esse estranho vocabulário adotado por Heidegger tem uma razão: “ele está sugerindo uma perspectiva que divide as coisas diferentemente do que estamos acostumados”<sup>3</sup> (RICHARDSON, 1986, p. 09).

Esta realidade a que chamamos *Dasein* é, ao mesmo tempo, pessoal e temporal, ou seja, condicionada pela temporalidade – já refere o título da principal obra de Heidegger as duas realidades: “Ser e Tempo” – e, portanto, há toda uma série de categorias que precisamente são as que vão delinear a realidade nos diferentes aspectos. O filósofo elabora uma complexa ontologia de diferentes realidades, que engloba as coisas exteriores, as coisas que integram o mundo, as coisas físicas, até justamente o mais profundo da pessoa, mas sem nunca esquecer que a condição humana é, também, uma condição temporal:

“O tempo não é e nunca está simplesmente dado no ‘sujeito’, nem no ‘objeto’ e nem tampouco ‘dentro’ ou ‘fora’. O tempo é anterior a toda subjetividade e objetividade porque constitui a própria possibilidade desse ‘anterior’” (HEIDEGGER, 1998, p. 231).

---

<sup>3</sup> Tradução livre. No original: “he is suggesting a perspective that divides things differently than we are accustomed to do”.

Heidegger opta por usar o neologismo de sua autoria – Dasein – para identificar o ser humano e estabelece que a tarefa de recolocar a pergunta pelo sentido do Ser (do ente) deve passar pela analítica do Dasein. A expressão Dasein “mostra claramente que, “de início”, este ente não se acha remetido a outros e que apenas posteriormente é que também pode ser co-Dasein com outros” (HEIDEGGER, 1998, p. 171).

A escolha deste termo não é aleatória, ao contrário, a formação do conceito a indica por si só o modo do encaminhamento heideggeriano da questão: o prefixo *da* representa o mundo no sentido metafórico (*die Welt*), Esse mundo mantém relações formadas pelo conjunto de coisas e pessoas que os compõem. Portanto, o ser deve ser visto desde sua perspectiva da cotidianidade (*alltäglichkeit*) tanto na sua disposição objetual (quando lidamos cotidianamente com os objetos que necessitamos) quanto pessoal (quando interagimos com as pessoas que nos cercam).

Antes de ser uma espécie biológica ou cultural, o ser humano é um ser lançado (*geworfen*) no mundo de coisas e pessoas que lhe pré-existiam, assim a pré-condição da sua existência é a presença nele de uma estrutura ontológica. Essa estrutura mais fundamental do ser humano é, portanto, ser-no-mundo (*in-der-welt-sein*).

O Dasein é um ente que não se limita a colocar-se diante de outros entes, pois tem também uma relação consigo mesmo, procura uma compreensão de si. Portanto, o ser-aí é definido como um ente que, em cada caso sou eu mesmo, o que significa que cada ser humano tem suas características próprias embora todos guardem possibilidades semelhantes. Este ente, que é cada um de nós, tem, entre outras possibilidades, a de ser, a de questionar-se. A característica hermenêutica do ser está na possibilidade de aproximar-se dos entes, já que o ser existe para dar sentido aos entes. O que se vê não é o ser, é o ente no seu ser (STRECK, 2007).

Para tanto necessita, primeiramente, explicitar quem é o ente que se propõe a pergunta sobre o sentido do ser. Nesse sentido, Heidegger (1998) discorre sobre a questão do sentido do ser frente ao acabamento da metafísica (PESSOA, 2007). O homem é o ente que se propõe e persegue a pergunta fundamental sobre o sentido do ser. Esse ente, que nós somos, vem definido pelo termo Dasein, ou ser-aí. Dessa forma, a primeira característica do homem é precisamente o Dasein, indicando que o

homem sempre se encontra em uma situação, lançado nela e em relação ativa com a situação.

Ele trata de entender o que quer dizer a palavra ser - em geral, em todos os sentidos - mas - e aí está a grande descoberta de Heidegger - a abordagem do problema do ser depende precisamente do problema do Dasein. Com essa palavra, Dasein, Heidegger "quer indicar que, antes de estarem ontologicamente separados em sujeito e objeto, o homem e o mundo se constituem na unidade do acontecimento existencial" (PESSOA, 2007, p. 83) – o que ele chama de ser-no-mundo (*der-Welt-sein*). O que comumente chamamos de ser humano seria um termo já corrompido por más interpretações do ser e, por isso, Heidegger introduz esse novo termo: Dasein.

Sair do elemento "ente", porque está entificado, parte da noção de que a preocupação ilumina a condição de possibilidade. E, de tal modo, pode-se afirmar que a verdade do ser foi esquecida, devido ao homem moderno só considerar a certeza dos entes. É necessário ir além do ente, transcender os limites existenciais.

O ser-aí joga originariamente nosso ser no mundo. Mas ser-no-mundo não quer dizer que o homem se acha no meio da natureza, ao lado de árvores, animais, coisas e outros homens. Ser-no-mundo não é um simples fato; ser-no-mundo é uma estrutura de realização (LEÃO, 1998).

De acordo com Heidegger (1998), o que caracteriza o Dasein é o ser-no-mundo, estrutura que é captada pelo homem no seu próprio existir. A essência do homem está em seu "ser relativamente a" alguma coisa ou alguém. O ser-no-mundo vive simultaneamente o mundo dos objetos que o rodeiam, o mundo natural (*unwelt*), o mundo das relações com os seus semelhantes (*mitwelt*) e o seu mundo pessoal, das suas relações consigo mesmo (*eingewelt*).

Homem e mundo têm origem no comum do problema do existir, porque justamente o nível em que se aborda o problema do ser é o problema do Dasein, o problema da pessoa.

Desta forma, compreende-se a característica fundamental do homem enquanto ser-no-mundo. O homem está-no-mundo, isso implica na atitude de cuidado com as coisas que são na medida em que podem ser utilizadas pelo homem. Dessa forma, o homem compreende uma coisa quando sabe o que pode

dela fazer, da mesma forma, compreende-se a si próprio quando sabe o que pode fazer consigo mesmo; isto é, quando percebe suas possibilidades.

Esta atitude de abertura para o futuro, para o vir-a-ser constitui a realidade humana. O ser-no-mundo é um existencial, portanto; assim como também é um existencial o ser-com-os-outros (*mit-sein*). Não existe sujeito sem mundo. Assim, retomando a noção de intencionalidade, o ser humano não constitui uma consciência separada do mundo: ser é eclodir no mundo. Ou seja, Dasein e mundo são co-originários (FLEIG, 1991).

No que tange às relações, o “ser-com-os-outros” se expressa pelo cuidar dos outros. Esse cuidar dos outros pode tomar direções diferentes: pode caminhar na direção de subtrair os outros de seus cuidados, ou pode procurar ajudá-los a conquistar a liberdade de assumir seus próprios cuidados. No primeiro caso, estamos diante de uma forma inautêntica de coexistência, um simples “estar junto”, no segundo caso, temos um autêntico coexistir, no qual a cada um é desafiado a assumir-se sujeito de sua própria projeção.

Para Heidegger, os fundamentos do ser humano estão no estado de consciência, uma preocupação com o “ser-no-mundo” (*In-der-Welt-sein*) um sentimento do peso do ter-de-ser. Esse estado de preocupação do ser com o seu estar-no-mundo capacita o próprio ser a preocupar-se também com o ser-dos-outros, isto é, “abre” o ser que, desta forma, pode, então, dentre outras coisas, passar do modo de ocupação para o modo próprio de ser, o da preocupação.

A ontologia fundamental, portanto, se funda no compreender e não mais no entendimento.

O conhecimento dos objetos não se dá pelo lado das idéias, imagem e semelhança da eternidade, mas a partir do Dasein, onde a condição de ser-no-mundo nos dá a condição da inteligibilidade dos objetos. Essa condição originária é a temporalidade, que dá sentido do próprio Dasein e o sentido dos objetos (FLEIG, 1991, p. 96).

Heidegger (1998) afirma que a pergunta pelo ser do ente deve ser recolocada e a tradição ontológica ultrapassada, porquanto, para o filósofo, a principal dimensão do ser - a existencial - foi omitida na tradição ontológica, tendo sido privilegiado o ser do ente como um ente. Essa entificação do ser leva-nos ao esquecimento do ser. Assim, se o ser não é um ente, a tarefa fenomenológica consiste em mostrar o

sentido mais fundamental do ser, aquele que se esconderia por trás do sentido substancial e lhe serviria de condição de possibilidade.

Heidegger (1998) rompe aqui, claramente, com a visão romântica do filósofo que investiga o ser como algo apartado do universo das coisas concretas, da trivialidade das decisões pequenas e dos manuseios automáticos. Ao contrário do contemplativo, o filósofo Heidegger busca o sentido do ser nos afazeres banais, como abrir uma porta, usar um martelo, etc. Se há um uso automático de tais instrumentos é porque o Dasein está familiarizado com a finalidade do uso destes objetos.

Além disso, a identificação da estrutura ontológica do ser humano como ser-no-mundo implica um rompimento definitivo com o dualismo metafísico corpo e mente, sujeito e objeto. Não há, nesta interpretação heideggeriana da estrutura ontológica fundamental do ser humano como ser-no-mundo, a possibilidade de separarmos o pensamento e a subjetividade (incluindo as emoções), dos objetos e das pessoas com as quais nos encontramos, pois ambos estão intrinsecamente relacionados, dependem uns dos outros. O mesmo acontece com o uso dos objetos com os quais o Dasein tem total familiaridade.

Por isso, o homem é Dasein (ser-aí), o ente aberto ao ser, porquanto o ente não é fixo, como o sentido que representa o ser de uma pedra ou de uma mesa. Nunca o ser da existência do homem é algo acabado, mas é sempre livre. A liberdade não é propriedade do Dasein, mas do ser de sua existência.

Outro ponto relevante da filosofia heideggeriana é a oposição entre a existência inautêntica e a existência autêntica do homem. A primeira se refere à vida cotidiana possuidora de três aspectos: a faticidade, a existencialidade (ou a transcendência) e a ruína (ou a queda).

A faticidade consiste no fato de o homem estar jogado no mundo, sem que sua vontade tenha participado disso. A existencialidade (ou transcendência) se refere a existência interior e pessoal, levando-se em conta que o homem é um ser projetado para fora de si mesmo, mas sempre preso às fronteiras do mundo em que se encontra submerso. A ruína, por sua vez, significa o desvio de cada indivíduo a seu projeto essencial, em favor das preocupações cotidianas. Esta é a existência

inautêntica, porque o homem, nessa situação, nega a si próprio em detrimento dos outros.

Já a existência autêntica do homem é aquela que o coloca como verdadeiro revelador do ser, por este tem que emergir da angústia (*angst*) para se colocar no seu devido lugar de Dasein: “Relembra-se que as funções da angústia ao direcionar nossa atenção para como a orientação futura da existência está sempre nos chamando para a questão com sua incerteza” (HYDE, 2001, p. 55)<sup>4</sup>.

A angústia - segundo Heidegger - é, dentre todos os sentimentos e modos da existência humana, aquela que pode reconduzir o homem ao encontro de sua totalidade como ser e reduzir a imersão da cotidianidade, porque na angústia não nos sentimos confortáveis no lugar onde estamos e, com isso, conseguimos dar o passo inicial para nos afastarmos deste lugar seguro (RICHARDSON, 1986)<sup>5</sup>.

A partir da apreensão da angústia, o homem percebe-se como um ser-para-morte, devido ao fato de intuir a existência. Quando isso ocorre, Heidegger afirma haver duas soluções: ou o homem foge para a cotidianidade ou supera a angústia, manifestando seu poder de transcendência sobre o mundo e sobre si mesmo. Por isto, a angústia nos abre para um chamado à consciência, onde se transformam o tempo vivido e espaço da existência cotidiana (HYDE, 2001)<sup>6</sup>.

A autenticidade, portanto, pressupõe uma consciência da dimensão finita e temporal da existência humana.

Com essa pequena introdução sobre o existencialismo heideggeriano, pode-se entender melhor a sua crítica ao essencialismo da metafísica, face à visão do homem enquanto substância, essência ou natureza, que é apregoado pelo esquema metafísico. Isto equivale, no fundo, a objetivar o homem, a considerá-lo como coisa entre coisas, já que não leva-se em conta que o ser humano é capaz de significar o seu próprio ser.

---

<sup>4</sup> Tradução livre. No original: “Recall that anxiety functions by directing our attention to how the future orientation of existence is always calling us into the question with its uncertainty.”

<sup>5</sup> Tradução livre. No original: “In anxiety we are not-at-home in the world in which we happen to have been, and hence lose our tendency to grasp ourselves solely in terms of that world” (RICHARDSON, 1986, p. 136).

<sup>6</sup> Tradução livre. No original: “Other matters that warrant Heidegger’s consideration as he elaborates on this point includes how anxiety, in opening us to call of conscience, transforms the lived time and space of everyday existence [...]” (HYDE, 2001, p. 50).

Dependendo do engajamento em que a pessoa se encontra com as coisas, manipula, transaciona, e se preocupa com as pessoas e coisas em um mundo que lhe é familiar, essa pessoa manifesta um "estado de cuidado", que pode ser de mera ocupação ou pode ir além, tornando-se "preocupação", o que pressupõe uma abertura existencial para esse mundo cheio de possibilidades no qual todos nós vivemos.

Heidegger usa três palavras correlatas, que permitem repensar as atitudes primariamente cognitivas e teóricas para com o mundo: *sorge*, *besorge*, *fürsorge* (INWOOD, 2002).

*Sorge* – traduzido como cura ou cuidado – pertence ao próprio Dasein; *besorgen* – traduzido como ocupação – refere-se às suas atividades do mundo; e *fürsorge* – traduzido como preocupação – está relacionado ao seu ser-com-outros. Do ponto de vista ontológico, o Dasein, em princípio, diversa de todo o ser simplesmente dado e de todo real. Seu teor não se funda na substancialidade de uma substância e sim na “autoconsciência do si-mesmo existente e cujo ser foi concebido como cura” (HEIDEGGER, 1998, p. 95).

Desta forma, *sorge*, enquanto cura ou cuidado, é a constituição ontológica do Dasein, levando-se em conta o movimento e as relações deste como ser-no-mundo.

É o cuidado (*sorge*) que permite ao Dasein reconhecer a existência da dimensão material do mundo, representada pelos seus utilitários, e também a existência de outros Daseins. O cuidado revela dois aspectos: estrutura que está agindo em função da coisa que se antecipa e ter consciência disso.

O modo de ser básico do Dasein constitui em que, em seu ser, está em jogo seu próprio ser. Este modo básico de ser é concebido como cuidado (*sorge*). Enquanto o Dasein é, essencialmente, um ser-no-mundo, este cuidado é não menos originalmente ocupação (*besorgen*). E, enquanto o Dasein é um ser-com-os-outros, o modo básico de ser dele é preocupação (*fürsorge*) (INWOOD, 2002).

Então, poder-se-ia dizer que o sentido do ser é o cuidado, esquecido pela tradição. Richardson (1986, p. 46) refere que “o cuidado torna-se o nome para nossa maneira evidente (característica) do ser, enquanto isto tem sido descoberto (desvelado) através do estudo da cotidianidade”<sup>7</sup>.

O núcleo central destes modos de ser é o estado de preocupação (*fürsorge*), o estado de cuidado (*sorge*) do ser-aí e que deve ser visto de vários ângulos. Refere-se, também, às formas pelas quais o ser-aí aproxima-se de outras pessoas e coisas (ou afasta-se delas).

O cuidado é a estrutura ontológica mais importante do Dasein e à qual estão subsumidas a ocupação (*besorgen*) e as relações interpessoais (*fürsorgen*), indicando o sentimento de cuidado e a preocupação que cada um de nós possui com relação a sua própria existência.

Uma vez lançados no mundo, sem que nos tenha sido dada nenhuma explicação do porque e para que estamos vivos, o mundo com sua multiplicidade de possibilidades, objetos e pessoas, nos causa angústia (*angst*) e medo.

Da leitura fenomenológica, entende-se que ser-em é uma categoria de ser-no-mundo, especificamente no dar-se conta do envolvimento do Dasein com o mundo (das *Man*). Pode-se resumir que o ser-em possui quatro aspectos: compreensão (*verstehen*), estado de ânimo (*befindlichkeit*), queda (ou decaída, *verfallen*) e discurso (rede).

A compreensão e estado de ânimo sempre se antecipam e não são passíveis de escolha pelo Dasein porque ambos - o estado de ânimo e a nossa compreensão – são algo nas quais já nos encontramos, não havendo a possibilidade de produzi-los originalmente (RICHARDSON, 1986)<sup>8</sup>.

O ser-aí é lançado em um horizonte de sentido que, por sua vez, delimita as próprias possibilidades de sentido, ou seja, o homem existe a partir de suas bases, não antes destas (SILVA FILHO, 2007).

---

<sup>7</sup> Tradução livre. No original: “[...] becomes the name for our distinctive manner of Being, as this has been uncovered through the study of our everydayness”.

<sup>8</sup> Tradução livre. No original: “Not only our moods, but even our understanding, is something we find ourselves already in, with no possibility of originally producing it” (RICHARDSON, 1986, p. 34).

O caráter projetante do Dasein, o projeto, se caracteriza pelas escolhas que são feitas a partir do horizonte de sentido. No entanto, cada escolha é também uma renúncia já que a escolha impõe também o sacrifício de renunciar às possibilidades que não foram escolhidas (SILVA FILHO, 2007).

O discurso leva as pessoas a reconhecerem (em si e nos outros) os limites existenciais e, portanto, ele “é constitutivo da existência do Dasein, uma vez que perfaz a constituição existencial de sua abertura” (HEIDEGGER, 1998, p. 220). O sentido do ser, portanto, é dado através do discurso. A função primordial do discurso é a comunicativa, que tem como objetivo o estabelecimento da comunicação entre os seres-aí sobre eles próprios e sobre as coisas do mundo. Na retórica, toma-se consciência dos limites existenciais, porquanto a idéia central do discurso é que, através da linguagem, o homem se compreende e se comunica com os Outros; comunicando, também, seu limite existencial.

O fenômeno da queda “apresenta-se um modo existencial de ser-no-mundo” (HEIDEGGER, 1998, p. 238). O ser-no-mundo da queda é também alienante já que se revela como uma fuga do confronto com nossos limites existenciais. Na figura da queda, deixa-se a opinião formada pelo senso comum, transformando-a em principal (SILVA FILHO, 2007). Em sendo assim, a queda refere uma tendência em nós de evitar a abertura do nosso próprio ser.

E, como condição de possibilidade e de sua finitude, apresenta-se o elemento Outro. O Outro tem um papel original na filosofia heideggeriana, já que o mundo é sempre compartilhado com Outros: “o mundo do Dasein é o mundo compartilhado. O ser-em é ser-com os outros. O ser-em-si intramundano destes outros é co-Dasein” (HEIDEGGER, 1998, p. 170).

No entanto, o ser pode se manifestar por meio de uma indiferença pelos outros e fugir à responsabilidade do dever (MARTINS; BICUDO, 1983). Isto acontece porque o ser-com pode permitir uma cotidianidade e levar o ser-aí a perder-se nela.

Na cotidianidade (*alltäglichkeit*) da vida, o ser passa a tratar os outros como entes ou como uma unidade na multiplicidade, ou assumindo os outros no desempenho de suas obrigações. Neste caso, o mundo dos outros o absorve e anula a sua responsabilidade de vir-a-ser. Essa é a maneira mais fácil para o ser

perder-se no mundo dos outros, no mundo do "eles", no mundo da conformidade e das ocupações gerais: "Heidegger é crítico do mundo do "a gente" por causa de como isto supre o meio de cultura dos males do conformismo" (HYDE, 2001, p. 89)<sup>9</sup>.

Desta forma, o ser perde de vista a responsabilidade essencial de escolher aquilo que deseja e aquilo que pode ser, ou seja, está sob o domínio do impessoal.

Para Heidegger (1998), quando o Dasein (ente) consegue assumir com propriedade o seu ter-de-ser, isto é, assumindo a responsabilidade e o peso de estar lançado no mundo, está vivendo um modo de absoluta liberdade. Porém, como ser-no-mundo, o homem existe numa situação de ambiguidade, isto é, ele é livre, mas é, também, circunstancial. É somente dentro desta circunstancialidade que o homem se constitui, que o homem pode escolher.

O homem não escolhe a família onde nasce, não escolhe a cultura da qual participa, nem as várias situações nas quais foi "jogado". Dentro desses limites criados pela circunstancialidade, porém, o homem tem a possibilidade, tem a capacidade e a aptidão para escolher. Ser humano é estar em contínua situação de escolha, de correr riscos nesta escolha, de assumir compromissos e de sofrer as conseqüências das escolhas feitas. Sem riscos não há opções significativas para o ser e sem elas não há liberdade.

Ao refletir sobre estas questões, à luz do pensamento heideggeriano, a primeira coisa que se destaca é que este "cuidar," que o nosso sujeito vivencia é geralmente no modo de lidar no mundo, disperso como modo de ocupação.

Dar-se conta da dimensão existencial não é exatamente dar-se conta do Outro. A auto-consciência não nasce sozinha, é necessário, sobretudo, um horizonte coletivo.

Enquanto estamos voltados para a ocupação, não temos tempo de nos ocupar com o que, de início e antes de tudo, deveríamos nos ocupar: a nossa existência e a do Outro. Em outras palavras: ser-com o Outro, ou vivenciar a intersubjetividade. E esta esquivia de encarar a dimensão existencial é explicável, pois é extremamente difícil e "pesado" ter que, a todo momento, encarar o real "peso" de existir, ser responsável por cada decisão, cada escolha e dar-se conta de

---

<sup>9</sup> Tradução livre. No original: "Heidegger is critical of the world of the "they" because of how it supplies a breeding ground for the evils of conformism."

que o somatório das pequenas decisões que tomamos em nossa vida cotidiana influencia o mundo em que vivemos.

Quando conseguimos romper a barreira da mera ocupação e encaramos a dimensão existencial, seja do nosso ser, seja do Outro (que representa o nosso ser-com), para Heidegger (1998), "abrimo-nos" para a responsabilidade de ser. Ou melhor, estamos vivenciando um modo "próprio" do ser-aí. É esta abertura essencial do ser do homem que Heidegger denomina cuidado (*sorge*).

Outro aspecto presente na pesquisa e destacado na obra *Ser e Tempo* é que, na base desta dimensão existencial, está o fato de que o mundo é sempre compartilhado com os outros (HEIDEGGER, 1998). Existir é ser-com os outros, porque somente se pode pensar o indivíduo como inserido na sociedade, ou seja, a abertura em direção ao outro é uma necessidade. O existir do indivíduo é ser-com a sociedade, com a família. E para Heidegger, o ser-no-mundo é determinado pelo "com".

O ser-com, por sua vez, determina existencialmente a pessoa mesmo quando o outro não é percebido ou não está presente. Mesmo o estar-só é ser-com o mundo. Pois somente para um ser-com é que o outro pode faltar. O estar-só é um modo deficiente de ser-com, mas é uma possibilidade de ser-com.

Por outro lado, na maior parte das vezes, encontramos-nos nos modos deficientes de preocupação: o ser por um outro, contra um outro, sem os outros, o passar ao lado um do outro, o não sentir-se tocado pelos outros são modos possíveis de preocupação. E precisamente estes modos de deficiência e indiferença caracterizam a convivência cotidiana e mediana com as pessoas.

A preocupação está guiada pela consideração e pela tolerância. Ambas podem acompanhar os modos de preocupação, variando nos modos positivos, até a total desconsideração e intolerância ou nos modos deficientes até a total intolerância, que guia a indiferença.

Mas a relação fundamental com os outros (*das Man*), geralmente é uma projeção do próprio ser "num outro". O Outro é também, um duplo do próprio sujeito. Tendemos a projetar nossa própria imagem no outro sem levar em conta o que o outro realmente é. Esse "a gente" é uma maneira inautêntica da convivência com os Outros, remetendo à idéia de senso comum anônimo (é todos, mas não é ninguém).

A forma imposta pelo “a gente” é um obstáculo à existência autêntica do Dasein (HYDE, 2001)<sup>10</sup>.

Nas palavras de Sessarego (1992, p. 91), *“el ‘yo’ es indesligable del ‘nosotros’*. O ser, enquanto ser-aí, tem a compreensão de si e dos outros entes que lhe vêm ao encontro. O ser-aí reconhece, através desse processo, a identidade das coisas que são, à medida que são o que são, por sermos capazes de ter uma compreensão do ser e, logo, da própria identidade.

Heidegger (1998) argumenta que a preocupação como existência implica um erro: isto envolve um falso entendimento de uma pessoa como uma simples entidade no mundo. E é um sistema de valores entendidos como que reunidos para uma direção que Heidegger (1998) refere como mundo: “O entendimento do mundo depende de nós mesmos e do próprio ser” (RICHARDSON, 1986, p. 23)<sup>11</sup>. Este termo, “mundo”, não é a soma das coisas; é, ao invés, o que nós devemos ter como conhecimento a priori, antes de tais coisas serem encontradas. “[...] o mundo é sempre compartilhado com os outros (ser-com), demarcando que o sentido inaugural de cada um surge a partir de um compartilhamento com outros homens” (SILVA FILHO, 2007, p. 264).

Martin Heidegger igualmente pensou no maior limite existencial do humano, a possibilidade que elimina todas as outras: a morte. Ao se conduzir a vida com a consciência de que se é um ser-para-a-morte, as escolhas e decisões assumem uma condição autêntica. Somos finitos, esta é a característica indelével que temos como seres temporais e, como tal, não apenas morremos, mas também sabemos que vamos morrer. “Nossa potencialidade para o ser é essencialmente um ser-para-o-fim, um ser-para-a-morte” (HYDE, 2001, p. 52)<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Tradução livre. No original: “The dictatorship of they is an affront of the “individual Dasein” struggling to live out an authentic existence by hearing and responding to the call of conscience to that which is ‘other’ than others” (HYDE, 2001, p. 56)

<sup>11</sup> Tradução livre. No original: “this understanding of the world equally involves an understanding of ourselves and of our own Being”.

<sup>12</sup> Tradução livre. No original: “As temporal beings we are radically finite. We not only die, we know that we will die. Our potentiality-for-Being is essentially a “Being-toward-the-end”, a “Being-toward-death”.

A possibilidade que conclui todas as outras é a possibilidade imposta da morte, não importando quais os projetos adotados pelo ser-aí. Todos somos sermos-para-a-morte, porque a morte é uma ameaça que sempre se concretiza, independentemente do ambiente e dos caminhos escolhidos pelo Dasein (RICHARDSON, 1986)<sup>13</sup>.

Na possibilidade da morte, “o que está em jogo para o Dasein é pura e simplesmente seu ser-no-mundo. Sua morte é a possibilidade de poder não mais estar presente” (HEIDEGGER, 1998, p. 35).

A morte, em realidade, explica-nos Heidegger (1998), é um problema enquanto estamos vivos, porquanto ela é experimentada pelo ser humano em vida. Por isso o ser humano é um ser-para-a-morte. A interpretação existencial inclui a temática da morte, porque o ser humano pode adquirir uma distinta compreensão de si mesmo, dos outros e das coisas, com quem vive, convive e se ocupa, a partir do ser-para-a-morte. A morte não significa propriamente o fim: “Finitude não diz primordialmente término. Finitude é um caráter da própria temporalização” (HEIDEGGER, 1998, p. 124).

A última possibilidade é aquela de que não existam mais possibilidades, este é o limite existencial, no reconhecimento da autenticidade. A maior possibilidade de todas, o maior projeto é a morte, sobre o qual o ser humano não tem autoridade ou escolha.

É necessário repensar o homem com caráter existencial, porque desde a tradição filosófica grega acabou sendo priorizada a dimensão metafísica do homem. Heidegger propõe desenvolver o restante – o que ficou encoberto pelo pensamento metafísico na diferença ontológica. A fenomenologia propõe ultrapassar a inclinação de se evitar o enfrentamento com o ser, extinguindo-se a separação entre objeto e sujeito e, frente a isso, repensar o homem enquanto sujeito de direitos.

---

<sup>13</sup> Tradução livre. No original: “[...] the possibility of death is one imposed no matter what our adopted projects, and is a threat we cannot escape forever; it arises not from our environment, and not relative to certain chosen ends, but from and against our very nature as Dasein” (RICHARDSON, 1986, p. 145).

A definição racional do homem, advinda com a modernidade, traz em si uma concepção abstrata, que tende a abstrair o sujeito de sua própria existência. E o Dasein, por sua vez, pode ser entendido como um substituto para a categoria de *sujeito* na filosofia, pois inclui ao ser uma condição existencial da subjetividade humana<sup>14</sup>.

A noção de sujeito de direito, inventada e sistematizada na ordem normativa jurídica, foi um avanço importante na construção do direito moderno (SILVA FILHO, 2007). Mas faz-se necessário avançar nesta noção de sujeito de direito, arraigada a um enfoque único e simplista da pessoa, que deixa em um segundo plano a dimensão existencial do sujeito e a determinação existencial deste sujeito com o tempo.

O pensamento jusnaturalista moderno<sup>15</sup> ultrapassou a visão do homem como um indivíduo físico-natural, passando a conceber o homem enquanto pessoa moral, portador de direitos e obrigações: “O direito moderno ocidental é pensado em relação ao homem abstrato, universal e racional. Tal homem mereceu o nome de *sujeito de direito*” (SILVA FILHO, 2007, p. 14). E o Código Civil vem refletir esse novo sujeito de direito, espalhado no cidadão, particular, anônimo, aberto para o Outro e descorporificado, que se confunde com as pessoas jurídicas, mesmo sendo diferente delas (AGUIAR, 2006).

De acordo com a vertente axiológica, o ser humano se mostra como um valor em si mesmo, porquanto “El ser humano, en cuanto sujeto del derecho, aprehendido desde una perspectiva ontológica, consiste en una ‘unidad existencial’” (SESSAREGO, 1992, p. 94).

Em linhas gerais, pode-se dizer que Immanuel Kant (1724-1804) resume o problema da filosofia na pergunta “o que é o homem?”. Na visão fenomenológica, “a resposta incompleta de Kant à questão do ser e da verdade se deve a uma insuficiente compreensão do homem” (STEIN, 2001, p. 185).

---

<sup>14</sup> Sobre as principais noções da filosofia de Martin Heidegger, aplicadas ao Direito (SILVA FILHO, 2006).

<sup>15</sup> Como nos explica SILVA FILHO (2007) o conceito de sujeito de direitos foi pensando, em especial, no jusnaturalismo moderno, por Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, John Lock e Gotfried Wilhelm Leibniz.

Heidegger (1998, p. 37) afirma que “a contribuição positiva da Crítica da Razão Pura, de Kant, por exemplo, reside no impulso que deu à elaboração do que pertence propriamente à natureza e não em uma ‘teoria do conhecimento’”.

Frente a isso, Heidegger (1998, p. 37) ultrapassa o pensamento metafísico do ser proposto por Kant, ao fazer a crítica:

Por mais rico e estruturado que possa ser o seu sistema de categorias, toda ontologia permanece, no fundo, cega e uma distorção de seu propósito mais autêntico se, previamente, não houver esclarecido, de maneira suficiente, o sentido do ser nem tiver compreendido esse esclarecimento como sua tarefa fundamental.

Como tal, o Dasein é pensado como sendo um fenômeno humano, mas não um “sujeito”. Ser um sujeito significa relacionar-se com todos os outros seres como “objetos” para os quais o sujeito é o único ponto de referência. Assim, todos os seres seriam objetos para sujeitos. A contribuição de Heidegger para o entendimento da subjetividade foi esclarecer sobre o que um sujeito é e o que não é. Dasein, explica Heidegger, não é um sujeito por excelência, pois sua natureza essencial é estar-no-mundo (*In-der-Welt-Sein*).

A filosofia tradicional, na visão heideggeriana, nunca pensou o ser propriamente e sempre o entificou. Deste modo, apenas uma “destruição” da metafísica poderia dar lugar a esta nova forma de pensar, onde a pessoa se constrói, não é algo acabado. O paradoxo central em que o homem está envolvido é justamente o modo de ser pessoa como um modo humano da existência (RANGEL, 2005).

## 2.2 O DIREITO CIVIL E A NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA

Antes de se avançar no tema ora proposto, faz-se necessário apontar, sem a pretensão de exaurir o assunto, o significado que a noção de dignidade da pessoa humana assumiu ao longo do tempo no pensamento ocidental<sup>16</sup>.

Etimologicamente, a palavra dignidade vem do latim *dignus*: aquele que merece estima e honra, que é importante.

No entanto, o conceito em si do que é pessoa humana é difícil de se obter, porque não se trata de aspectos específicos da existência humana, mas de uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano. A dignidade pode ser definida como valor próprio que identifica o ser humano como humano.

Foi o Cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a idéia de dignidade atribuída a cada indivíduo. Ninguém, sem dúvida, antes do Cristianismo, ignorava que existia uma espécie humana, mas é o Cristianismo que concede uma nova dimensão à idéia de humanidade, fundamentada na igualdade de todos os seres humanos e assumindo uma conotação ética que não era antes conhecida (FERRY, 2007).

Segundo os cristãos, é preciso que se diga que somos todos ‘irmãos’, todos situados no mesmo patamar como criaturas de Deus, dotadas das mesmas capacidades de escolher livremente o sentido de suas ações<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Muito embora uma análise histórica que mapeie a construção da dignidade da pessoa humana e sua importância e seus reflexos para a construção do direito civil tal como o conhecemos na modernidade seja um tema significativo e interessante, não é o objetivo do presente trabalho apresentar uma digressão histórica pormenorizada porquanto há uma intransponível limitação de tempo e espaço no desenvolvimento deste trabalho. Dito isso, esclarece-se que se fará uso de obras que tenham ênfase em Kant, consultando também o filósofo em suas obras originais.

<sup>17</sup> Nesse sentido, o filósofo Luc Ferry explica que, segundo a filosofia cristã, “que os homens sejam ricos ou pobres, inteligentes ou néscios, bem-nascidos ou não, dotados ou não, não importa. A idéia de uma igual dignidade dos seres humanos vai levar a fazer da humanidade um conceito ético de importância primordial. Com ela, a noção grega de “bárbaro” – sinônimo de estrangeiro – tende a desaparecer em benefício da convicção de que a humanidade é UMA, ou não existe. No jargão filosófico, e aqui ele ganha todo o sentido, pode-se dizer que o cristianismo é a primeira moral universalista.” (FERRY, 2007. p. 97).

Na filosofia cristã, o homem é concebido à imagem e semelhança de Deus; por isso todos os homens são radicalmente iguais. O Cristianismo prega que Deus não faz distinção: todos merecem o mesmo respeito e a mesma dignidade. Desta forma, a idéia de igualdade entre todos os seres humanos faz a sua primeira aparição. O ser humano passa a ser considerado – não obstante as múltiplas diferenças – em igualdade essencial.

Mas, então, o que justificaria a escravidão e a inferioridade da mulher ainda defendida durante o Cristianismo? Ocorre que, em realidade, esta ‘igualdade universal’ foi muito mais válida no plano teórico do que real.

Este pensamento filosófico-cristão vai permear toda a reflexão filosófica do primeiro milênio depois de Cristo. São Tomás de Aquino (1225-1274), por exemplo, está inserido neste pensamento cristão, mas ele, especificamente, teve particular importância por ser o primeiro a referir expressamente o termo ‘dignidade da pessoa humana’.

Resumidamente, ele defende a idéia de que o homem é composto de espírito e matéria, que formam uma unidade substancial, mas que não impedem a alma de ser imortal. Tomás de Aquino traz a noção de pessoa não apenas na sua exterioridade, mas uma substância própria da pessoa humana. O filósofo ressaltou, sobretudo, a singularidade da pessoa humana, distinguindo-a de todos os demais seres pela sua completude, especialidade e racionalidade (AQUINO, 2005).

São Tomás de Aquino propôs uma sistematização do cristianismo, dando origem a uma nova forma de humanismo – o humanismo cristão. Sua maior inovação foi a introdução da noção de pessoa, a qual é constituída de uma substância individual dotada de razão que possui um valor absoluto. É precisamente a razão que dignifica a pessoa, de modo que “se não há a luz da inteligência não há dignidade de pessoa” (CASSIRER, 1977, p. 52). Para São Tomás, é através da racionalidade que a pessoa adquire certas propriedades fundamentais como a consciência de si, a liberdade, a responsabilidade e a criatividade, propriedades que ampliam o distanciamento entre a pessoa e os animais ou as plantas.

No pensamento de Aquino, a dignidade é uma qualidade inerente a todo o ser humano e é a racionalidade que o distingue das demais criaturas. Com a racionalidade, o homem passa a ser livre. Tomás de Aquino, todavia, não chega a elaborar uma definição ou concepção própria de dignidade.

É Immanuel Kant (1724-1804) – considerado o maior filósofo alemão do século XVIII – que vai desenvolver a concepção de dignidade da pessoa humana. Esta concepção elaborada por Kant (2005) prevalece no pensamento até hoje. Para ele, a dignidade consiste no fato do ser humano ser considerado um fim e não um meio e também no fato de que só pela vontade racional a pessoa humana será autônoma o suficiente para se guiar pelas leis que ela mesma criou (KANT, 2005).

Kant (2005) estabeleceu uma distinção entre os fenômenos e a coisa-em-si (*noumenon*), isto é, entre o que nos aparece e o que existiria em si mesmo. A coisa-em-si não poderia, segundo Kant (2005), ser objeto de conhecimento científico, como até então pretendia a metafísica clássica. A ciência se restringiria, assim, ao mundo dos fenômenos, e seria constituída pelas formas a priori da sensibilidade (espaço e tempo) e pelas categorias do entendimento.

Assim, defende Kant que somente a pessoa humana como ser racional possui dignidade e esta está acima de qualquer preço e não admite um substituto equivalente:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. O que tem um preço pode muito bem ser substituído por alguma outra coisa a título de equivalente; já o que é superior a qualquer preço, o que por conseguinte não admite equivalente, é o que tem uma dignidade (KANT, 2005, p. 65).

Por que “reino dos fins”? Porque no mundo da vontade (e não mais no mundo da natureza) os seres humanos serão, enfim, tratados como ‘fins’ e não mais como ‘meios’; como seres de dignidade absoluta que não poderiam ser usados para a realização de objetivos pretensamente superiores (FERRY, 2007, p. 151).

A autonomia está essencialmente ligada à dignidade humana uma vez que, conforme proposta por Kant, a autonomia “é intersubjetiva, porque exige colocar-se na perspectiva universal de um reino de fins, e não está em oposição com imperativos morais do dever” (KANT, 2005, p. 65).

Kant foi o primeiro teórico a reconhecer que ao homem não se pode atribuir valor, justamente na medida em que deve ser considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia, enquanto ser racional. Kant (2005) trouxe a questão do sujeito como base do conhecimento e não mais o mundo, ou seja, a questão sobre o mundo inclui a questão sobre o sujeito: “a questão sobre o mundo é, poderíamos dizer, uma específica auto-reflexão do sujeito” (MILOVIC, 2006, p. 501).

Para Kant (2005), a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Desta forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos, enquanto entes morais: os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individuais e insubstituíveis (KANT, 2005, p. 71). Nenhum ser racional do mundo pode negar um ordenamento que tem no seu vértice aquele respeito por si mesmo, no qual todos são iguais. À dignidade de cada pessoa deve ser concedido o reconhecimento incondicional que é natural pretender para si mesmo.

Kant (2005) afirma que a pessoa humana não deve jamais ser tratada como meio de seus próprios fins, mas sempre também como um fim em si mesma. Em outros termos, o homem não deve jamais ser utilizado unicamente como meio sem considerar-se que ele é, ao mesmo tempo, um fim em si.

A dignidade, tal como definida na moral kantiana, é o primeiro direito fundamental de todo homem, como determina o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1948, p. 1): “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns com os outros num espírito de fraternidade”.

Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade, como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível; não tem equivalente, não pode ser trocada por coisa alguma.

O filósofo Kant (2005) defende a idéia de que não é possível conhecer as coisas tais como são em si, ou seja, a coisa em si é inacessível ao conhecimento, já que apenas podemos conhecer os fenômenos (fenômenos compreendidos como “o que aparece”). Nessa perspectiva, para o pensamento kantiano a realidade não é um dado exterior ao qual o intelecto deve se conformar, mas, ao contrário, o mundo dos fenômenos só existe na medida em que “aparece” para nós, e, portanto, de certa forma, participamos de sua construção. Desta forma, é um dever do ser humano abandonar o estado de natureza e formar uma sociedade juridicamente organizada.

O autor estabelece ainda que o bem público a ser prioritariamente preservado pelo Estado é a constituição legal, que garante para cada ser humano a liberdade — o único direito primitivo do ser humano. O direito deve se preocupar em ordenar a forma mediante a qual os fins devem ser alcançados ou os objetivos realizados.

Daí que o sistema normativo estatal deve, então, preservar um bem supremo: a liberdade (KANT, 2005). No Estado, a liberdade de cada um deve conviver com a igual independência de todos, segundo uma lei geral — na qual o imperativo categórico deve estar presente. Assim, somente considerando esse aspecto da liberdade, o ordenamento jurídico do Estado pode ser considerado legítimo.

Desta forma, a concepção moderna da categoria de sujeito de direito é construída, sobretudo pela capacidade de a pessoa se responsabilizar pelos próprios atos.

Em Kant (2005), o tema da pessoa era central. Mas, com surgimento da Escola Pandectística, a discussão filosófica sobre a pessoa, fez-se priorizar apenas o aspecto funcional. No discurso pandectista – que tem Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) seu maior representante e expoente –, a palavra sujeito depreendeu-se de qualquer subjetividade e aproximou-se da idéia de um sujeito como um elemento que pode titular direitos e atuar na ordem jurídica<sup>18</sup>. Este sujeito é, sobretudo, um indivíduo, apartado de seu grupo, família, sociedade, mas conectado a uma lógica proprietária que passou a revestir a idéia de pessoa humana. A idéia de pessoa acaba por submergir à idéia de indivíduo (com uma conotação egoísta do termo), havendo uma fusão entre o ser pessoa e o ser capaz de adquirir direitos e

---

<sup>18</sup> Para uma melhor análise de como a relação jurídica passa a ocupar o lugar de pessoa no plano jurídico, consultar artigo de Silva Filho (2005, p. 132-135) e Moraes (2003, p. 195-202).

obrigações, em clara instrumentalização da pessoa humana, que passa a ter características da lógica de mercado.

Com isso, durante o século XIX, passa-se a valorizar o aspecto funcional da pessoa em detrimento a sua fundação teórica e ética (SILVA FILHO, 2005). Surge, então, a dificuldade em se determinar um conceito satisfatório e exaustivo sobre a dignidade da pessoa humana.

Deve-se perceber, primeiramente, que há como excluir o elemento cultural da definição de dignidade da pessoa humana, já que não é uma criação constitucional; ela existe antes mesmo de ser normatizada.

Após a Segunda Guerra Mundial, construiu-se um sistema de proteção aos direitos humanos, como um tipo de “resposta” à emergência de regimes totalitários, que teve curso no período entre guerras. Face a isto, a compreensão do fenômeno totalitário é pressuposto do entendimento em torno do sentido e do alcance desse sistema protetivo.

O pensamento totalitário reflete a pouca importância ao tema da pessoa humana, sem o devido espaço na estrutura teórica e prática do direito. Para tal regime, não existem direitos, mas apenas deveres, em face do Estado e da coletividade, e é por isso que o totalitarismo acaba por extinguir a liberdade humana.

Explica Silva Filho (2009, p. 515):

Como o próprio nome indica, o totalitarismo é uma forma de governo que acarreta e objetiva o domínio total da sociedade. Tal domínio se materializa em todos os setores da vida social, até mesmo naqueles que normalmente são mais afastados do campo político, como o lazer e os esportes. Para que se possa entender como se dá esse domínio total e o que o sustenta, é imprescindível que se lance o olhar para as principais características do regime totalitário, a saber: partido único, ideologia, sociedade de massas, líder totalitário, polícia secreta e terror<sup>19</sup>.

Contrariamente ao alinhado pelo regime totalitário, é na liberdade inerente aos homens que o sistema de proteção aos direitos humanos se baseia. Afinal, o sistema de proteção dos direitos humanos pode ser visto como uma tentativa de restauração do paradigma da modernidade jurídica diante da ocorrência do fenômeno totalitário.

---

<sup>19</sup> A esse respeito, José Carlos Moreira da Silva Filho elucida sucintamente e claramente as características do regime totalitário no verbete “Totalitarismo” (SILVA FILHO, 2009).

Assim, a doutrina reconhece a dificuldade de uma compreensão jurídico-constitucional a respeito da dignidade da pessoa humana, porquanto a atenção não está voltada para aspectos mais ou menos específicos da existência humana (tais como integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc), mas sim como algo inerente a todo e qualquer ser humano, “de tal sorte que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal” (SARLET, 2005, p. 16). Assim exposta, a definição não traz em si uma compreensão clara e satisfatória do que é o âmbito de proteção da dignidade.

O grande legado do pensamento kantiano para a filosofia dos direitos humanos, contudo, é a igualdade na atribuição da dignidade. Na medida em que a liberdade no exercício da razão prática é o único requisito para que um ente se revista de dignidade, e que todos os seres humanos gozam dessa autonomia, tem-se que a condição humana é o suporte fático necessário e suficiente à dignidade.

Todavia, se pretende “empreender um deslocamento conceitual rumo à ‘pessoa concreta’ precisamos ir além” (SILVA FILHO, 2008, p. 14), isto é, faz-se necessário entender a pessoa além de seu caráter abstrato e metafísico, buscando a dimensão existencial fenomenológica desta pessoa, enquanto ser-no-mundo.

Ademais, como refere Boaventura de Souza Santos (1997), deve-se atentar para o fato de que a noção de dignidade da pessoa e o conceito de direitos humanos estão assentados em um conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais, quando, em verdade, todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, muito embora nem todas elas a concebam em termos de direitos humanos, fazendo necessário o estabelecimento de um diálogo intercultural no sentido de uma troca permanente entre diferentes culturas e saberes.

Outro filósofo que igualmente trabalhou a questão da dignidade humana foi Jean Paul Sartre (1978) - um dos filósofos mais populares do século passado. A filosofia existencialista parte da premissa de que a existência humana precede sua essência.

Para Sartre (1978), o homem primeiro existe antes de ter sua essência, ou seja, a existência precede a essência. Isto é, cabe ao homem a total responsabilidade de sua essência<sup>20</sup>.

Portanto, pode-se afirmar que, para o existencialismo, nenhuma essência predetermina o homem, nenhum programa jamais conseguirá prender o homem inteiramente. Com base na idéia de que não existe natureza humana, o homem conseqüentemente existe para si, não sendo criado a partir de uma essência anterior.

Sendo assim, assevera o existencialismo que o homem está condenado a ser livre e é responsável por tudo o que fizer. Ou seja, o homem nada mais é do que ele fizer de sua própria vida, evidenciando o caráter inexorável de nossa existência livre.

Em outras palavras, para o existencialismo, se o homem é livre, então não existe “natureza humana” ou “essência do homem” ou “definição de humanidade”, que precederia e determinaria sua existência. Desta forma, Sartre (1978) recusa a existência de uma dignidade humana inata ao ser humano (afastando-se de Tomás de Aquino e de Kant, conseqüentemente). Ele sustenta que o homem tem plena liberdade para fazer-se, construir-se, inventar-se e aí, então, reside sua dignidade (ao contrário das coisas que já possuem uma existência pré-determinada).

Em *Sobre o Humanismo*<sup>21</sup>, Heidegger (1983) propõe que a ética procure a sua origem no próprio ser-aqui, entendendo, a partir da compreensão radical da morada do ser no homem, como emergem todos os comportamentos e costumes cotidianos de cada ser.

O homem, ao pensar, estabelece uma relação do ser consigo mesmo e, desta forma, busca a verdade do ser. Mas o homem, essencialmente, não é tão somente um organismo animal que pensa. Para entender isso, seria preciso, segundo Heidegger (1983), afastar-se da concepção de pensamento prático e técnico, oriunda de Platão e Aristóteles. Por conseguinte, a filosofia ocidental pertencente a

---

<sup>20</sup> Sobre o tal tema, consultar especialmente “O Existencialismo é um Humanismo”, livro no qual Sartre afirma que o existencialismo é um humanismo, mas não um humanismo que valore a humanidade pela excelência de alguns de seus membros, nem por a suposta bondade da humanidade em seu conjunto; é um humanismo por declarar que não há outro legislador senão o homem mesmo, por reivindicar o âmbito do humano como o único âmbito ao que o homem pertence.

<sup>21</sup> Título original *Mit einen Brief über humanismus*, obra publicada em 1947.

esta tradição deveria abandonar a pretensão de conhecer os objetos e os entes de modo científico.

O humanismo, assim, necessita uma meditação que preserve o homem em sua humanidade, em sua essência. Heidegger defende "que as mais altas determinações humanísticas da essência do homem ainda não experimentam a dignidade propriamente dita do homem" (HEIDEGGER, 1983, p. 157). Ao homem cabe proteger a verdade do ser e, por conta disso, o ser não pode se identificar com o ente, tal como vem sendo feito pela filosofia ocidental.

Heidegger (1983, p. 164) define o humanismo como aquele que "pensa a humanidade do homem desde a proximidade do ser". Refere-se à história e à origem do homem, do ponto de vista da verdade do ser, pois o humanismo deve voltar-se não para o ente humano, mas sua existência autêntica na verdade do ser-no-mundo.

A modernidade trouxe consigo teorias para desmistificar o ser humano, mas, ao fazê-lo, "reduziu o ser a uma porção desprezível no megacosmo científico, tecnológico e geopolítico, ameaçando transformá-lo em máquina, mercadoria, objeto descartável" (BRAKEMEIER, 2000, p. 171).

Hannah Arendt (2001), por sua vez, teve fundamental importância no tocante à dignidade humana, pois seu pensamento precedeu à constitucionalização como valor fonte da dignidade da pessoa humana, sob a forma de princípio em diversas constituições mundiais<sup>22</sup>.

A autora supracitada faz uma análise da crise do Estado moderno e observa que é o homem - o sujeito humano - que deve ser o fundamento de todos os pensamentos e de todos os projetos políticos.

Pode-se dizer, resumidamente, que Arendt (2001) critica o totalitarismo e demonstra que neste tipo de regime criam-se condições para considerar os seres humanos supérfluos. Isto é, defende ela que o totalitarismo retira do homem a sua condição humana tornando-o descartável. Para a autora, devem ser construídos mecanismos – através da liberdade e da palavra – que afastem o totalitarismo; ou seja, deve ser construído um espaço público democrático onde as pessoas conseguirão se desenvolver. Sua obra serve de parâmetro para se entender a

---

<sup>22</sup> Em especial sobre este tema, Hannah Arendt publicou dois livros: "A Origem do Totalitarismo" e "A Condição Humana".

importância que a preservação e promoção da dignidade da pessoa humana assume em uma sociedade democrática.

Poder-se-ia, ainda, indicar o princípio em questão como o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana, quando vista abstratamente, leva a violação de forma contumaz. Portanto, ao olhar a pessoa de forma abstrata, perde-se o elemento concreto, no que diz respeito a sua individualidade, sua diferença, sua singularidade; com isso, a violação à dignidade da pessoa humana torna-se uma transgressão aberta, acessível e possível. Face a isto, é necessário entender a pessoa humana enquanto fim em si mesma, como o bem supremo do direito. Por isso, *“La razón de ser del derecho, en cuanto exigencia existencial, es la protección de la persona humana, la que, a su vez, es su único fundamento”* (SESSAREGO, 1992, p. 95).

A postura fenomenológica acredita nas essências e nos fenômenos através dos quais é possível conhecer o real, através dos quais o real se mostra. Igualmente, a fenomenologia defende que não podemos conhecer senão através dos fenômenos ou através dos modos pelos quais se apresenta algo.

Por isso é de se afirmar que Kant ainda está preso a uma ontologia, a de que o homem está condenado a perceber o mundo do jeito que percebe, não tendo condições de modificar essas vias de percepção (ADEODATO, 1996).

O problema do conhecimento da realidade e da sua expressão em linguagem jurídica é reconhecido: há uma flagrante dificuldade em compreender o direito em todas as dimensões que se escondem por trás da palavra. “O elemento complicador nesta perspectiva prescritiva é determinar o conteúdo em cuja direção se deve determinar o direito que aí está” (ADEODATO, 1996, p. 215).

Heidegger (1983), por sua vez, qualificou seu pensamento de “pensamento do ser”. E a fenomenologia, como filosofia e método, “tem como o tema central de sua interrogação o sentido do ser” (STEIN, 2001, p. 201).

A tarefa do pensamento de Heidegger, portanto, consiste em recolocar a questão do sentido do ser e aí está a sua extrema importância para a busca da verdade do ser, do sentido do ser, que começa pela analítica existencial. “Nas estruturas da finitude e da temporalidade do ser-aí, Heidegger procura desvelar o horizonte em que se manifeste o sentido do ser” (STEIN, 2001, p. 23).

Na busca do sentido do ser, Heidegger coloca a fenomenologia a contribuir para uma visão mais positiva e construtiva para a filosofia:

A fenomenologia existencial não procura simplesmente nos devolver a nossa posição cotidiana daqueles tradicionais enigmas e propostas; ela reconhece a posição insatisfatória dessa personagem, a qual a tradição tem respondido, e procura uma resposta mais adequada (RICHARDSON, 1986, p. 06)<sup>23</sup>.

A posição insatisfatória dessa personagem está relacionada, também, com o fato de que a normatização da dignidade da pessoa humana parece estar voltada para um “homem ideal”, que nunca existiu. O homem que o direito idealiza não existe; seria mais adequado ter como referência do humano o refugo, aquele homem que não é o “ideal normativo”<sup>24</sup>. Torna-se premente visualizar e considerar o homem de forma concreta, para que este sujeito de direito seja o destinatário das positavações sobre a dignidade humana (SILVA FILHO, 2009).

Nesse sentido, para Arendt (2001), a ética política fundada na noção de dignidade é um elemento de harmonização nas relações humanas, já que recusa tudo que minimize a condição humana. Importa em dizer, portanto, que o simples conhecimento da condição humana não leva à observância da dignidade da pessoa humana. Como referido acima, é preciso ir além. É preciso buscar as condições de possibilidade do humano. Ao afirmar que escravo do reino totalitário não é nem o nazista nem o comunista, mas sim o homem desolado, esse homem moderno cuja condição vem sendo preparada desde a Revolução Industrial, Hannah Arendt (2001, *passim*) mostra que, nesta condição de homem de massa, o indivíduo perdeu seu

---

<sup>23</sup> Tradução livre. No original: “Heidegger assigns to the new philosophy a more positive and constructive task as well. The existential phenomenologist does not merely seek to return us to our everyday position from those traditional puzzles and proposals; he recognizes the unsatisfactory character of that position, which the tradition has responded to, and seeks a more adequate response”.

<sup>24</sup> Aplica-se aqui a crítica de Fachin (2002), para quem o sujeito de direitos e as pessoas são captados sempre abstratamente pelo direito. “O sujeito in concreto, o homem comum da vida, não integra esta concepção, e o Direito imagina o sujeito in abstracto e cria aquilo que a doutrina clássica designou de ‘biografia do sujeito jurídico’” (FACHIN, 2000, p. 55).

status político, foi apartado da história e destituído como sujeito político. A despolitização transfigurou-o, desfigurou-o, transformou-o em um anônimo da massa, para convertê-lo em "homem qualquer", sem capacidade política, sem consciência moral, sem vontade, sem julgamento, capaz, assim, tanto de ser a vítima, quanto o agente da banalidade do mal.

Buscar a adequação do homem frente às condições de possibilidade do humano, enquanto ser-no-mundo, faz transparecer a dificuldade em se determinar um conceito satisfatório e exaustivo sobre a dignidade da pessoa humana no meio jurídico acadêmico. Denota-se que, “em boa parte dos casos, invoca-se a prioridade da promoção e da proteção da dignidade da pessoa humana como uma espécie de legitimador vazio para qualquer discurso que se queria adotar [...]” (SILVA FILHO, 2005, p. 115).

O princípio de proteção à dignidade da pessoa humana há muito é tema de digressões e discussões e no âmbito do direito de família não é diferente; tal princípio é um dos pontos centrais do atual debate no direito de família, entrando em cena para resolver várias questões - práticas e teóricas - envolvendo as relações familiares. Mas, como em outras áreas do direito, este “legitimador vazio” – em que se transformou a dignidade da pessoa humana – também é percebido no âmbito do direito de família, conforme se passa a expor.

### 2.3 O NOVO CONSTITUCIONALISMO E O RESSURGIMENTO DA DISCUSSÃO SOBRE A PESSOA: A PREVALÊNCIA DO SER SOBRE O TER NA DISCUSSÃO DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Para se chegar a repersonalização do Direito Civil é necessário, sobretudo, resgatar a dimensão filosófica-moral da noção de pessoa arraigada no Direito. Quando falamos em repersonalização do direito civil, “estamos às voltas com a proposta de fazer com que o conceito de pessoa deixe de ser apenas um mero sinônimo da noção de capacidade ou personalidade jurídica” (SILVA FILHO, 2008, p. 13) e retorne para objeto de estudo da filosofia do direito.

No Brasil, essa mudança de perspectiva deu-se por força do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, com uma nova ordem calcada na primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial. Se o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 prevê que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, então estamos diante daquilo que se denomina princípio máximo, ou “princípio estruturante” (CANOTILHO, 2003).

Não por acaso, o artigo 5º da Constituição Federal elencou o homem como eixo central do direito, cuja proteção, não apenas na sua relação com o próprio Estado, mas também no âmbito privado, passou a merecer a especial atenção dos ordenamentos jurídicos, tornando expressa a admissibilidade da reparação por dano moral como instrumento posto à disposição daquele que eventualmente fosse vítima de agravo contra interesses não puramente patrimoniais<sup>25</sup>.

Em função deste regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falar-se em personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado. Ao mesmo tempo em que o patrimônio perde importância, a pessoa é supervalorizada.

Para Kant, como referido anteriormente, cada homem é um fim em si mesmo. E, se o texto constitucional coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento maior da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas (e não estas em função do Estado).

Aliás, de maneira pioneira na Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado. Pode-se afirmar que há uma hierarquia dentre os artigos elencados em nossa Constituição, estando a pessoa colocada à frente do Estado.

É nesta linha de pensamento que afirma-se que os direitos fundamentais não regulam apenas as relações de poder entre cidadão e Estado, que são relações verticais, mas também incidem sobre as relações mantidas entre pessoas, em relações horizontais (SARMENTO, 2006, p. xxvii).

---

<sup>25</sup> Tal previsão está estampada no artigo 186 do Código Civil de 2002.

Assim, a tutela constitucional oferecida principalmente pelo art. 5º da Lei Maior compreende os direitos que têm como objeto os atributos físicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, na defesa da essência do ser humano; estes direitos são, em regra, intransmissíveis e irrenunciáveis uma vez que protegem valores inatos (ou originários) da pessoa, como a vida, a liberdade, a honra, a vida privada e o nome.

Por protegerem valores gramaticalmente abstratos – cujo significado pode assumir interpretações diversas – os direitos fundamentais estão previstos de forma ampla, genérica, indicativa. Portanto, devem ser compreendidos unitariamente, em cada caso, na singularidade do ser-aí.

A Constituição Federal deve ser lida e compreendida como um todo, como uma concepção para se viver o Estado Democrático de Direito. Portanto, os significados estão permeados em todo o texto constitucional. No que concerne à liberdade, por exemplo, faz-se necessário compreender que seu significado não vem expresso tão somente pelo elencado no artigo 5º, podendo assumir diversas acepções e inúmeros significados na história da filosofia e da política, entre os quais: “autodomínio, ausência de coação externa, possibilidade de participação na vida pública, vontade livre, livre-arbítrio e capacidade de autodeterminação” (MENDES, 2006, p. 534)<sup>26</sup>.

Não mais se sustenta a visão unitária e isolada do princípio da liberdade no âmbito do Direito, uma vez que tal princípio está estreitamente relacionado com outros direitos: econômicos, políticos, sociais e culturais. O direito à liberdade só existe com condições mínimas que os outros direitos permeiam e permitem para que a liberdade exista.

Atualmente, o conceito de liberdade significa a possibilidade do sujeito de direito poder realizar as suas próprias escolhas, como melhor lhe aprouver, sem interferências (privadas ou públicas), assumindo a responsabilidade por tais escolhas (MORAES, 2003). Todavia, tais escolhas não dizem respeito a um sujeito de direito imponente, individual, isolado, mas sim exercidas em contextos sociais, em relação com outras pessoas, sempre vislumbrando no horizonte o Outro.

---

<sup>26</sup> Sobre os distintos significados e sentidos que o conceito de liberdade assumiu na história, ver o sucinto e esclarecedor verbete “liberdade” no Dicionário de Filosofia de Direito (MENDES, 2006, p. 534-536).

Do ponto de vista do Direito Civil, durante o século XIX, os conceitos de liberdade e autonomia privada foram considerados sinônimos, em relação à igualdade formal, no âmbito de situações patrimoniais. No século XX, não mais se sustenta tal significado unívoco. Surge a necessidade de “ir além”, conforme anteriormente referido. “Ir além” da noção de pessoa que prevaleceu no jusnaturalismo moderno; “ir além” e buscar a dimensão concreta da pessoa; “ir além” para o caráter existencial fenomenológica do ser (SILVA FILHO, 2007, p. 254).

Após os horrores cometidos na Segunda Guerra Mundial, sentiu-se a necessidade de recolocar a pessoa no centro do ordenamento jurídico. A denominada *repersonalização* traz para dentro do Direito Civil, principalmente, o elemento humano, apresentando a pessoa além das tradicionais noções jusnaturalistas que remetiam a aspectos mais operacional e secundário (SILVA FILHO, 2005, p. 133). Frente a isto, com o término da Segunda Guerra Mundial, o valor fundamental deixou de ser a vontade individual dos detentores de patrimônio, dando lugar à pessoa humana e à dignidade desta.

E são nas relações de família que os direitos da personalidade exercem seu papel fundamental. É por meio do respeito a esses direitos que pode ser alcançada a harmonia nas relações familiares; isto é, somente diante do respeito a esses direitos será preservada a dignidade da pessoa no seio familiar.

A tutela da dignidade da pessoa humana deve ser assegurada tanto no curso das relações familiares como diante de seu rompimento, cabendo ao direito oferecer instrumentos para impedir a violação a esse valor maior. Daí a advertência do risco que os direitos fiquem restringidos a uma exigência formal e inócua; direitos previstos constitucionalmente, mas sem aplicação no mundo fático (JUNGES, 2000).

Afirma-se que o direito infraconstitucional é também direito constitucionalizado e, portanto, um direito civil autônomo em relação ao direito constitucional é uma falácia. Ou seja, todo o padrão normativo infraconstitucional deve se amoldar ao modelo axiológico constitucional, não permitindo que normas infraconstitucionais venham ao encontro da ordem constitucional.

A Constituição passa a se constituir como o centro de integração do sistema jurídico de direito privado. Dentro deste consenso, a constitucionalização do Direito Civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos da validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudança de paradigmas, porque passou o Direito Privado, no trânsito do Estado Liberal para o Estado Social, acabando por receber a influência daí emanada.

Sendo o texto constitucional dirigente e vinculativo, é indispensável observar o fato de que todas as normas infraconstitucionais, para terem validade, prescindem da passagem pelo processo de contaminação constitucional (STRECK, 2007).

A moderna teoria constitucional – o neoconstitucionalismo – atribui força normativa aos valores estabelecidos na Constituição. A exigência de uma renovação de forma mais profunda impulsionou uma nova teoria do Direito – que é o próprio neoconstitucionalismo. Mister esclarecer que o neoconstitucionalismo - na perspectiva adotada no presente trabalho – quer significar “ruptura, tanto com o positivismo como com o modelo de constitucionalismo liberal” (STRECK, 2007, p. 07).

Neoconstitucionalismo, então, representa uma postura ativa e transformadora imposta pela Constituição, a qual testemunha a passagem do Estado Liberal absenteísta (garantidor das regras do jogo) ao Estado Social (promovedor de direitos sociais), culminando no advento do Estado Democrático de Direito, no âmbito do qual o direito é um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora passa a ser, irremediavelmente, transformador da sociedade (STRECK, 2007).

Conforme leciona Streck (2007, p. 04):

O novo paradigma do direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) se torna possível a partir dos princípios introduzidos no discurso constitucional, que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo.

Então, de um modo geral, convencionou-se chamar de neoconstitucionalismo o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito a partir da promulgação de constituições de forte conteúdo garantístico e com pretensão à efetividade, verificado a partir de meados do século XX.

Se, para a doutrina positivista o direito é reproduzidor da realidade, para a teoria neoconstitucionalista o direito um instrumento de mudança social dentro do Estado Democrático e Social do Direito.

Por este prisma, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si (com a sua ordem, unidade e harmonia), mas em especial um novo modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Como apontado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem, como sua principal baliza, a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma visão constitucional.

O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi obra de mudanças de paradigma. Explicita Fachin (1999 em nota prévia à segunda publicação):

O que fecha as cortinas do palco deste século XX, na complexidade e no paradoxo, abre a possibilidade de falar da diversidade, uma nova comunhão. Não se trata, é certo, de uma proposta iconoclasta de desconstrução do Direito Civil, de um mergulho no niilismo, com uma diversidade caótica a repelir qualquer unidade. Esta pode persistir, não sendo mais, porém, caracterizada pelo engessamento da codificação, mas constituindo uma unidade principiológica, centrada na Constituição, com respeito à complexidade e à dinâmica dos novos tempos.

Explica-se, assim, o desaparecimento do direito privado próprio do Estado Liberal clássico, centrado no individualismo e patrimonialismo que o caracterizou, para dar espaço ao direito privado, amparado nos valores constitucionais, comprometido com o seu tempo e com o aprimoramento de sua relação com os direitos fundamentais, assumindo feições específicas e diferenciadas.

De tal modo, a constitucionalização do direito civil - entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis com a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional - é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação - ou de mudança de paradigmas -, porque coloca o direito civil dentro de um novo patamar, no trânsito do Estado Liberal para o Estado Social.

Convém lembrar, fazendo-se um parêntese, que o discurso relacionado ao Estado moderno atravessou, ao longo do século XX, três fases: “[...] a pré-modernidade (ou Estado Liberal), a modernidade (ou Estado Social) e a pós-modernidade (ou Estado Neoliberal)” (BARROSO, 2003, p. 05).

O Estado moderno surge no século XVI, ao final da Idade Média, juntamente com as ruínas do feudalismo e o direito divino dos reis. Na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, o direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII. O direito moderno consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com status e ambição de ciência (BARROSO, 2003).

Todavia, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. E as mudanças ocorridas no tecido social foram um suporte para os novos paradigmas que construíram o Constitucionalismo contemporâneo, frente a um outro contexto e espaço discursivo, instituindo uma nova era na cultura sócio-político-jurídica, realizadora de mudanças no Direito Constitucional, refletidas diretamente no Direito Privado, respaldando-se nos princípios constitucionais, como arcabouço da cidadania e dignidade humana – o Estado Democrático de Direito.

No âmbito do Estado Social, houve uma maior intervenção do legislador no âmbito das relações privadas (SARMENTO, 2006) e houve uma projeção da Constituição na ordem civil, disciplinando a economia, o mercado e o direito privado. E a conseqüente valorização do Poder Judiciário, tal como a conhecemos hoje, surge com uma resposta à queda do homem moderno e à desqualificação da política na decadência do *Welfare State*, fazendo com que o Poder Judiciário assumira importância crescente como guardião último das expectativas e dos direitos do homem moderno, transformando suas instituições na salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e se comportando de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião (VIANNA et al., 1999).

O modelo do *Welfare State* (ou Estado do bem-estar) traz consigo a justiça social e as reivindicações igualitárias (STRECK; MORAIS, 2000).

No Estado Liberal, se concebe o Estado com funções e poderes limitados, tendo por características a cisão entre Estado e sociedade civil, a afirmação das liberdades individuais e a redução das funções estatais. Neste caso, a lei é uma ordem geral e abstrata, que possui como principal instrumento a coerção, aplicada por meio de sanções. A codificação do Estado Liberal previa uma rígida separação entre direito público e privado<sup>27</sup>.

Na doutrina liberal, a propriedade – como um valor necessário à realização da pessoa – era o centro dos demais interesses privados. Assim, o liberalismo pressupunha a separação entre Estado e sociedade civil, relegando ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, conforme suas próprias regras.

Este modelo entrou em crise quando o Poder Público passou a intervir com frequência na economia, alcançado ao Estado características intervencionistas e regulamentador. Nesse cenário, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores. Daí a se falar que a repersonalização não significa um retorno ao indivíduo em si, apartado e padronizado, mas sim a realização da dignidade do ser humano enquanto pessoa concreta.

Já no Estado Social de Direito há uma recusa à máxima da não-interferência pública. Neste, as leis deixam de ser uma ordem meramente abstrata e passam a ser instrumentos de ação, visando uma situação de bem-estar que garanta dignidade para toda a população. Por conseguinte, “com o Estado Social de Direito, revela-se um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral, que garanta o desenvolvimento da pessoa humana” (STRECK; MORAIS, 2000, p. 88).

Quando transformado em social, o Estado de Direito acrescenta um conteúdo social a sua característica liberal, buscando melhorar as condições sociais da existência. Em contrapartida, o Estado Social trouxe, além da necessidade e importância do Estado no dever de proporcionar determinados direitos, um viés de superior importância e poder, crescendo burocraticamente e sufocando os movimentos sociais, fazendo transparecer o lado sombrio do discurso nacionalista.

---

<sup>27</sup> Sobre a disciplina das relações privadas no transito do Estado Liberal para o Social, consultar a obra Sarmiento (2006).

Este viés o Estado Democrático de Direito tenta superar ao ampliar o espaço de participação por parte da população.

Considerado como superior aos dois anteriores, o Estado Democrático de Direito é baseado na transformação da realidade. Para realizá-la, ele tem como preceitos a organização democrática da sociedade, a constitucionalidade, os direitos fundamentais coletivos e individuais, a segurança jurídica e a justiça social. Para tanto, a Constituição é colocada no ápice da pirâmide, fundamentando a legislação infraconstitucional.

Desta forma, pode-se considerar que o Estado Democrático pressupõe Estado Social.

Assim, durante o século XIX, o homem era padronizado, visto como sujeito de direito, desde que possuísse bens para contratar, testar, adquirir ou dividir. E o direito, conseqüentemente, estava imune às questões filosóficas.

Mas no século XX, as sociedades contemporâneas e o sistema mundial em geral passam por processos de transformação social muito rápidos e muito profundos, que põem à prova as teorias e os conceitos, os modelos e as soluções anteriormente considerados eficazes. A sociedade civil não é estática, tampouco é algo criado e artificial como a construção do Estado de Direito.

Por isto, no momento em que se instala a crise das “formas de regulação social da modernidade” (SANTOS, 1997, p. 245), começam também a surgir os (novos) movimentos sociais.

O surgimento dos novos movimentos sociais aparece relacionado com a crise dos anos 70. Mais do que uma crise mundial política e econômica, a situação pôs em xeque a organização da sociedade moderna. Direito e cidadania são postos em uma nova ótica, abandonando-se a idéia da política como exclusiva do Estado burocrático para se adotar uma política horizonte, cujo resultado é uma “pluralidade de ordens jurídicas” (SANTOS, 1997, p. 246) com diferentes centros de poder e diferentes lógicas normativas.

No século XIX, o Estado liberal caracterizava-se pela limitação do poder político e pela não-intervenção nas relações privadas e no poder econômico. Os princípios de liberdade e igualdade dos indivíduos começavam a ter eco, mas tal liberdade estava voltada para a propriedade (aquisição, domínio e transmissão) e

para a igualdade, para o aspecto formal. Já a família, “nas grandes codificações liberais, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque, para a ideologia liberal burguesa, ela era concebida como unidade de sustentação do *status quo*, desconsiderando as pessoas humanas que a integravam” (LÔBO, 1994, p. 138).

Quando do desenvolvimento do Estado Social, ao longo do século XX, passou-se à caracterização da intervenção do Estado nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, promovendo solidariedade social, à promoção da justiça social e à proteção dos mais fracos. A família neste período igualmente sofre intervenção estatal, no sentido de equilibrar a função de seus membros e promover, no âmbito familiar, a dignidade da pessoa humana.

A influência do Estado na família é flagrante, o que também é verificado na ordem normativa brasileira. As constituições de 1824 e 1891 são essencialmente liberais e individualistas, não trazendo regramento específico sobre as relações familiares. Já as constituições de 1934 a 1988 são promulgadas no âmbito do Estado social brasileiro – democrático ou autoritário – trazendo normas expressas sobre a família (LÔBO, 1994).

A Constituição Brasileira de 1988 proclama que a família é a base da sociedade, protegendo-a, transformando-a, reconhecendo-a.

O respeito à dignidade humana, assim, torna-se o fundamento de toda a ordem normativa, inclusive da família, buscando “superar uma visão solipsista do sujeito e recuperar a questão do respeito absoluto à dignidade humana como imperativo ético fundamental” (JUNGES, 2000, p. 145). O sujeito de direitos é, sobre e antes todas as coisas, um ser.

Este fenômeno de repersonalização traduz uma tendência contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram e não (mais) de seus patrimônios ou direitos relacionados ao patrimônio.

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito da relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar (LÔBO, 1994, p. 153).

A repersonalização das relações familiares significa, antes de tudo, que os interesses da pessoa humana sejam muito mais valorizados do que o patrimônio o qual detenha.

Atenta-se para o fato de que a despatrimonialização do direito civil não constitui a exclusão do conteúdo patrimonial das relações regradadas pelo direito, mas sim, imprimir ao sistema econômico a sua ingerência nas relações interpessoais, direcionando, sempre, à busca e ao respeito da dignidade da pessoa humana.

Ao se direcionar para o caminho da despatrimonialização do direito civil (e a sua conseqüente repersonalização), tendo como pressuposto o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana é necessário um diálogo com a filosofia, para entender a dimensão que a pessoa humana ocupa em nossa sociedade.

A concepção jurídica não mais se amolda à racionalidade dos códigos civis, tais como foram concebidos tradicionalmente, no período liberal e/ou social, desvinculada da realidade social e do ser-aí; devendo a codificação infraconstitucional prender a si a garantia da continuidade do ordenamento constitucional, salvaguardando os relacionamentos sociais.

### 3 FAMÍLIA E AFETO

#### 3.1 O DESENVOLVIMENTO LEGISLATIVO DA FAMÍLIA NO SÉCULO XX

O Código Civil de 1916 – e os demais diplomas legais vigentes de então – refletem um viés conservador, representando uma sociedade patriarcal e elitizada, baseada no homem enquanto detentor de patrimônio, mais próxima da burguesia, mais próxima da (pequena) elite burguesa do que da (grande) realidade nacional, apresentando as dificuldades decorrentes de uma inaptidão de cunho social, político e ideológico que o distanciou, paulatinamente, da realidade brasileira.

Nesse diapasão, o diploma civil da época propunha um modelo fechado e autossuficiente de família, calcado nos pilares da família patriarcal, patrimonialista, indissolúvel, baseada no sacramento do casamento. A indissolubilidade da sociedade marital estava estritamente relacionada à segurança e incolumidade do patrimônio, protegendo o ter. Já o patriarcalismo estava relacionado à condição submissa e incapaz da mulher.

Este Código Civil de 1916 pretendia perpetuar no tempo este conceito de família, esquecendo-se, entretanto, que a sociedade não é imutável. O Código Civil estava direcionado para sujeito de direitos que era, sobretudo, um sujeito proprietário, que cuidava de seus bens e seus familiares, apartado e desvinculado do tecido social a que fazia parte (MORAES, 2003, p. 103). O Código Civil de 1916, dentro de uma visão patrimonialista do direito, privilegiava a tutela dos direitos desta natureza – especialmente o direito de propriedade, qualificado como absoluto, inviolável e sagrado, características que não apareciam para qualificar valores como a vida humana.

Na época em foi promulgado, havia uma razoável harmonia entre os fatos sociais e o direito (im)posto na Lei Civil Única:

Una visión patrimonialista del derecho es, por lo demás, tributaria de una mas amplia concepción individualista del hombre y del mundo. Dentro de esta cosmovisión, tal como se ha señalado, interesa solo la protección de los derechos, especialmente los de carácter patrimonial, en provecho del propio sujeto, en actitud transida de medular egoísmo, pretendiendo ignorar el derecho de los demás y el interés social (SESSAREGO, 1992, p. 101).

Mas o homem e, conseqüentemente, a sociedade, não são estáticos. O homem moderno, em que pese ter esquecido o ser e ter instituído a certeza como única medida da verdade, se recria a partir das próprias certezas.

Assim, o ser-aí assume ao longo do tempo características que o transformam, trazendo a rediscussão do ser e colocando a pessoa no centro do ordenamento jurídico.

Como consequência, o direito responde às mudanças sociais, regravando posteriormente o que no mundo já está consagrado pelo decurso do tempo, porquanto o homem e o mundo se constituem na unidade do acontecimento existencial.

Se, como vimos anteriormente, a essência do homem está em seu "ser relativamente a" alguma coisa ou alguém, a família como uma realidade torna-se um campo de profundo interesse e importância já que o ser é um ser-no-mundo e o mundo é sempre compartilhado com os outros seres: um mundo de relações com os seus semelhantes, um mundo pessoal, um mundo de relações consigo mesmo.

O sujeito e o mundo estão relacionados e o ser não está separado do seu mundo e do seu tempo. Em sendo assim, a família acompanhou a recolocação do ser enquanto ser-no-mundo e sofreu, nas últimas décadas, profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado Social<sup>28</sup>.

O Estado passou a se interessar de forma clara e precisa pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí que a progressiva tutela constitucional - ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos e conceitos que nem sempre são acompanhados pela rápida evolução social - faz com que novos valores e tendências se concretizem na prática, a despeito da lei.

Assim, o campo de atuação do Estado foi sendo ampliado com o novo espectro de atuação do *Welfare State* (Estado Social). Com isso, a "legislação de emergência" (TEPEDINO, 2001, p. 05) foi ficando cada vez mais necessária e as leis extravagantes não apenas passaram a regular situações não previstas no Código mas, também, a alterar o conteúdo do Código, criando novos institutos ou adaptando

---

<sup>28</sup> Sobre o lugar da família no Estado social, ver Lôbo (1994).

os já existentes ao novo mundo, à nova sociedade, ao novo ser humano, à nova família.

As significativas mudanças de concepção que a família passou tiveram reflexos nas características da organização familiar, cujas transformações podem ser resumidas em, no mínimo, seis nítidos rumos segundo elencou Carbonnier (1975): a estatização, a retração, a proletarização, a democratização, a desencarnação e a dessacralização (CARBONNIER, 1975 *apud* LEITE, 2002).

A estatização revela a crescente ingerência do Estado nas relações familiares, demonstrando uma tendência de publicização nesta disciplina, pautada pelo intenso privatismo; a retração significa uma redução do grupo familiar aos pais e filhos, na passagem da família essencialmente patriarcal à família nuclear e até mesmo monoparental<sup>29</sup>; a proletarização desvenda uma diminuição da importância do patrimônio dos membros da família, fazendo com que direitos e obrigações incidam sobre salários; a democratização revela uma sociedade familiar mais igualitária, onde homens e mulheres estão no mesmo patamar de igualdade; a desencarnação é compreendida pela substituição do elemento carnal ou biológico, pelo elemento afetivo; e, por fim, a dessacralização, implica no desaparecimento do elemento sagrado e a valorização do público, respeitando o sujeito de direitos em sua dignidade enquanto pessoa humana.

Agregam-se a essas características os fenômenos da descodificação e da constitucionalização do direito privado como um todo.

De acordo com a lição de Amaral (1999), a descodificação é um fenômeno contemporâneo, que consiste na fragmentação do sistema unitário do Código Civil, com a publicação de diversas leis civis especiais, adequando o Direito Civil à nova realidade social e reduzindo a ingerência e força do Código Civil ao criar uma pluralidade de núcleos legislativos, os chamados microssistemas jurídicos. Ou seja, “representa a passagem do monossistema jurídico à modernidade, centralizado no Código, ao polissistema, centralizado na Constituição” (AMARAL, 1999, p. 143).

---

<sup>29</sup> Prevista na Constituição Federal de 1988 no artigo 226 § 4º.

Contudo, tal constatação não implica em uma não aceitação da codificação. Ao contrário: o advento desses microssistemas induz a uma inflação legislativa que, por sua vez, leva à conclusão de que o processo de codificação se faz necessário para organizar o conhecimento jurídico, de forma legítima e coerente (LEITE, 2002).

Assim, o velho Código, gradativamente, foi perdendo seu caráter de estatuto único e maior do Direito Civil para ser encarado em pé de igualdade com as leis extravagantes e, conseqüentemente, a produção legislativa ficou cada vez mais acentuada. Estas inicialmente não foram criadas como concorrentes do Código Civil de 1916, e sim como garantidoras da sobrevivência do Código, complementado-o.

Com efeito, no campo da família, logo após a entrada em vigor do Código Civil de 1916 inicia-se uma produção legislativa paralela que, paulatinamente, começa a alterar significativamente os conceitos relacionados ao direito de família anteriormente elencados – tão somente – no Código Civil.

Assim, para citar alguns exemplos, pode-se destacar as seguintes leis, elencadas em ordem cronológicas:

- 1919 – Lei 3724. Poucos anos após a promulgação do Código Civil de 1916, esta lei foi editada tão somente para fins de acidente de trabalho, a qual prevê uma equiparação da companheira à esposa, desde que sustentada, comprovadamente, pelo homem;
- 1931 – Decreto 20.465. Em que pese estipular regras sobre questões previdenciárias, pela primeira vez, emprega-se o termo “mulher”, mais extensivo e que poderia ser equiparado à mulher companheira, não apenas em referência à mulher casada;
- 1949 – Lei 883. Regulamenta a questão do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, considerados, até então, “ilegítimos”;
- 1960 – Lei 3807. Prevê, de forma inovadora, que a companheira pode ser incluída como dependente do homem na Previdência Social, desde que não haja outros dependentes previstos em lei;

- 1962 – Lei 4121. Até a edição desta lei, denominada “Estatuto da Mulher Casada”, a esposa era considerada relativamente incapaz para os atos da vida civil. Somente com este Estatuto é que ela se tornou colaboradora do marido na chefia da sociedade conjugal, bem como adquiriu a titularidade do pátrio poder, apesar de continuar também como colaboradora no exercício deste direito-dever;
- 1973 – Lei 6015. Ao regulamentar os registros públicos, esta lei autoriza a mulher solteira, separada ou viúva, companheira de homem solteiro, separado ou viúvo a requerer a averbação do sobrenome deste.

Estes exemplos demonstram como as leis especiais posteriores ao Código Civil de 1916 criaram verdadeiros microssistemas, regulando setores inteiros da vida civil, veiculando, inclusive, normas de direito administrativo, direito do trabalho, direito penal e processual. Note-se que as leis esparsas editadas deixaram de ser tão somente um “complemento” ao Código, e passaram a disciplinar as situações novas.

Merece destaque a Lei 6.515/77, popularmente chamada de Lei do Divórcio. Ela acabou sendo considerada um marco na história legislativa do país, principalmente dentro do direito de família, porque trouxe consigo a possibilidade – inovadora, até então, de dissolução do vínculo conjugal<sup>30</sup>.

Em realidade, a vida dos homens e mulheres na sociedade de então se encontrava em total desconformidade com o estabelecido no Código Civil, o qual, paradoxalmente, tinha o objetivo de regular os fatos e as relações privadas. A lei civil codificada não espelhava a vida real.

Com a edição da nova lei em 1977, as características elencadas (unicamente) pelo Código acerca da família passavam a ruir – sobretudo a indissolubilidade do vínculo patrimonial. A nova família já existia, faltava a coragem de mudar as leis que discorriam sobre tal.

---

<sup>30</sup> Embora quebrando o princípio da indissolubilidade do casamento, o divórcio foi admitido em caráter apenas excepcional, sempre submetido à prévia separação judicial pelo tempo de cinco anos. Somente após este período “probatório” é que os separados poderiam obter o divórcio, dissolvendo com tal instituto o casamento por fim. O texto constitucional de 1988 veio alterar esse panorama: diminuiu o lapso temporal para um ano e criou a figura do divórcio direto, submetido apenas à prévia separação de fato.

Mas a Lei 6.515/77 ainda conservava resquícios do modelo de 1916: mantinha a culpa na separação litigiosa, imputando ao cônjuge culpado a possibilidade de perder a guarda dos filhos, a perda do direito a alimentos, e direito à utilização ao sobrenome do ex-consorte<sup>31</sup>.

Denota-se, portanto, que, em que pese a evolução dos costumes e da sociedade e a conseqüente transformação que o Direito de Família vinha sofrendo, alguns resquícios do modelo de família do Código resistiam em habitar as leis infraconstitucionais produzidas no curso do século XX.

Em 1992, a Lei 8.408, uma novidade para os separandos, estabelece que as partes poderiam requerer a separação judicial pelo decurso do prazo de um ano, isto é, sem necessitar imputar ao outro cônjuge qualquer grau de culpa. Até mesmo porque não era possível elencar normativamente os motivos que levaram à ruptura conjugal. Esta lei de certa forma representou “uma tendência do Estado de afastar-se das questões de foro mais íntimo, ao estabelecer a questão da culpa” (PEREIRA, 1995, p. 07).

Mas os avanços sociais exigem do direito uma constante atualização, pois é a sociedade que impõe o direito, não o contrário. Daí a necessidade de se “cultivar um espaço no qual as peculiaridades concretas e existenciais dos diferentes sujeitos que compõem o todo social possam se expressar e serem reconhecidas a partir de si mesmas” (SILVA FILHO, 2007, p. 267).

Esse espaço começa a aparecer na ordem normativa brasileira a partir da Constituição Federal de 1988, que revoluciona o conceito de família – apenas normatizando o que na prática já era uma realidade. É que denominou-se de constitucionalização do direito privado.

Com o advento da Constituição de 1988 procurou-se resgatar as expectativas da nova realidade social e, sobretudo, imprimir a compreensão dos anseios de uma nova postura e ideologia, de acordo com a modernidade calcada na repersonalização do direito privado, em uma clara mudança da concepção do ser humano ao proteger os direitos da personalidade.

---

<sup>31</sup> Artigos 10, 19 e 25 da Lei 6.515/77, respectivamente, repetição dos artigos 326, 320 e 324 do Código Civil de 1916.

A nova e nítida tendência constitucional trouxe reflexos para o direito de família – estampada em dois grandes artigos – 226 e 227 – reafirmou os rumos de mudança em, pelo menos, cinco grandes aspectos: 1) o reconhecimento de outras formas de conjugalidade ao lado da família “legítima” (contra a antiga qualificação da “família legítima”); 2) a igualdade absoluta de direitos e obrigações entre o homem e a mulher (contra a diferença de estatutos entre o homem e a mulher); 3) a paridade de direitos entre filhos de qualquer origem (contra a categorização dos filhos legítimos e ilegítimos); 4) a dissolubilidade do vínculo matrimonial (contra a indissolubilidade do vínculo matrimonial) e 5) o reconhecimento das uniões estáveis (contra a sacramentalidade do casamento).

A consideração destes elementos é suficiente para reconhecer que a nova Constituição (re)colocou o direito de família nos caminhos da modernidade e da nova realidade político-social.

Essa tendência materializada em sede constitucional foi resgatada na legislação infraconstitucional, já que a lei civil deve refletir a realidade social que lhe deu substrato e sustentação.

No caso do direito de família, após a promulgação da Constituição Federal, resgatou-se a nova compreensão do homem, da sociedade e da família. Apenas dois princípios da Carta Constitucional de 1988, para citar os mais importantes, como é o caso do princípio da igualdade constitucional entre marido e mulher (art. 226, § 5º) e o da igualdade da filiação (art. 227, § 6º), foram suficientes para fazer ruir dezenas de artigos do Código Civil de 1916 que, como já visto, era estruturado na disparidade entre marido e mulher e na categorização dos filhos.

A produção infraconstitucional, portanto, trouxe consigo uma nova realidade calcada nas mudanças apregoadas:

1990 – Lei 8069. O chamado Estatuto da Criança e do Adolescente reflete a maior preocupação com o bem-estar social, introduzida pela nova carta constitucional, priorizando o interesse da criança sobre qualquer outro;

1992 – Lei 8560. Dispõe sobre a Averiguação Oficiosa da Paternidade;

1994 – Lei 8971. Ao corroborar com o caráter constitucional de associação afetiva da família, essa lei dispôs sobre as questões da união estável, reconhecendo a existência de outras formas de conjugalidade além da instituição matrimonial;

1996 – Lei 9278. Pouco após a lei de 1994, esta outra lei também foi editada para regular as uniões estáveis.

A Constituição, que antes era entendida predominantemente como mera norma superior, estabelecadora de parâmetros gerais, principalmente de direito público, passa a regular diretamente relações intersubjetivas, priorizando valores existenciais e estabelecendo como fundamento da República, em seu primeiro artigo, a dignidade da pessoa humana. E, dentro dessa nova dinâmica, a Constituição Federal passa a ser o centro reunificador do direito privado.

Diante dessa transformação do direito privado e dessa nova concepção de família, ficou premente a necessidade de se editar um novo Código Civil, que recolocasse o ser no seu mundo. A maior preocupação é com “a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, cuja realização vem convergir todas as normas de direito positivo” (TEPEDINO, 2001, p. 328).

Os fenômenos anteriormente invocados – sobretudo o da descodificação do direito familiar – não são suficientes para anular a necessidade de codificação e tampouco são capazes de invalidar a atual proposta do novo Código Civil.

O novo Código Civil – introduzido a partir da publicação da lei 10.406 em 10 de janeiro de 2002 – veio ao encontro da nova compreensão constitucional do direito privado; mas não se pode olvidar que trata-se de uma obra humana – e portanto passível de lacunas e imperfeições. Nem por isso o Código Civil deixa de ter menos expressão ou potencial na sociedade.

O Livro IV do Código Civil atual, que trata do direito de família, elencou no título I “do direito pessoal”, acompanhando a postura de colocar a pessoa no eixo central do direito; o capítulo subsequente é que passa a dispor sobre o direito patrimonial no âmbito da família<sup>32</sup>. Ou seja, há uma flagrante divisão em matérias pessoais e patrimoniais, atendendo à nova perspectiva constitucional sobre os valores existenciais do homem. Em primeiro lugar, o Código regula as relações pessoais das relações familiares, relegando a um segundo plano os efeitos patrimoniais<sup>33</sup>.

Atualmente, um dos (maiores) problemas que se coloca ao direito (se não o maior) é justamente o de se estabelecer um ajuste entre os valores fundamentais comuns – que fornecem os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspiram – e os espaços de liberdade – que permitem a cada um a escolha de seus atos e o direcionamento da vida particular e trajetória individual (MORAES, 2003).

Conforme será visto a seguir, passar-se-á a analisar tal problema frente à mudança de concepção sedimentada pela Constituição Federal – que inicia uma nova concepção de direito de família: o direito de família constitucional.

### 3.2 O DIREITO DE FAMÍLIA CONSTITUCIONAL: O AFETO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

A expressão “constitucionalização do direito” é relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Através dela poderia se designar qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia (aspecto comum de grande número de sistemas jurídicos

---

<sup>32</sup> Livro IV – Do Direito de Família; Título I – Do Direito Pessoal; Subtítulo I – Do casamento; Subtítulo II – Das relações de parentesco. Título II – Do direito patrimonial; Subtítulo I – Do regime de bens; Subtítulo II – do usufruto e da administração dos bens dos filhos menores. Título III – Da união estável. Título IV – Da tutela e da curatela.

<sup>33</sup> Nesse sentido, Maria Berenice Dias fala sobre o “Direito das Famílias”. Sustenta a autora que a família deixou de ser singular e passou a ser plural. E por isso, hoje, nós não podemos mais falar de Direito de Família, mas direito das famílias (DIAS, 2006). Para a autora, “é necessário adequar a Justiça à vida e não engessar a vida dentro de normas jurídicas, muitas vezes editadas olhando para o passado na tentativa de reprimir o livre exercício da liberdade”.

contemporâneos). Igualmente, tal expressão poderia abranger o fato de a Constituição ter incorporado a seu texto inúmeros temas abordados na esfera infraconstitucionais do direito. Ambas não são as idéias que serão apresentadas aqui. A idéia de constitucionalização do direito explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

Os valores elencados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, refletindo as relações privadas, entre os indivíduos.

Se a Constituição Federal (re)colocou a pessoa humana no centro de todo o ordenamento jurídico, o Direito Civil teve de amoldar-se a essa leitura da realidade; isto importa em dizer que o real destinatário do direito privado é a pessoa humana, saindo de cena o indivíduo proprietário. “A proteção da pessoa humana, em substituição à tutela da liberdade individual, é o postulado a partir do qual se pode demonstrar toda a gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil” (MORAES, 2003, p. 73).

O conteúdo, a natureza e as finalidades dos institutos básicos do Direito Civil, nomeadamente a família, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal, cujos traços marcaram profundamente a legislação civil.

Deve-se ter presente que o direito de família, necessariamente, merece ser analisado sob o prisma da Constituição Federal, o que traz uma nova dimensão ao tratamento desta disciplina. Assim sendo, é imperioso analisar os institutos de direito privado, tendo como ponto de origem a Constituição Federal de 1988, o que leva ao caminho para o Direito Civil Constitucional, ou, no caso em exame, para o Direito de Família Constitucional. A família como formação social é garantida pela Constituição, não por ser portadora de um direito superior ou superindividual, mas por ser o local ou instituição onde se forma a pessoa humana (PERLINGIERI, 2002, p. 243).

A necessidade de se reconhecer a constitucionalização do direito de família implica em ler as normas, os princípios e os valores que regem o Direito Civil, enquanto inseridos na Constituição, a qual, por sua vez, elencou os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade.

Caracterizar a família, atualmente, não é uma tarefa fácil, porquanto sabe-se que há um eclodir de diversas formas de família: família monoparental, família composta por duas pessoas do mesmo sexo, família reestruturada. Todas, entretanto, podem ser caracterizadas como o espaço onde se desenvolvem afetos (e, não obstante, desafetos).

Diversos são os entendimentos e tentativas de concepção. Nos dizeres de Villela (1997, p. 72):

A família hoje expressa um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros, e não mais expressa uma estrutura em que os indivíduos estejam submetidos a fins do entorno social que os envolvia – entornos como Estado e Igreja.

A família atual parte de princípios básicos, mas seu conteúdo é mutante, devido às alterações históricas, culturais e políticas. Liberdade, igualdade, solidariedade e afetividade: sem tais princípios, é impossível compreender a família atual. É também impossível compreender a família sem antes se fazer uma leitura sobre o sujeito de direito enquanto ser-aí.

Como já explicitado anteriormente, ainda que a filosofia ocidental venha identificando o ser e o ente como uma unidade inseparável, é necessário repensar o ser sem entificá-lo (porque ser e ente não significam o mesmo).

A pessoa humana, enquanto ser-aí compreende o seu próprio limite existencial ao se comunicar com os outros e é na família, sobretudo, que o ser-aí se relaciona com os outros, porquanto a família faz parte da constituição do mundo do ser-aí. Aí reside, no viés hermenêutico fenomenológico apresentado neste trabalho, a concepção da família para a filosofia.

Embora, conforme referido no primeiro capítulo, o homem não escolhe a família onde nasce não escolhe a cultura da qual participa, nem as situações nas quais é “jogado” dentro destes limites criados pela circunstancialidade, o ser-aí tem a possibilidade para escolher ser humano.

Sobre a concepção de família para o direito, Fachin (1999) defende a família como fato cultural que está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico. Vê-la tão somente na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um “iceberg”, sintetiza o autor. Assim, conclui que “a família como fato e fenômeno antecede, sucede e transcende o jurídico” (FACHIN, 1999, p. 14).

A família patriarcal - que nossa legislação civil tomou como modelo ao longo do século XX - entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição Federal de 1988.

Dentro dessa proposta, os antigos princípios do direito de família (já elencados no capítulo anterior) foram sendo aniquilados ao mesmo tempo em que outros foram surgindo, culminando com uma remodelagem desse ramo jurídico.

Considera-se que diversas mudanças trouxeram novos ideais à realidade da família e, com elas, as três características fundamentais do modelo de família previstas no Código Civil de 1916 - matrimonializada, hierarquizada e patriarcal – estão superadas (FACHIN, 2000, p. 206).

Mas quais mudanças são essas? A evolução do conhecimento científico é um mecanismo utilizado para (assim espera-se!) a melhoria da vida humana, ao uma gama de possibilidades principalmente na medicina nunca antes previstas: fala-se em inseminação artificial, barriga de aluguel, clonagem. Outra mudança foi perpetrada pelos movimentos políticos e sociais do século XX, que influenciaram fortemente a noção do ser humano no resgate da dignidade da pessoa humana, sobretudo após os horrores perpetuados pelas guerras e pelos regimes totalitários. Ainda, pode-se referir o fenômeno da globalização, que trouxe consigo uma forte mudança na estrutura da sociedade, ajudado pelo progresso tecnológico: as barreiras geográficas, de uma forma global, ficaram relativizadas, e a acessibilidade às informações e produtos se expandiu<sup>34</sup>.

Frente às mudanças experimentadas, atualmente a família moderna está assentada em um novo fundamento essencial, que explica toda a sua função: a afetividade. Lôbo (1994) sintetiza tal enfoque referindo que, “enquanto houver *affectio*, haverá família”. O afeto é hoje apontado como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando no Texto Maior como um direito

---

<sup>34</sup> O enfoque aqui privilegiado é, claramente, ao lado positivo da globalização para o desenvolvimento de laços sociais e afetivos. Não se desconhece que há um lado perverso da globalização na sociedade, alavancado pelo capitalismo irrefreável. Sobre o tema da modernidade, globalização e individualismo, afirma que No que concerne à questão do individualismo e da modernidade, Lepovestky (2004) afirma que a nova era da modernidade instituiu o hiperindividualismo. Para o filósofo, o homem da sociedade hipermoderna é um hiperindividualista, fragilizado pelo medo em uma era de exageros<sup>34</sup>. Esse exagero está presente em toda a sociedade: “o princípio do self service, a busca de emoções, o cálculo utilitarista, a superficialidade dos vínculos parecem ter contaminado o conjunto do corpo social, sem que nem mesmo a espiritualidade escape disso” (LEPOVESTKY, 2004, p. 33).

fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização da dignidade humana. Paradoxalmente, é este mesmo *affectio* que justifica as demandas de responsabilização civil no âmbito do direito de família.

Se o afeto está presente na constituição da família, o desafeto está presente nos processos de indenização nas relações de família. Afinal, que afeto é esse? Se está diante de um afeto burocratizado e mercantilizado, sobretudo devido ao processo de desumanização que a sociedade capitalista constrói (FROMM, 1964)<sup>35</sup>.

O homem — de todas as idades e culturas — vê-se diante da solução de uma só e mesma questão: a de como superar a separação, a de como realizar a união, a de como transcender a própria vida individual e encontrar sintonia. A questão é a mesma para o homem primitivo da vida em cavernas, para o nômade a cuidar de seus rebanhos, para o camponês do Egito, o mercador fenício, o soldado romano, o monge medieval, o samurai japonês, o escriturário e o operário modernos (FROMM, 1964).

No mundo de relações efêmeras e funcionais, de “amor líquido” (BAUMAN, 2006), as relações se movem e escorrem sem muitos obstáculos, marcados pela ausência de peso e movimento frenético. Tais relações fluidas exigem que o nosso afeto esteja inscrito na reconstrução simbólica dos pensamentos e das falas emergentes. Para Bauman (2006), as características do mundo globalizado (rapidez na troca constante de informações, respostas imediatas, incerteza radicalizada, falta de padrões reguladores, produtos descartáveis e rapidamente obsoletos) imprimem sua marca inclusive nos relacionamentos amorosos.

Na modernidade (ou pós-modernidade), a família converteu-se no espaço de realização da afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros e, destarte, houve um deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função: afeto. Aspectos ligados ao sangue, ao nome, e ao patrimônio cedem lugar ao afeto, ao direito à felicidade, à pessoa humana.

---

<sup>35</sup> As contribuições de Fromm (1964) são uma referência fundamental para analisar a sociedade contemporânea e, por tal mérito, ele é considerado um dos grandes intelectuais do século 20. Ele também foi um dos principais responsáveis pela renovação da psicanálise, promovendo a percepção da necessidade de incluir as relações sociais e a cultura na busca de compreensão dos fenômenos psíquicos, o que era uma necessidade teórica. A valoração das idéias e do psiquismo para explicar os fenômenos sociais, tal como o caso do nazismo, também merece ser ressaltado, entre outros.

Fundada na fragilidade dos laços humanos, a família atual passou a ser o núcleo natural e fundamental da sociedade e passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público oponível ao próprio Estado e à sociedade. Enquanto a Constituição anterior previa, em seu art. 175, que "A família é constituída pelo casamento"<sup>36</sup>, a nossa atual Lei Maior estatui, no caput do art. 226, que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"<sup>37</sup>.

É interessante notar que as Constituições brasileiras reproduzem nas disposições sobre a família as fases históricas que o país viveu, no trânsito do Estado liberal para o Estado social<sup>38</sup>.

A Constituição de 1988, por sua vez, expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação que se tem notícia entre as Constituições mais recentes de outros países.

A família é a base da sociedade, proclama nossa Constituição Federal de 1988. E justamente aí que reside a principal limitação ao Estado: "a família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado" (LOBO, 1994, p. 141).

Uma vez que as relações familiares têm conteúdo afetivo e são o núcleo essencial da sociedade - instituído e protegido pela nossa Carta Maior – torna-se indispensável que o direito confira a devida proteção à família e aos sujeitos que a integram.

Nesta seara de preservação e proteção, exerce especial destaque a tutela à dignidade da pessoa em suas relações familiares, com base na isonomia entre os cônjuges, na igualdade entre os companheiros, na paridade entre os filhos e na tutela de todas as uniões familiares, oriundas ou não de casamento, que hoje têm a garantia constitucional. A família passou a ser encarada como o principal ambiente

---

<sup>36</sup> Constituição Federal de 1946.

<sup>37</sup> Constituição Federal de 1988.

<sup>38</sup> As constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares. Em contrapartida, as constituições do Estado brasileiro de 1934 a 1988 (sejam regimes democráticas ou ditatoriais) destinaram à família normas explícitas. A Constituição democrática de 1934 dedica todo um capítulo à família, aparecendo pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subsequentes. Na Constituição autoritária de 1937, a educação surge como dever dos pais, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

de promoção da dignidade da pessoa humana - considerado princípio estruturante (CANOTILHO, 2003), pois dele decorrem todos os demais princípios.

Como já aludido, a noção de poder no âmbito das relações de família foi abrandada, sendo substituída pela idéia de liberdade e, desta forma, valorizando o reconhecimento da personalidade singular de cada membro que compõe a família. Em termos de história cronológica, há não muito tempo não se acreditava no afeto como capaz de participar da organização do mundo social. Atualmente, o ser humano como ser-no-mundo busca o seu lugar afetivo na sociedade moderna, sem prévias determinações. Acredita-se na espontaneidade afetiva que deve ocorrer em um contexto mais amplo, o qual deve incluir a subjetividade do outro.

É importante relembrar que a pessoa surge na coletividade, onde o ser-aí é lançado e, portanto, o ser é sempre ser-com-os-outros. Daí a necessidade de se reconhecer o indivíduo a partir do coletivo. Portanto, se a família atual busca sua identificação na solidariedade, art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, (BRASIL, 2004) – como um dos fundamentos da afetividade - pode-se afirmar que a unidade da sociedade moderna é o indivíduo<sup>39</sup>.

A mudança que se desponta é a restauração da primazia da pessoa nas relações de família, na garantia da realização da afetividade e de sua dignidade, como condição primeira de adequação do direito à realidade do ser.

A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. Ou seja, a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que, durante muito tempo, balizaram o direito de família não encontra mais eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho humano (ou existencialista).

Como já esclarecido, a repersonalização das relações jurídicas de família é um processo de revalorização da dignidade humana, que coloca a pessoa no centro da tutela jurídica. A dignidade humana não é criação da ordem constitucional, mas sim protegida, consagrada e elencada por ela, entre os princípios fundamentais. Desta forma, a criança, o adolescente, o idoso, o homem e a mulher são

---

<sup>39</sup> Note-se que não o indivíduo aqui referido em nada repisa os parâmetros do individualismo oposto pelo Código Civil de 1916. O indivíduo citado não se instaura e tampouco é responsável totalmente sobre suas escolhas, uma vez que é lançado no mundo. Sobre o conceito de indivíduo e individualismo, ver Taylor (2000, especialmente o capítulo I). Para o autor, o indivíduo, que não pode ser visto em si mesmo, surge a partir de um elemento dialógico.

protagonistas dessa transformação deflagrada pelo princípio da dignidade da pessoa humana que a Constituição elevou ao fundamento da organização social, política, jurídica e econômica.

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e não como simples sujeito de relação jurídica, porquanto: “valorizar a pessoa, invariavelmente, acaba sendo identificado com o respeito à autonomia privada e à liberdade de disposição e não com o reconhecimento qualitativo das suas fontes morais” (SILVA FILHO, 2008, p. 18). Esta distorção está inserida no discurso da repersonalização do Direito Civil: valorizar a pessoa não é significa trazer o individualismo calcado na entificação do ser. Isto é, a repersonalização não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da dignidade de seus membros como pessoas humanas concretas (LÔBO, 1994, p. 152).

Esse sujeito de direito, portanto, é um ser projetado para fora de si mesmo, em que pese estar preso às fronteiras do mundo em que se encontra submerso. Esta é a dimensão filosófica que deve estar presente.

É esta a distorção que se refere acima: a doutrina, com frequência, envolve a noção de dignidade da pessoa humana como fundamento do Direito Civil, repersonalizado nas mesmas referências teóricas iluministas, especialmente a ética kantiana.

É neste sentido que a fenomenologia hermenêutica se propõe a aclarar o sujeito de direito nas relações jurídicas privadas que derive de uma leitura existencial, no enfoque heideggeriano da pessoa humana.

A repersonalização, que coloca a pessoa no centro do universo jurídico, necessita entender a pessoa tanto no seu universo racional como também no seu universo particular concreto, porque “existem inúmeros aspectos reais da vida em relação que ficam de fora dos recortes funcionais e abstratos da teoria jurídica e que só podem ser percebidos na dimensão concreta da existencialidade” (SILVA FILHO, 2007, p. 266).

Como corolário, valora-se o ser sobre o ter. A idéia a é de substituir uma concepção, na qual o patrimônio é considerado um fim, por outra, na qual o patrimônio é apenas um instrumento – indispensável e também valioso – a serviço da pessoa humana que é um fim em si mesmo.

El patrimonialismo jurídico antepone, así, la tutela de los intereses económicos, centrados en la propiedad, frente a la protección de la persona. La tendencia que se observa en el derecho contemporáneo trata de subvertir esta tradicional jerarquía, al pretender que el sistema jurídico gire y se centre en torno de la persona humana (SESSAREGO, 1992, p. 97).

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é o elemento garantidor e protetor dos direitos das pessoas, embora este direito não esteja taxativamente previsto em lei. O que tem relevância é a circunstância de haver um princípio geral estabelecendo a reparabilidade do dano moral, independentemente do prejuízo material. E, se a personalidade humana é considerada um valor unitário e sem limitações, então não se pode negar a tutela a quem requeira a garantia sobre um aspecto de sua existência para o qual não há previsão normativa específica, porque a personalidade humana tem relevância constitucional. Esta é a razão pela qual as hipóteses de dano moral são tão frequentes: “porque a sua reparação está posta para a pessoa como um todo, sendo tutelado o valor da personalidade humana” (MORAES, 2003, p. 127-128).

A superação de uma concepção do direito privado de um caráter eminentemente individualista com uma raiz patrimonialista, assim como os novos e enfáticos princípios constitucionais, nos permite vislumbrar que há uma crescente tendência a privilegiar a reparação dos danos subjetivos em prevalência aos danos de ordem patrimonial. Isto é, houve uma inversão abissal e hodiernamente se valora os danos subjetivos em decorrência dos objetivos. Ou seja, tudo se resolve com danos subjetivos.

Esta nova concepção revelou uma tendência a reparar o dano subjetivo através de se recorrer a medidas de ordem patrimonial. Partindo da premissa que a pessoa é um valor per se, qualquer dano que contra ela se cometa não pode permanecer impune, independentemente das consequências de ordem patrimonial que se apresentem simultaneamente. A idéia é que face à tutela que o direito confere a pessoa humana este não pode restringir-se a oferecer garantias somente nos casos de produzir violações de direito, que repercutam negativamente na esfera

patrimonial do direito. Porém, para não haver distorções, é imperioso se ter em mente que *“la persona se tutela por lo que ella misma significa y no como generadora de riqueza, fuente de utilidades”* (SESSAREGO, 1992, p. 111).

Dentro do contexto de repersonalização do Direito Civil – com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana – a família passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e não mais como uma fonte de produção de riqueza. E é no âmbito familiar o lugar no qual o sujeito vem a obter a plena realização de sua dignidade enquanto ser humano. Não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, como preleciona Rodrigo da Cunha Pereira (2005), é que se torna imperativo pensar o direito de família na contemporaneidade.

Sobretudo na família, o *ser* supera o *ter*, fazendo com que o afeto se torne o elemento irradiador da convivência familiar. Assim, a valorização do afeto nas relações de família não pode estar restrita apenas ao momento inicial ou nascedouro, mas igualmente deve perpetuar-se por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base da família.

A família deixou de ser fim e passou a ser meio: meio de promoção da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, “constrói-se o paradigma do desamor, no qual ninguém é obrigado a viver com quem não esteja feliz, preponderando o respeito e a dignidade da pessoa humana” (MORAIS DA ROSA, 2001, p. 129). A forma de compreensão da família contemporânea na apregoada mudança de paradigmas é o que se passa a estudar a seguir.

### 3.3 OS REFLEXOS DE ORDEM NORMATIVA E HERMENÊUTICA FENOMENOLÓGICA NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Conforme já explicitado, o Código Civil de 1916 caracterizava a família, essencialmente, matrimonial, patrimonial e patriarcal. A sociedade conjugal somente era formada através do casamento, que tinha como objetivo principal a preservação

do patrimônio, ficando todas as outras formas de união efetivas à margem da lei, pois não tinha importância jurídica o vínculo afetivo entre os componentes da família, sendo o foco da sua proteção a família “legítima”.

É a Lei Fundamental de 1988 – propriamente apelidada de constituição cidadã – que veio redimensionar a ciência jurídica, aplacando a histórica dicotomia entre público e privado ao estabelecer princípios e normas dirigidos ao âmbito privado e, assim, determinando uma nova leitura dos institutos fundamentais do Direito Civil. Ou seja, a Constituição, mais do que estabelecer parâmetros para as atividades privadas, conferiu novo conteúdo aos institutos privados. Com isso, muitas leis infraconstitucionais – decorrentes do chamado processo de descodificação – permaneceram válidas no ordenamento jurídico, mas caíram em desuso<sup>40</sup>.

Assim, frente às transformações advindas com a Carta Magna de 1988, nota-se uma ruptura com os antigos conceitos, sendo as relações contemporâneas, pautadas na afetividade. É ela, a afetividade, a base do direito de família, a mola propulsora das relações contemporâneas, capaz de gerar direitos e obrigações na seara familiar.

Na perspectiva constitucional, portanto, a família abandona o caráter de instituição jurídica e passa a ser um instrumento de afirmação da realização pessoal do ser humano, isto é, a família é uma realidade, faz parte do mundo do ser.

Com o advento do Código Civil de 2002, houve uma ruptura com a antiga estrutura estabelecida pelo Código Civil de 1916 e uma aproximação ao novo paradigma introduzido pela Carta Constitucional. Na nova codificação, entende-se que a família ou entidade familiar não é formada apenas a partir do casamento, aceitando-se tanto a família monoparental, formada pelo pai ou pela mãe e pelos filhos, quanto à união estável entre homem e mulher.

---

<sup>40</sup> O Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2007, decidiu pela não recepção do artigo 36, inciso II, da Lei 6.515 de 1977 que impedia a decretação do divórcio por conversão pelo descumprimento das obrigações anteriormente assumidas na separação, feito que dispositivo viola o teor do disposto no artigo 226 parágrafo 6 da Constituição Federal (STF, Rext 387.271/SP, julgado em 08 de agosto de 2007).

Não apenas o direito de família contemporâneo, mas o Direito Civil como um todo não pode se afastar da legalidade constitucional, devendo ter sempre como norte os valores mais relevantes da ordem jurídica e social estampados na Constituição Federal de 1988.

É esta postura ativa e transformadora que o neoconstitucionalismo apregoa como teoria constitucional, conforme elucidado em item anterior<sup>41</sup>. O novo paradigma do direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito enquanto sistema de regras, que só é possível a partir dos princípios e regras introduzidos no discurso constitucional. Tais princípios e regras representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático, que era negado pelo positivismo. E o neoconstitucionalismo se caracteriza, sobretudo, por centrar sua própria análise na estrutura e no papel que o documento constitucional assume nos sistemas jurídicos contemporâneos.

Não basta, todavia, a concessão de primazia à Constituição, ou o reconhecimento de sua força normativa e caráter dirigente para a concretização dos princípios e regras elencados na Constituição. Uma Constituição não é somente técnica, tem de haver, por detrás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços.

Na ótica de Streck (2000), é necessária uma simbiose entre o discurso crítico constitucional e tudo o que fica de fora na sociedade, o que está excluído; para que, assim, surja um discurso que dê vida ao direito.

Frente a isto, não se pode aceitar que, em pleno século XX, o direito de família se feche à nova teoria constitucional, mantendo a separação entre ser e ente e excluindo do ser o mundo no qual fora lançado, em conseqüente e evidente descompasso entre Constituição e sociedade.

A realidade social é uma construção histórica, dinâmica, hermenêutica e crítica, da qual o Direito faz parte:

Cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição, na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma (GADAMER, 1997, p. 392).

---

<sup>41</sup> Sobre este tópico, retornar para o capítulo 2, item 2.3.

Frente a isso, deve-se adequar a norma infraconstitucional aos novos paradigmas principiológicos constitucionais, atendendo à preservação da dignidade da pessoa humana.

A autoconsciência não nasce sozinha, é indispensável o horizonte coletivo, entretanto, a sociedade é pouco voltada para o horizonte coletivo face concepções abstratas das pessoas assumidas isoladamente. E é a superação do esquema sujeito-objeto (que tem sido perpetuado pelo pensamento jurídico) que a fenomenologia hermenêutica procura desvelar.

Previamente mencionado, o princípio da dignidade humana impõe a elevação do ser humano ao ápice de todo o sistema jurídico. A dignidade da pessoa humana, então, é a “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade” (SARLET, 2001, p. 60). Por conseguinte, o reconhecimento da fundamentalidade da dignidade da pessoa humana impõe assegurá-la na interpretação e aplicação das normas e conceitos jurídicos. Frente a isso, há a necessidade de uma visão essencialmente funcionalizada da família, sendo o locus privilegiado para a afirmação da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2001, p. 349).

A base do Direito de Família é o afeto e este deve ser sempre o critério utilizado na análise da tutela dos direitos inerentes aos indivíduos inseridos no contexto familiar.

Que a família é uma estrutura complexa, todas as áreas do conhecimento admitem. O que identifica a família hoje já não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou do envolvimento de caráter sexual. A família, portanto, pode ser caracterizada como um “sistema de relações que se traduz em conceitos e preconceitos, idéias e ideais, sonhos e realizações” (GROENINGA, 2003, p. 125).

Mas é a estrutura familiar “que existe antes e acima do Direito, que nos interessa estudar. E é mesmo sobre ela que o Direito vem, através dos tempos, tentando legislar com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa existir como cidadão” (PEREIRA, 2005, p. 01). Quando a estrutura familiar não é capaz de se sustentar na originalidade em que foi constituída, a lei jurídica pode vir

em seu socorro. O legislador, porém, não tem como criar ou impor a afetividade como regra *erga omnes*, pois esta surge pela convivência entre pessoas e reciprocidade de sentimentos.

O direito, na sua função de normatizar a vida social, faz o conhecimento da realidade à qual se dirige. Se se está inserido, pois, em uma sociedade de exageros, o Direito positivado não escapa de tal realidade, refletindo-a.

No momento em que se emprestar idéias psicanalíticas ao conceito tradicional (e jurídico) de família, vendo-a como uma estrutura psíquica, social e antropológica, passar-se-á a entendê-la de forma mais universalizada. Face a isso, o direito de família modernamente se depara com problemas que transcendem os elementos meramente jurídicos. Denota-se, pois, que a normatização sobre a família não assegura nem mantém a sua existência.

A questão da família vai muito além de sua positivação nos ordenamentos jurídicos, geralmente definida por conceitos dogmáticos e estáveis. Para se afastar desta perspectiva dogmática positivada, faz-se necessário trazer à família o viés fenomenológico, abrindo-se para a perspectiva do outro, porque somos criaturas sociais e, sendo assim, “desde o começo, necessitamos de família, de amigos, e até mesmo de estranhos que estão desejando abrirem-se para e conhecer nossa presença” (HYDE, 2001, p. 87)<sup>42</sup>.

Como uma instituição social, a família não tem o condão de assegurar felicidade ou prazer, tampouco afeto; o afeto é o elo de manutenção entre os indivíduos que compõem a família, não é garantia alguma<sup>43</sup>.

Deixando a família de ser compreendida estritamente como núcleo econômico e reprodutivo, avança-se para uma compreensão socioafetiva surgindo, conseqüentemente, novas representações sociais e novos arranjos familiares, ou seja, as entidades familiares tornam-se plurais, já que existem em razão do sentimento (afeto) dos membros que as compõem. Hoje temos diversos tipos de família: casais que decidem pela coabitação separada em nome da preservação da

---

<sup>42</sup> Tradução livre. No original: “We are creatures whose well-being requires recognition from those who would have us return the favor. Indeed we are social beings – born from others and, right from the start, in need of family, of friends, and even strangers who are willing to open themselves to and acknowledge our presence [...]”.

<sup>43</sup> Sobre o (equivocado) projeto da felicidade em que estamos inseridos, ver interessante texto publicado por Contardo Calligaris no jornal Folha de São Paulo, quarta-feira, 21 de maio de 2008, Caderno Cotidiano, disponível em <[www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/inde21052008.html](http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/inde21052008.html)>.

liberdade e da autonomia pessoal de cada parceiro, casais que constroem seu projeto de relacionamento aberto, onde o dever da fidelidade sexual não é contemplado, casais que optam por morar sozinhos para a preservação da autonomia de cada sujeito. Estes exemplos expressam a complexa convivência entre os seres humanos enquanto família, e a dificuldade em se teorizar sobre dois indivíduos concebidos como singulares, que se unem para a instituição do que chamamos de família, na sociedade contemporânea.

O casamento, assim, se relativiza como ponto referencial único e necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais, no embate entre o ter e o ser. Não se trata de excluir da família sua natureza patrimonial, afinal, “evidentemente as relações de família também têm natureza patrimonial. Sempre terão” (LÔBO, 1994, p. 147). Trata-se de colocar o ser humano no centro da discussão jurídica, sobrepujando o caráter patrimonialista e individualista que acompanhou a família.

A família contemporânea, forjada na dignidade da pessoa humana, passa a atender a uma necessidade distinta e não regrada: ser feliz. E é a partir deste direito (e procura) à felicidade que se constrói o paradigma do desamor, no qual ninguém é obrigado a viver com quem não esteja feliz, preponderando o respeito e a dignidade do ser-aí (MORAIS DA ROSA, 2001, p. 30).

Resta claro, pelo exposto, que o ser-aí busque na família um ambiente harmônico, para relacionar-se com outro, porque o ser é sempre ser-com-outro e assim dependemos profundamente deste Outro. Como dependência desperta culpa, culpa ontológica, culpa existencial, é essa culpa – e o reflexo dela no direito – que se passa a estudar. Paradoxalmente, em que pese falar-se em um novo modelo de família pautado no ser, não raras vezes, depara-se com a questão do ter, na discussão de ressarcimento por danos morais no âmbito da família.

## **4 A RESPONSABILIDADE CIVIL E A REPARAÇÃO DE DANOS NO DIREITO DE FAMÍLIA**

### **4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: PAGAR E REPARAR?**

Muitos trabalhos já apresentaram a questão do instituto da responsabilidade civil e os elementos para fixação da reparação, bem como sua extensão. Não é o escopo do trabalho apresentar um estudo sobre a responsabilidade civil em si, nem sobre os pressupostos fáticos de um dano de difícil ou de impossível reparabilidade (como é comum na espécie), mas abrir o debate, trazendo para o seio da discussão a questão do ser, sob o viés existencialista heideggeriano.

Da leitura dos capítulos anteriores, denota-se que o principal objetivo do direito civil atual é “o pleno desenvolvimento do projeto de vida de cada pessoa” (MORAES, 2003, p. 140) na validade do princípio constitucional da dignidade humana. Valora-se o indivíduo, lançado no mundo e reconhecido a partir do horizonte coletivo; minimiza-se o individualismo jurídico calcado na entificação do ser, parâmetro presente na legislação civil, sobretudo no período liberal.

Mas quando o projeto de vida de cada pessoa é transgredido e o princípio da dignidade é ferido, ingressa-se na discussão da responsabilidade civil.

É incontestável que todo o dano oriundo de um ato praticado em desacordo com a ordem legal e lesivo ao direito de outrem, importando na violação do ordenamento jurídico, deve ser indenizado. Havendo violação de um direito que configure ofensa à sociedade por infração de preceito indispensável, tem-se um ilícito penal, e ao reverso, se a violação for a um direito subjetivo privado, estar-se-á diante de um ilícito civil, acarretando a responsabilidade civil.

Muitas são as teorias a conceituar o dano como pressuposto inafastável da responsabilidade civil. A partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato surge o dever de indenizar. Em não sendo possível a restauração ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito, faz-se necessária uma

compensação monetária pelos danos sofridos a partir do pagamento de uma indenização.

A responsabilidade civil assumiu um novo propósito: “deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas” (MORAES, 2003, p. 12). O foco direcionou-se, portanto, da figura do ofensor (suas razões, motivações, pretextos) para a pessoa da vítima (suas dores, sentimentos, sofrimentos). Com isso, durante o século XX houve um deslocamento no fundamento filosófico da responsabilidade civil, valorando-se o dano sofrido em detrimento do dano causado.

Com a mudança de foco (no lugar da conduta do agente, passou-se a enfatizar a proteção à vítima), alargou-se as hipóteses de incidência da responsabilidade civil objetiva, que independe de culpa ou de ato ilícito do agente causador do dano. Sempre vislumbrando a dignidade da pessoa humana, atualmente busca-se uma reparação mais ampla, desvalorizando-se o ato ilícito e valorizando-se a idéia de (in)justiça.

Para a configuração do ato ilícito a ensejar a responsabilidade civil, é mister a existência de um fato lesivo (comissivo ou omissivo), a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, o nexos causal entre o dano e o comportamento do causador deste; e, ainda, se subjetiva a responsabilidade, a existência da culpa do agente.

Em relação ao dano sofrido por aquele que é atingido em um bem jurídico material, está-se diante de um dano patrimonial (material) ao atingir a pessoa ou a coisa objetivamente tutelada, causando prejuízos de ordem econômica, moral ou pessoal.

Quando atinge a pessoa ou a coisa pelo lado subjetivo, no que respeita à personalidade ou o lado afetivo que a coisa possa representar, abrangendo abalo dos sentimentos e lesão a todos e quaisquer bens ou interesses pessoais, está-se diante de um dano extrapatrimonial (desde que cause sofrimento e desgostos de molde a originar uma dor moral).

Há dois sentimentos preponderantes na reparação da lesão: o social e o humano. Como sentimento social, a ordem jurídica não aceita que uma pessoa possa causar prejuízo a outra sem ter que reparar o dano, verificando-se no ofensor um fator de desequilíbrio. A função simbólica de poder, de representação do Estado,

de lei que o juiz ocupa não pode ser desprezada na busca de reparação de danos. Como sentimento humano, não há como se conformar que o agente causador de um dano permaneça ileso ao ter causado prejuízo a alguém. Por isso, “a teoria da reparação de danos ou da responsabilidade civil encontra na natureza do homem a sua própria explicação” (BITTAR, 1999, p. 28).

O código civil de 1916, de acordo com o texto estampado no artigo 159<sup>44</sup>, filiou-se à teoria da responsabilidade subjetiva para a composição de regras sobre a responsabilidade civil. A responsabilidade civil subjetiva é fundada na incidência de culpa, bipartindo-se em contratual e extracontratual, denominada também de aquiliana ou delitual, decorrendo a primeira de quebra de normas contratuais e a segunda, de ilícito civil. Para que se aplique o instituto da responsabilidade civil subjetiva é necessária a reunião de três pressupostos: ação ilícita, nexo causal e dano. A responsabilidade subjetiva fundamenta-se na existência de culpa do agente. Como corolário desta assertiva, denota-se que, em não havendo culpa, não há responsabilidade, ainda que presente o dano. Esta é o fundamento da responsabilidade civil no âmbito da família: “Sendo subjetiva a responsabilidade civil no Direito de Família, o dever de indenizar pressupõe ato ilícito, devendo existir nexo de causalidade entre o agir culposo ou doloso com o resultado”<sup>45</sup>.

Em que pese a adoção da teoria subjetiva, o legislador também estampou no código civil de 1916 a responsabilidade objetiva – baseada no risco, independentemente da prática de ato ilícito. Ambas posições coexistiram pacificamente na vigência do código anterior, sendo que a responsabilidade objetiva, para existir, deveria estar, obrigatoriamente, prevista em lei.

O código civil de 2002 introduziu uma regra geral distinta daquela prevista na legislação anterior, qual seja: a obrigação de indenizar por atribuição meramente objetiva.

---

<sup>44</sup> Artigo 159 Código Civil de 1916: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

<sup>45</sup> RIO GRANDE DO SUL. **Apelação cível n. 70025923186**, de 25 de março de 2009. Porto Alegre: Tribunal de Justiça - 7ª Câmara Cível, 2009a.

Tal previsão não está em artigos esparsos ou situações delimitadas, mas como um preceito legal geral, ou seja, perdeu a característica de excepcionalidade. O artigo 927 do código civil em vigor destaca o dever de indenizar, independentemente de culpa<sup>46</sup>.

Apesar da marcante tendência objetivista da responsabilidade civil, a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, continua consagrada na Parte Geral, entre os dispositivos que formatam o título relativo aos atos lícitos<sup>47</sup>. E, em consonância com o comando constitucional, elencado no artigo 5º, V e X da Carta Maior Brasileira, o código civil vigente prevê a reparação de danos, ainda que exclusivamente morais.

Sem pretender a análise pontual dos dispositivos que compõem o Título IX, Livro I da Parte Especial do código civil de 2002 – artigos 927 a 954 – destacam-se como fundamentais os paradigmas da responsabilidade civil introduzidos pela nova legislação, quais sejam: reparação do dano causado por culpa do agente independentemente de sua vontade; reparação exclusivamente moral e repressão ao abuso do direito.

Há uma clara tendência de expansão da responsabilidade civil por todos os ramos do direito civil, transitando, também, pelo direito de família, “tanto em seus aspectos pessoais de vínculo familiar, como na esfera patrimonial das relações exurgentes do estado familiar” (MADALENO, 1998, p. 69).

Tal tendência é igualmente (e fortemente) evidenciada na doutrina Argentina, onde no domínio da responsabilidade familiar “*reina la responsabilidad objetiva*” (MEDINA, 2002, p. 25).

---

<sup>46</sup> Artigo 927 do código civil de 2002: Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>47</sup> Artigo 186 do código civil de 2002: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187 do código civil de 2002: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A expansão da responsabilidade civil surgiu a partir da segunda metade do século XIX, frente às idéias, doutrinas e concepções que surgiram no período. Passou-se a exigir a reparação de todo o dano sofrido, sempre frente à valorização cada vez mais intensa da pessoa humana. Como exposto no capítulo anterior, a pessoa volta a ser o centro do ordenamento jurídico, o que contribui para que o cidadão exija mais providências por parte do Estado. É o chamado fenômeno da “judicialização das relações sociais” (VIANNA et al., 1999, p. 11).

O Poder Judiciário, neste sentido, vem ocupar uma função reparadora, reconfortante: um “direito de conforto” (MORAIS DA ROSA, 2007, p. 34). Isto é, o direito – e conseqüentemente o Poder Judiciário – é visto como um estuário para corrigir todas as insatisfações que possam encontrar expressão no nosso meio social.

Com a ampliação do campo de abrangência da responsabilidade civil, surge a responsabilidade fundada no risco. A responsabilidade objetiva baseada no risco defende a tese de que todo o dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente da culpa. Ou seja, pode-se aferir da teoria do risco que toda a pessoa que exerce alguma atividade cria risco de dano a terceiro, e deve ser obrigada a reparar tal dano ainda que sua conduta seja isenta de culpa, visando (como não podia deixar de ser) a proteção da pessoa humana. Todavia, culpa e risco devem deixar de ser considerados como fundamentos da responsabilidade para ocupar o papel que realmente desenvolvem, como fonte da responsabilidade civil.

Destaca-se a peculiar questão sobre os critérios destinados à quantificação dos valores indenizatórios extrapatrimoniais. A dificuldade no arbitramento do quantum indenizatório e a constante busca da forma ideal para a fixação – de forma a entregar ao ofendido a mais justa reparação, geralmente pecuniária, sem, contudo, comprometer o equilíbrio das relações jurídicas – são temas de diversos trabalhos doutrinários e acadêmicos. Buscam-se critérios de fixação, padrão de fundamentação, identificação de pressupostos. O novo perfil eleva valores éticos como probidade, boa-fé e equidade na mensuração de danos morais. Tal posicionamento confere ao julgador um maior poder discricionário, uma vez que tais valores são, sobretudo, subjetivos.

As diversas formulações teóricas levaram as diversas tendências jurisprudenciais, com respostas distintas para casos semelhantes, respostas semelhantes para casos distintos, respostas idênticas para caso semelhantes, mas com diferentes fundamentações teóricas. Em termos de teorização, análise e aplicação da responsabilidade civil construiu-se uma verdadeira “torre de Babel” (HIRONAKA, 2005).

O Direito é, sobretudo, uma ciência, e não um sistema de teorias, onde o convencimento dos julgadores deve ser algo pessoal, subjetivo e inseguro. A ciência do direito é uma inquietude ante o problemático, sempre na perseguição do justo. Assim, a escolha do método é necessária para a delimitação do objeto a ser investigado e para a certeza do investigar sobre onde efetivamente se deseja chegar, com segurança jurídica. Daí a necessidade da presente leitura existencialista heideggeriana: como referido, o ser é colocado no centro da produção jurídica face à repersonalização do direito privado, mas tal ser é apartado de seu horizonte, de suas possibilidades, de seu mundo.

Não se pode negar que, em havendo um dano, a lesão (ou o prejuízo) não pode ser negado. Enquanto que a sociedade e a religião não necessitam fundamentar suas crenças, o direito, como ciência, necessita: “o direito não pode estar sujeito aos desmandos do senso comum por conta de uma pseudo-legitimidade da maioria” (FREITAS, 2008, p. 18).

Indubitavelmente, houve uma variação e transformação das relações privadas sob o enfoque da responsabilidade civil, de forma que:

A responsabilidade civil derivada não do ato ilícito, mas de fonte legislativa (ex lege), ampliou-se sobremaneira na atualidade, expressão de tendência que se solidifica, o caso brasileiro, com a Constituição de 05 de outubro de 1988, que projeta o dever de reparação para além dos confins da conduta culposa dos indivíduos (TEPEDINO, 2001, p. 175).

A responsabilidade, assim, nada mais é do que o dever de indenizar o dano, que surge sempre que alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido em um contrato (responsabilidade contratual) ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão (responsabilidade extracontratual).

A primacial função da responsabilidade civil – chamada de ressarcitória, indenizatória ou reparatória – visa apagar o prejuízo econômico causado (indenização do dano patrimonial) ou minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral). Agrega-se a esta primordial função os outros papéis que a responsabilidade civil desempenha: sancionária (ou punitiva) e preventiva.

O que se busca com a indenização dos danos morais não é apenas a valoração, em moeda, da angústia ou da dor sentida pelo cônjuge traído, mas proporcionar-lhe uma situação positiva e, em contrapartida, frear os atos ilícitos do infrator, desestimulando-o a reincidir em tal prática<sup>48</sup>.

Ou seja, o objeto da responsabilidade civil é justamente a reparação (civil) de danos. Estamos inseridos numa cultura – social, econômica e internacional – onde ressarcir é pagar.

A reparação civil tem várias formas. Na forma pecuniária, é chamada de indenização. No que diz respeito ao dano moral, deve compensar a vítima e desestimular o(s) agente(s) quanto a outras condutas ou omissões lesivas. E no que diz respeito ao dano material, deve ressarcir os prejuízos sofridos, que são os danos emergentes e os lucros cessantes.

A responsabilidade civil visa, igualmente, dissuadir outras pessoas e o próprio lesante da prática de atos prejudiciais a outrem, obrigando o lesante a reparar o dano causado. No caso dos danos morais, é patente a função de punição do lesante, porquanto se entende que os danos morais propriamente não se indenizam, apenas se compensam pecuniariamente.

As obrigações da responsabilidade civil têm, essencialmente, uma finalidade estática que é a proteção da esfera jurídica de cada pessoa, através da reparação de danos causados por outrem.

Refere-se que três ordens de mudanças sócio-jurídicas geraram efeitos nos critérios para conceituação e quantificação do dano moral, quais sejam: primeiro, o mundo de segurança deu lugar a um mundo de insegurança e incertezas; segundo, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou solidariedade; por último, a tutela da liberdade do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana (MORAES,

---

<sup>48</sup> GOIAS. **Apelação Cível n. 56957-0/188**, de 23 de maio de 2001. Indenização por dano moral. Adultério ou traição. Possibilidaderelator. Goiânia: Tribunal de Justiça, 2001.

2003, p. 72). Portanto, valorizou-se a pessoa, o ser, mas olvidou-se que este ser é um ser-aí, visto além da metafísica.

Utilizando-se os termos dor, mal, espanto, emoção, vergonha, culpa, injúria, tenta-se definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano. Em geral, confunde-se o dano com sua consequência, porque tais são os sentimentos que o dano moral produz, não sua caracterização. Trata-se, na ciência do Direito, de traduzir para linguagem e formato jurídicos o que é um “mal evidente”<sup>49</sup>, pois o que é um “mal evidente” para uns pode não o ser para outros.

Conforme iterativa jurisprudência, dissabores, irritações, aborrecimentos não são suficientes para conferir à pretensa vítima o direito à composição de danos extrapatrimoniais, em sintonia com o entendimento de que não basta a existência de uma conduta errônea ou até ilícita para desencadear a obrigação indenizatória, exigindo-se, também, a comprovação de que tal conduta acarretou lesividade para a parte<sup>50</sup>.

Enquanto ciência, há de se construir, ainda que minimamente, uma idéia de certeza do direito, para retirar o máximo possível o subjetivismo do julgador, assegurando alguma estabilidade e segurança nas relações jurídicas intersubjetivas.

A reparação por dano moral se transforma na contrapartida do princípio da dignidade humana, “é o reverso da moeda” (MORAES, 2003, p. 132). Assim, pode-se conceituar o dano moral como causa de uma injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida, constitucionalmente, pela cláusula geral da tutela da personalidade, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Afirma-se que “a indenização por danos moral não tem o objetivo de reparar a dor, mas de compensá-la de alguma forma, minimizando os sofrimentos do beneficiário”<sup>51</sup>. Diante desta conotação, pode-se concluir que os danos

---

<sup>49</sup> Tal expressão foi proferida em voto de lavra do Ministro Francisco Rezek, sobre a conceituação de dano moral: “Penso que o que o constituinte brasileiro qualifica como dano moral é aquele dano que se pode depois neutralizar como uma indenização de índole civil, traduzida em dinheiro, embora a sua própria configuração não seja material. Não é como incendiar-se um objeto ou tomar-se um bem da pessoa. É causar a ela um mal evidente” BRASIL. **Recurso Extraordinário n. 172720-9RJ**, de 06 de fevereiro de 1996. Indenização. Dano Moral. Extravio de mala em viagem aérea. Convenção varsóvia. Observação mitigada. Constituição Federal. Supremacia. Brasília: Superior Tribunal da Justiça, 1996.

<sup>50</sup> MINAS GERAIS. **Apelação Cível n. 1.0024.04.298109-2/003**, de 18 de dezembro de 2008. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça, 2008.

<sup>51</sup> MATO GROSSO DO SUL. **Apelação Cível n. 38.264-5**, de 24 de maio de 1994. Campo Grande: Tribunal de Justiça, 1994.

extrapatrimoniais, propriamente, não se indenizam, apenas se compensam monetariamente.

A idéia do ressarcimento por dano extrapatrimonial como vingança está enraizada no imaginário popular; em muitas demandas, busca-se o Poder Judiciário para atingir a promessa do “*vou fazer-te pagar por isso*”. Se paga, literalmente; porquanto a compensação do dano moral se faz exclusivamente por dinheiro àquele considerado vítima ou inocente. É a cultura litigiosa escancarada em todas as suas formas sociais.

A idéia de dano moral nas relações de afeto reacende a volta ao patrimonialismo dos valores inerentes à pessoa humana que, por sua natureza, devem permanecer à margem do sentido utilitarista, que a economia confere à indenização pecuniária. Pode-se reparar o afeto perdido através da patrimonialização de vínculos?

A reparação civil não tem a característica de indenização, pois a idéia seria a negação do conceito que encerra o dano moral. Ao assegurar o pagamento de determinada soma em dinheiro, ainda que não se repare o dano causado, compensa-o pela eventual satisfação que a fruição do dinheiro pode representar ao ofendido. Para o ofensor, aplica-se uma sanção, com a diminuição do seu patrimônio, inibindo-o da prática de novo ilícito. Não há, portanto, incompatibilidade conceitual entre a função compensatória e a sancionária da reparação por dano moral.

A difusão da noção de que um determinado comportamento corresponderá a uma resposta do direito, sob a forma de sanção pecuniária imposta ao ofensor, acaba tendo um sentido também educativo e preventivo que se reflete na sociedade. “Há um duplo sentido na indenização por dano moral: ressarcimento e prevenção. Acrescente-se ainda o cunho educativo que essas indenizações apresentam para a sociedade” (VENOSA, 2003, p. 207).

O caráter de prevenção de danos é inserido no sistema de responsabilização civil em paralelo ao caráter de reparação dos danos já ocorridos. Hodiernamente, o sistema da responsabilidade civil não se assenta, somente, nos tradicionais pilares da reparabilidade: antijuricidade, culpabilidade e nexo causal. Aumentou-se o espectro de danos indenizáveis, e a estrutura do instituto da reparação civil

converteu-se em uma desordem formada por diversas e variadas funções – reparar, compensar, prevenir, punir dissuadir e educar – que lhe foram sendo atribuídas jurisprudencialmente e que hoje carecem de sistematização (MORAES, 2003). O Estado não repara o prejuízo sofrido – que por sua natureza é insusceptível de reparação – mas procura compensar o dano sofrido. Daí a falar-se que o dano moral é compensável e não propriamente indenizável (MORAES, 2003).

A doutrina nacional e estrangeira parecem quase unânimes ao conceituar o dano moral segundo a “lição de René Savatier”, para quem o dano moral é todo o sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária (SAVATIER, 1950 *apud* PEREIRA, 1995, p. 54).

Em 1996, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 172.720, entendeu que o dano moral se distingue da violação a direitos da personalidade, bem como dos efeitos não-patrimoniais da lesão<sup>52</sup>.

Sobre a questão da quantificação da reparação e os critérios adotados para a avaliação do dano, a Superior Tribunal de Justiça recomenda que, na fixação da indenização a este título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico da parte autora e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso<sup>53</sup>.

Uma vez enfrentada a questão da ocorrência ou não de danos morais, passe-se a uma outra questão: “a inexistência de critérios seguros ou legais para a estipulação do quantum indenizatório” (MORAES, 2003, p. 28). Com isto, sem maiores justificativas no caso concreto, exsurge o caráter punitivo da indenização como forma de dissuadir na sociedade condutas ilícitas semelhantes, penalizando o ofensor:

---

<sup>52</sup> BRASIL. **Recurso Extraordinário n. 172720-9RJ**, de 06 de fevereiro de 1996. Indenização. Dano Moral. Extravio de mala em viagem aérea. Convenção varsóvia. Observação mitigada. Constituição Federal. Supremacia. Brasília: Superior Tribunal da Justiça, 1996.

<sup>53</sup> BRASIL. **Recurso Especial n. 259816**, de 22 de agosto de 2000. Direito Civil. Ação Indenizatória. Hospital. Falecimento de Paciente. Atendimento por Plantonista. Empresa Preponente como Ré. Culpa dos Prepostos. Obrigação de Indenizar. Danos Morais. Quantificação. Controle pela Instância Especial. Possibilidade. Valor. Caso Concreto. Inocorrência de Abuso ou Exagero. Recurso Desacolhido. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2000.

A desobediência ao dever de fidelidade recíproca acarreta dor moral ao cônjuge enganado, autorizando a condenação do consorte infiel ao pagamento de indenização por danos morais. O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro, deve desempenhar função pedagógica e séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva<sup>54</sup>.

Ao mesmo tempo, vislumbra-se que o novo paradigma solidarista privilegia a reparação da vítima prejudicada em detrimento à condenação do agente culpado. Essa nova perspectiva correspondente à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente possível.

De um lado, com a garantia de proteção avançada da pessoa humana, ampliam-se as hipóteses de cabimento indenizatório, aumentando o grau e o volume das reparações civis por violação dos diferenciados aspectos componentes da personalidade humana. Ou seja, existindo novos direitos e interesses tutelados, naturalmente, há uma ampliação no espectro de cabimento da reparação de danos. De outra banda, os tradicionais filtros da responsabilidade civil (ou seja, os seus clássicos pressupostos de conduta, culpa, dano material e/ou moral e nexos de causalidade direto e imediato) começam a ruir em face da existência de novas situações descortinadas contemporaneamente, que não conseguem estar tuteladas de maneira efetiva e eficaz através das lentes clássicas da ciência de reparação de danos.<sup>55</sup> No direito de família, “não há responsabilidade civil, e sim responsabilidade pessoal” (WELTER, 2003, p. 11) no sentido de que a responsabilidade sempre está voltada para a pessoa. Todavia, como apontado no primeiro capítulo, não mais se justifica perpetuar a ruptura entre o ser e o ente: é necessário reconhecer o outro como extensão e conexão de si, como garantia do seu próprio direito. O fato é que, no cerne desta discussão, não se pode olvidar que “*el sujeto familiar es, por sobre todas las cosas una persona*” (MEDINA, 2002, p. 21). Daí a necessidade de entender essa pessoa enquanto ser, e não apartá-lo do mundo e da sua condição existencial.

---

<sup>54</sup> SANTA CATARINA. **Apelação Cível n. 2004.012615-8**, de 05 de maio de 2005. Florianópolis: Tribunal da Justiça, 2005.

<sup>55</sup> Como, por exemplo, a moderna teoria da perda de uma chance. Sobre o tema, ver trabalho de Silva (2007).

Se o dano à pessoa – que produz pena, dor e sofrimento – supõe uma lesão na esfera sentimental do sujeito, então ele também pode ser definido como dano subjetivo. SESSAREGO faz recordar que há importante distinção conceitual entre dano à pessoa e dano moral. O autor assevera que *“El daño moral es sólo uno de los tantos componentes del amplio espectro de lesiones que se comprenden bajo del genérico concepto de ‘daño a la persona’”(SESSAREGO, 1992, p. 121).*

O dano moral significa a lesão a um dos múltiplos aspectos da personalidade, pela qual se integra dentro do mais amplo conceito de dano subjetivo (ou dano à pessoa). O dano moral é frequentemente de carácter transitório, enquanto o dano subjetivo por vezes acompanha a pessoa pelo resto de sua existência. No caso de reparação civil dentro das entidades familiares, estar-se-ia falando em dano moral quando, sobretudo, está se falando sobre um dano à pessoa; é esta *pessoa* que não pode ser esquecida quando da análise do problema.

Há poucas décadas não se vislumbrava a possibilidade da reparação do dano causado, seja pelo prejuízo material ou pelo dano imaterial ocorrido dentro da relação de família; hoje, porém, diante de relações familiares tão conturbadas e distorcidas, surge um despertar por estes direitos no campo do direito de família, oriundos do instituto da responsabilidade civil e da proteção da dignidade da pessoa humana. Da simples leitura de julgamentos, conclui-se uma crescente tendência a privilegiar a reparação dos danos subjetivos frente aos prevalentemente de ordem patrimonial.

No caso específico do ressarcimento de danos no direito de família, não é diferente da idéia de vingança por uma frustração. Entretanto, *“la frustración del proyecto existencial comporta, por ello, un permanente estado de frustración”* (SESSAREGO, 1992, p. 122). A busca de satisfação – pecuniária – a esta frustração encerra-se muitas vezes nos Tribunais, conforme passa-se a analisar.

## 4.2 A CULPA COMO CONDUTA

Partindo-se da premissa de que o homem é o único ser capaz de sentir culpa (SCLIAR, 2007), a idéia da culpa está arraigada em nossa sociedade: quando algo não tem o desfecho esperado, há uma necessidade de se buscar um culpado – alguém que errou deve pagar por este erro. Denota-se, portanto, que a culpa sempre esteve intrinsecamente relacionada com a idéia de punição, de vingança. “A culpa não se esgota no plano pessoal. Atribuir culpa a grupos, comunidades, povos faz parte da estratégia de dominação [...]” (SCLIAR, 2007, p. 183).

Uma definição de culpa que é frequentemente lembrada pela doutrina é a aquela introduzida por Planiol, Ripert e Boulanger (1947) para quem a culpa deriva de uma infração a uma obrigação preexistente: “não se estaria em falta se não houvesse alguma obrigação”. “Ora a obrigação é precisada pela lei ou por um contrato; ora ela é dada pelos preceitos gerais da moral e do direito, que o juiz deve respeitar” (PLANIOL; RIPERT; BOULANGER, 1947 *apud* CARVALHO NETO, 2008, p. 49).

A culpabilidade, por sua vez, pode ser definida como uma conduta do agente, desaprovada pela lei, reprovável ou censurável legalmente (HIRONAKA, 2005). Destarte, culpa e culpabilidade são termos correlatos.

A culpa não se expressa apenas no plano pessoa, jurídico, religioso ou psicológico. A culpa também pode ter uma conotação social ou moral. “No processo educacional, na família ou na escola, culpa e castigo sempre tiveram um papel destacado” (SCLIAR, 2007, p. 201). Parte dessa cultura da culpa, as religiões ajudaram a perpetuar. O direito eclesiástico prega a culpa (também) no âmbito familiar, porquanto o casamento é indissolúvel, é eterno, sacramentado. “O Estado não se da conta que, ao manter a culpa no âmbito de direito de família, está, na verdade, aceitando, indevidamente, a imposição da doutrina do Direito Eclesiástico” (WELTER, 2003, p. 10).

A culpa em sentido amplo – como violação de um dever jurídico imputável a alguém – pode ser subdividida em dolo e culpa em sentido estrito. Essa distinção, tão importante para o direito penal, acaba se tornando insignificante para o direito civil, mas não deixa de existir. Refere-se dolo como a violação de um dever jurídico e culpa, sem sentido estrito, como imprudência, imperícia e negligência.

Para o direito civil, a culpa pode ser compreendida como uma conduta contrária ao dever de cuidado imposto pelo direito, que vem a produzir um evento danoso. Conforme explicitado anteriormente, a reparação pressupõe o acontecimento de um ilícito, na busca de um culpado para uma situação dolorosa. *“Es que la culpa implica un juicio de reprobabilidad sobre la conducta de una persona, teniéndose en cuenta la prudencia y la diligencia del actuar del sujeto”* (GHERSI, 1997, p. 108).

No âmbito do direito de família, não é diferente. A culpa surge, originariamente, como forma de se manter o casamento; eis que se não fosse alegada e provada alguma conduta culposa a separação não poderia acontecer<sup>56</sup>.

E, se o casamento não pudesse ser mantido, a culpa desempenharia um papel de punição àquele que deu causa à separação<sup>57</sup>.

Em que pese a possibilidade de a separação sem culpa já estar sedimentada no ordenamento jurídico brasileiro, a culpa permanece fortemente presente dentro da família, seja pelo viés psicológico, social ou jurídico. Frequentemente, as partes envolvidas no processo judicial justificam o pedido de separação na culpa. Nesta

---

<sup>56</sup> Até o advento da Lei do Divórcio, de acordo com o mencionado no segundo capítulo.

<sup>57</sup> Esclarece-se que, para fins do presente trabalho, o termo “separação” é utilizado com a conotação *lato sensu*. Tal não significa que se desconheça a diferença para o ordenamento jurídico brasileiro entre separação e divórcio. De acordo com nossas leis atuais, o casal que não deseja mais a manutenção do casamento pode se separar judicialmente, decorrido um ano de casamento. Feita a separação judicial, após um ano, o casal pode obter judicialmente o divórcio, conquistando, assim, a possibilidade de um novo casamento. É o chamado divórcio indireto. O divórcio direto é aquele que pode ser obtido após dois anos contados a partir da separação de fato - que nada mais é do que o afastamento do casal, sem que tenha passado pelo Poder Judiciário. Seria algo como uma separação “informal”. Nesse caso, o casal pode buscar o divórcio diretamente, sem que tenha se separado previamente de forma judicial. Atualmente, nota-se uma forte tendência à extinção da separação como requisito para a efetiva ruptura da sociedade conjugal, que se dá efetivamente através do divórcio. Nesse sentido, a Comissão Especial do Divórcio da Câmara dos Deputados aprovou, no dia 21 de novembro de 2007, o substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que elimina a figura da separação judicial. O texto da nova proposta altera a Constituição Federal de 1988 no tocante à separação e divórcio. Agora, a Comissão Especial da Câmara aprovou o texto da PEC que extingue a separação, indo além dos conceitos de divórcio direto e indireto. Com essa PEC, que seguiu para o Senado, a separação judicial deixa de existir. Assim, o casal separado de fato há mais de um ano pode requerer o divórcio sem que tenha obrigatoriamente passado pelo período de “estágio” da separação judicial.

circunstância, os julgadores têm decidido com apoio na atualidade da ordem normativa:

À despeito de o pedido inicial atribuir a culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal<sup>58</sup>.

Mas a doutrina e a jurisprudência se confrontam sobre a possibilidade de aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil pelos danos causados na ruptura da sociedade conjugal – separação, divórcio ou dissolução de união estável<sup>59</sup>. Isto é, embora apregoadado novo modelo de família, conforme explicitado no segundo capítulo, não raras vezes, depara-se com a discussão de ressarcimento por danos extrapatrimoniais no âmbito da família. Tal discussão seria um paradoxo dentro da família contemporânea?

Levar a discussão da culpa ao Judiciário não tem o condão de fazer a verdade dos fatos se desvelar para que o julgador possa auferir, com imparcialidade, quem deu causa e qual foi a consequência.

É inconstitucional a discussão da doutrina canônica dentro do Estado Democrático de Direito, que é laicizado, leigo, descristianizado, profanado, desconsagrado, degredado, dessacralizado, desdramatizado, secularizado. Em decorrência, a culpa deve ser afastada do Direito de família, visto que o mundo moderno – secularizado-democrático-globalizado – deixou de comportar as estruturas do Direito Divino (WELTER, 2003, p. 14).

A reparação por danos na esfera familiar se dará com fundamento na responsabilidade subjetiva e, portanto, requer a constatação do dano, do nexo de causalidade e da culpa. Em que pese falar-se em repersonalização do direito civil, e, principalmente, introduzir o afeto como elemento primordial do direito de família, “o termo culpa parece (infelizmente) em maior sintonia com o direito de família do que palavras como amor ou solidariedade” (FREITAS, 2008, p. 19).

---

<sup>58</sup> BRASIL. **Embargo de Recurso Especial n. 466.329RS / Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 2004/0166475-2**, de 14 de setembro de 2005. Separação Judicial. Pedido intentado com base na culpa exclusiva do cônjuge mulher. Decisão que acolhe a pretensão em face da insuportabilidade da vida em comum, independentemente da verificação da culpa em relação a ambos os litigantes. Admissibilidade. Brasília: Superior Tribunal da Justiça, 2005.

<sup>59</sup> Conforme se verá nos próximos itens, há autores que defendem a possibilidade da aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil para os danos que tomam lugar dentro da família, mas igualmente há quem defenda em sentido contrário. A jurisprudência que se apresentará, oriunda dos Tribunais brasileiro e argentino, reflete essa contradição.

No ostracismo jurídico, onde se retira todo o caráter existencial da pessoa humana, apartada da realidade social, surge a discussão da culpa no direito de família, na qual a traição entre cônjuges é vista como a “pérola da culpa” (FREITAS, 2008). Sobre a questão da fidelidade conjugal, sabe-se que “a exigência da fidelidade nasceu como uma necessidade de um sistema patriarcal antigo, que visava assegurar ao homem a paternidade de sua prole” (BRUNDT, 2007, p. 56).

Amar não é uma parte ou propriedade do amante, mas reflete uma forma de existir dos amantes, enquanto eles estão em um estado de amor, ou, colocado de outra forma, o estado de amor no qual o ser existe, enquanto sente afeto ou demonstra amor. Mas é o ser que ama que existe no mundo e não o amor em si. O amor é tão somente a forma de existir do amante, enquanto ele (ou ela) amam alguém.

Contata-se que o amor não está regrado no ordenamento jurídico. Mas a culpa está. O atual código civil traz questões (irrelevantes) sobre a culpa, permeando o código civil em diversos dispositivos<sup>60</sup>, inclusive do direito sucessório<sup>61</sup>. Na frase final do artigo 1.830, há a revitalização total da culpa, prevendo que o cônjuge sobrevivente inocente, se não for culpado pela separação de fato ocorrida há mais de dois anos, é concedido a este o direito de suceder, desde que impute ao cônjuge morto uma culpa. Além de absolutamente desnecessária tal previsão, é inviável na prática: como o falecido poderia se defender de tal imputação de culpa?

A culpa atribui àquele que descumpre uma obrigação a perda de determinados direitos e a imposição de sanções, que podem ser de índole civil e penal.

Não se pode esquecer que o contrário da culpa é a inocência. Ao se perquirir a culpa como uma conduta dentro das relações de família, importa em dizer que há também um inocente. Há como, na integralidade do ser e de sua relação na família, apontar com exatidão quem é o culpado e quem é o inocente? Crê-se que não.

---

<sup>60</sup> Artigos 1.564, 1.572, 1.573, 1.578 e 1.704 parágrafo único do código civil de 2002.

<sup>61</sup> Artigo 1.830 do Código Civil de 2002: Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível **sem culpa do sobrevivente**.

E a vontade do ser? Conforme a teoria kantiana – já desenvolvida sucintamente no primeiro capítulo – somente pela vontade racional a pessoa humana será autônoma o suficiente para se guiar pelas leis que ela própria criou. Retirar a vontade racional é retirar, sobretudo, o caráter humano do ser.

Sobre a questão da vontade do ser, seu desejo e seu horizonte, a psicanálise ao dialogar com o direito traz para esta ciência novas noções, principalmente em relação ao sentimento do ser. A psicanálise é perturbadora e revolucionária, porque ela sempre considera o sujeito. E é justamente na esteira desse raciocínio – do sujeito – que o direito de família vem evoluindo. Exatamente por considerar o sujeito, o sujeito digno, o sujeito como ser-aí, o sujeito individual, é que ele despatrimonializado e deshierarchicalizado. Por isso é que, na definição psicanalítica, a família é uma estruturação psíquica, onde cada membro ocupa uma função, um espaço (DOR, 1991, p. 45).

Desde quando a família deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e reprodutivo, cedendo espaço para a realização do ser neste horizonte coletivo, os valores e paradigmas do sistema jurídico ficaram alterados. Este é o caminho sem volta.

#### 4.3 A OCORRÊNCIA DE REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Durante o século XIX e até parte do século XX, “*no se admitia ningún tipo de indemnización entre los miembros de la familia por daños producidos entre ellos*” (MEDINA, 2002, p. 19). Com as mudanças de paradigmas (jurídicos, sociais e também políticos) essa inadmissão passou a ser revista.

O direito é uma ciência que, com frequência, tem suas proposições levadas aos extremos: de um sistema muito fechado a um sistema muito aberto, de forte negação à ampla permissibilidade, de fraco impedimento à demasiada concessão. Não raro encontramos, nos diversos ramos da ciência do direito, teorias abissalmente opostas, que coexistem durante o mesmo período histórico. Não é

diferente com o tema da reparação civil por danos extrapatrimoniais no direito de família. Diversos autores adotam uma inclinação doutrinária a conferir a possibilidade de ressarcimento do dano moral nas relações familiares e sócioafetivas em geral<sup>62</sup>. Tal postura contrasta com a posição de outros tantos autores que, arraigadamente, não vêem com simpatia nem com legitimidade constitucional este tipo de ressarcimento civil<sup>63</sup>.

Não há dúvida de que existam condutas delituosas praticadas dentro da relação afetiva – tais como sevícias, violência sexual, homicídio ou tentativa de homicídio, lesão corporal, ameaças, calúnia e difamação, entre outros –, mas tais ilicitudes devem ter a sua resolução buscada dentro da área de direito penal<sup>64</sup>. Assim, esses danos não estão pautados pela desobediência aos deveres conjugais, mas sim por uma conduta delituosa (presente em qualquer *locus* de incidência). Ou seja, o fato de estes danos terem nascido no âmbito de uma relação de família não é razão para que devam ser indenizados. O *locus* de incidência da conduta dolosa não a tipifica como crime, portanto, mesmo fora das entidades familiares, a indenização por ato delituoso estaria justificada<sup>65</sup>. No mesmo sentido, em 2001, um pedido de indenização foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça procedente, não em decorrência de infração dos deveres do matrimônio, mas pelo crime de ameaça e lesão corporal<sup>66</sup>.

Verifica-se, portanto, que a indenização é concedida, nos casos exemplificados acima, não pela ruptura da sociedade conjugal ou por infração dos deveres do casamento, mas pela ilicitude cometida por um consorte contra outro. Nestes casos, “a indenização não é exigida pela ruptura do desejo de felicidade” (WELTER, 2003, p. 05).

---

<sup>62</sup> Exemplificativamente, cita-se Yussef Said Cahali, Carlos Alberto Bittar, José Aguiar Dias, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa, Belmiro Pedro Welter, Bernardo Castelo Branco.

<sup>63</sup> Também exemplificativamente, cita-se Sérgio Gischcow Pereria, Maria Berenice Dias, Leonardo Barreto Moreira Alves, Maria Celina Bodin de Moraes, Cristiano Chaves de Farias, Rodrigo da Cunha Pereira.

<sup>64</sup> Como no caso lesões corporais causadas pelo marido à esposa: “Lesões corporais causadas pelo marido à própria esposa, deixando-a inabilitada para as funções profissionais de advogada”. RIO DE JANEIRO. **Apelação Cível n. 8323**, de 19 de outubro de 1998. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, 1998.

<sup>65</sup> Nesse mesmo sentido, destaca-se o julgamento no RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n. 598064137**, de 07 de outubro de 1998. Porto Alegre: Tribunal de Justiça – 7ª Câmara Cível, 1998.

<sup>66</sup> BRASIL. **Recurso Especial n. 37051/SP**, de 17 de abril de 2001. Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2001.

A necessidade social subjetiva de discutir-se a culpa no âmbito das relações familiares dentro de um processo jurídico, quando ratificada pelo Estado na pessoa do julgador, retira deste a sua verdadeira função, que é zelar pela dignidade da pessoa humana, em qualquer instância ou qualquer situação.

Sobre a possibilidade de se utilizar as próprias normas do direito de família para se buscar uma reparação por eventuais danos, a doutrina não caracteriza a prestação alimentar de forma indenizatória, e sim como um dever de assistência material, considerando a necessidade de um e a possibilidade do outro consorte. Igualmente, o instituto da guarda dos filhos menores igualmente não há que ser considerado como punição pela culpa na separação, mesmo porque a guarda tem sido concedida, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre tendo em vista o melhor interesse do menor.

Busca-se, então, a aplicação da regra geral da responsabilidade civil para indenizar os danos que ocorrem no âmbito da família, já que as normas próprias do direito de família não possuem o viés reparatório. Para que se possa ter uma visão mais clara dessa possibilidade de ressarcimento de danos no âmbito do direito de família, analisar-se-á algumas situações que podem ensejar, segundo a doutrina e jurisprudência, indenização por danos extrapatrimoniais. Para tanto, parte-se para a análise das perguntas: é possível o direito buscar um culpado pelo fim do afeto que sustentava a relação de família? Há como se medir sentimento do ser-aí face aos parâmetros lógicos formais e legalistas?

Para responder tais questões é necessário ter presente a necessidade de se adequar o texto da lei à realidade do ser. Até onde a ciência do direito alcança hoje, a solução mais adequada que se mostra é a adoção das regras hermenêuticas, porquanto fazer hermenêutica é realizar um processo de compreensão do direito:

Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com uma hermé(neu)tica jurídica tradicionalmente objetificante, prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência (STRECK, 2000, p. 227).

Se o direito é, sobretudo, “uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social” (BARROSO, 2003, p. 12), não se pode permitir que venha para tornar mais conflitiva as relações inter-pessoais. Os extremos necessitam ser

revisitados, pois parece que é ainda por eles que compreende-se muito do direito e da política da atualidade. Nesse contexto, com o pretexto de se buscar ressarcimento por dano extrapatrimonial, requer-se a obtenção de vantagens materiais a qualquer título. É a força do patrimônio que retorna com força total aos institutos do direito, alcançando, também, o direito de família.

No atual momento, em que se proclama o afeto como ponto central e alicerce do direito de família constitucionalizado, buscando afastar o individualismo e o patrimonialismo presente em nosso ordenamento anterior, coloca-se como paradoxal e contraditório a mensuração de (falta de) sentimento através do dinheiro.

Neste estuário de insatisfações e reivindicações que desempenha, hoje, o papel do Poder Judiciário no senso comum social, “o dano moral passou a ser um *band-aid* para qualquer frustração, da realidade, sem que a ferida seja curada.” (MORAIS DA ROSA, 2007, p. 33). É nesta seara que os cônjuges reivindicam reparação pelo sonho de felicidade destruído; os filhos que reivindicam amor dos pais; noivos reivindicam a frustração do término da promessa de casamento. É nesta seara que o ser é fragmentados de seu mundo, das coisas e das pessoas que lhe pré-existiam. É nesta seria o ser é apartado de seu ente e não tem um compreensão de si. Ainda, não se pode deixar de considerar que o término do afeto não permite perquirições históricas sobre os fracassos e os dramas que antecederam esse fim. É o elemento tempo que cimenta uma soma de fatores no relacionamento com o outro. Por isso, se disse em sede jurisprudencial: “começou e acabou. Passaram-se vinte e quatro anos. O tempo é inflexível. Para ambos”<sup>67</sup>.

#### **4.3.1 A Dissolução da Sociedade Conjugal<sup>68</sup>**

A união entre dois seres humanos, com a intenção de formar uma família, traz a complexidade de suas vivências prévias particulares e, não obstante esse horizonte pretérito, eles vêm a estabelecer uma vida nova, inseridos na coletividade.

---

<sup>67</sup> RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n. 598064137**, de 07 de outubro de 1998. Porto Alegre: Tribunal de Justiça – 7ª Câmara Cível, 1998.

<sup>68</sup> Em que pese as diferenças já apontadas em diversos estudos acadêmicos e doutrinários, para fins deste trabalho, trabalhar-se-á como sociedade conjugal o casamento e a união estável.

Assim, em um relacionamento, os acontecimentos vividos pelos cônjuges são resultados da interação do casal com o meio em que estão inseridos.

Como explanado anteriormente, no âmbito do direito de família a culpa surgiu como forma de nutrir a indissolubilidade do casamento. Com a receptividade do princípio da ruptura, se percebeu que a conduta culposa praticada pelos cônjuges é, na verdade, a consequência de uma ruptura pré-existente. Ou seja, o que parece ser a causa pode ser tão somente a consequência. A separação por ruptura, portanto, permite a cessação da comunhão de vida entre os cônjuges pelo fim do afeto no casamento.

Embora superada a questão da indissolubilidade do matrimônio, a culpa permanece no sistema normativo vigente: o novo código civil, conforme referido, manteve a possibilidade do reconhecimento de culpa.

“O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação”<sup>69</sup>.

A família atual, de acordo com os paradigmas principiológicos constitucionais, tem por laço que a une o afeto; a falta deste, porém, muitas vezes não basta para que se possa dissolver a sociedade conjugal. Parte-se para a busca a um culpado. Olvidam-se – legislador, julgador e partes – que discutir a culpabilidade no desfazimento da união conjugal torna-se um “trabalho hercúleo, senão impossível” (FREITAS, 2008, p. 21). Parte-se a irrefreável busca de respostas para uma difícil pergunta: quem é o culpado?

Sob a (verdadeira) justificação de que a dimensão jurídica do casamento não substitui a estrutura humana, desenvolveu-se a teoria jurídica de que as obrigações decorrentes do casamento, previstas legalmente, são passíveis de cobrança no cenário do seu existir humano.

Entende-se que estar casado não denota anular aspirações de cada parte. O casamento, enquanto sociedade plural, não significa que cada parte deva anular suas aspirações. Os cônjuges, hodiernamente, entendem que cada um deve manter e cultivar sua individualidade, em que pese estarem em um casamento (horizonte

---

<sup>69</sup> BRASIL. **Recurso Especial n. 37051/SP**, de 17 de abril de 2001. Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2001.

coletivo): “Aquilo que os regimes matrimoniais asseguram ao homem, pela comunicação e pela troca, é um horizonte em direção ao qual ele possa se projetar; sob sua aparência barroca, eles lhe asseguram um além-humano” (BEAUVOIR, 2007, p. 188).

Há, na Lei Civil, exposto preceito dos deveres de ambos os cônjuges<sup>70</sup>: a fidelidade recíproca, vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e (somente no novo Código), o respeito e a consideração mútuos. A causa da dissolução da sociedade conjugal pode estar na não-observância desses deveres, ou de apenas um deles, com fundamento na culpa de um dos cônjuges. Com a teoria jurídica desenvolvida, busca-se, na separação litigiosa culposa, além da separação e possível prestação alimentar, a reparação do dano causado pelo descumprimento de um dever conjugal.

Ao se analisar os ordenamentos normativos que regem sobre a família, constatar-se-á que o direito não regula nem regra o sentimento em si, mas é chamado para enfrentar as questões que surgem no fim do amor. Face a isto, não cabe à sociedade, nem ao Estado-Juiz querer interferir neste processo, querer influenciar na manutenção de uma relação onde não existe o fundamental: o afeto.

A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo porque é difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto<sup>71</sup>.

Toda responsabilidade civil que gera indenização por danos extrapatrimoniais apregoa um culpado. E, ao se apontar um culpado, igualmente se está apontando um inocente. Consoante se mencionou no primeiro capítulo, o cônjuge, enquanto ser, está inserido na sociedade, na família e, enquanto um ser-no-mundo está em contínua situação de escolha. “Ser homem é se escolher como homem, definindo suas possibilidades sobre a base de uma relação recíproca com o outro” (BEAUVOIR, 2007, p. 188). Escolher ser o indivíduo inocente é corroborar com o dualismo metafísico corpo e mente, sujeito e objeto, inocente culpado. Não há na

---

<sup>70</sup> Artigo 1.566 do Código Civil de 2002: São 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; V - respeito e consideração mútuos.

<sup>71</sup> RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n. 70005834916**, de 02 de abril de 2003. Porto Alegre: Tribunal de Justiça - 7ª Câmara Cível, 2003b.

interpretação fenomenológica da estrutura ontológica fundamental do ser como ser-no-mundo a possibilidade de classificar o indivíduo metafisicamente.

Agrega-se à presente discussão as posições da doutrina e da jurisprudência argentina ao escopo de demonstrar um outro olhar sobre a questão que ora, sob um viés comparativo. A Argentina, que se apresenta como um país de vanguarda no tema específico, traz inúmeros precedentes jurisprudenciais e textos que versam sobre a tese jurídica em apreciação. Com fundamento nas regras gerais de responsabilidade civil insertas no código civil argentino (artigos 1.077/1.109), desde o início da década de 1990 as decisões daquele país vêm admitindo indenização por danos morais a serem suportadas pelo cônjuge causador do rompimento do casamento:

Corresponde que los jueces analizando las constancias de la causa, determinen si existen causales para viabilizar la reparación del daño moral generado por los hechos desencadenantes del divorcio, de forma tal que si uno de los cónyuges incurre en una de las causales taxativamente enumeradas en el art. 202 del Código Civil, está cometiendo un hecho ilícito porque viola los deberes emanados del matrimonio, y si a ese hecho ilícito se le agrega un daño, no existe inconveniente en entrar en el campo aquiliano (Del voto del doctor Herrera)<sup>72</sup>.

Todavía, assim como no sistema brasileiro, há decisões amplamente opostas, configurando que aquele país padece do mesmo subjetivismo jurídico que as decisões brasileiras apresentam. Decidiu-se, na jurisprudência Argentina, que ambos cônjuges são co-participes da responsabilidade pelos atos que levaram ao término da relação:

Decretado el divorcio por culpa de ambos esposos, se trata de una consecuencia de los hechos que surgieron de la interpelación de ambos. Luego, al no ser el peticionante del resarcimiento por el daño moral un cónyuge inocente sino, por el contrario, un copartícipe responsable de los hechos constitutivos de las causales del divorcio, la indemnización debe rechazarse<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> ARGENTINA, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y Minas de 2a Nominación de Catamarca (CCivComTrabyMinasCatamarca) (2aNom), Fecha: 03/11/2005, Publicado en: LLNOA2006 (mayo), 411 - LLNOA 2006 (setiembre) con nota de Néstor E. Solari LLNOA 2006 (setiembre), 901.

<sup>73</sup> ARGENTINA, S. de S. R., M. A. c/S. R.,m J. R. s/Divorcio" (Sent. Def. CNCiv., sala J. N° de recurso J033064, 12-9-97, vocal preopinante: Wilde). Jurisp. De La +CNCiv. Em disco láser 1999, reg. Lóg. N°10705 Procurador – Copyright © Albremática – 1999

Para o direito brasileiro, entre os deveres do casamento, estão elencados a fidelidade conjugal ou lealdade (artigos 1.566, I e 1.724 do Código Civil), a coabitação (artigos 1.566 II e 1.724 do Código Civil), a assistência imaterial ou proteção recíproca aos direitos da personalidade (artigos 1.566 III e 1.724 do Código Civil) e o respeito (artigos 1.566 V e 1.724 do Código Civil). Quando há um descumprimento desses deveres – que são normas de ordem pública – o Estado poderia intervir na intimidade do casal e declarar alguém culpado por não cumprir tais deveres, fixando uma indenização daí decorrente? Alguns julgadores – brasileiros e argentinos – entendem que sim.

Mas o entendimento de que a falta de amor ou as frustrações pelo fracasso conjugal possam gerar a reparação de danos não é pacífico na jurisprudência. Para que tal ocorra, é necessária uma ilicitude, uma antijuridicidade, um dano, um nexo causal. “Não há culpados no fim de um relacionamento, não há vítimas ou algozes” (FREITAS, 2008, p. 26).

A alegação do dever de fidelidade é o mais recorrente nos julgados, considerada, como já visto, a “pérola”. Embora o adultério esteja tipificado como crime – artigo 240 do Código Penal – há muito se vê a tendência pela despenalização, na qual a “incriminação pelo adultério torne-se obsoleta, violando-se o direito à intimidade da sexualidade”<sup>74</sup>. Há decisões no sentido de que o adultério, sempre na sua versão culposa, em que pese representar o desrespeito a uma obrigação do casamento, não gera per se dever de indenizar: “DANO MORAL. ADULTÉRIO. Circunstância que, em si mesma, salvo excepcionalidade inócua na hipótese, não acarreta dano moral indenizável”<sup>75</sup>.

Em posição inteiramente oposta, alguns magistrados referem o adultério como “a mais grave das faltas”:

---

<sup>74</sup> RIO DE JANEIRO. **Embargos Infringentes n. 57.736**, de 27 de outubro de 1997. Janeiro: Tribunal de Justiça, 1997.

<sup>75</sup> SÃO PAULO. **Apelação Cível n. 424.070-4/5**, de 15 de dezembro de 2005. São Paulo: Tribunal de Justiça – 4ª Câmara de Direito Privado, 2005.

Fidelidade recíproca, que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida - Inteligência dos arts. 1566, I, e 1573, I, do Código Civil - 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 reconvinte sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral – Indenização fixada em R\$ 45.000,00<sup>76</sup>.

Para imprimir o caráter fenomenológico ao ser, enquanto sujeito de direitos em uma relação de família, é necessário ir além das posições morais ou socialmente reprováveis que a jurisprudência insiste em repisar:

1) A celebração do matrimônio gera para os cônjuges deveres inerentes à relação conjugal, não só de natureza jurídica, como, também, de natureza moral, valendo notar que a violação destes deveres pode resultar, inclusive, em justa causa para a dissolução da sociedade conjugal. 2) O direito à indenização decorre de mandamento constitucional expresso, que declara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação pecuniária quando maculada (art. 5º, X, da Constituição da República). 3) A traição, no caso, dupla (da esposa e do ex-amigo), gera angústia, dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, sendo perfeitamente cabível o recurso ao Poder Judiciário, assegurando-se ao cônjuge/amigo lesado o direito à reparação do dano sofrido. 4) A infidelidade, ademais, configura violação dos deveres do casamento (dever de fidelidade recíproca, dever de respeito e consideração mútuos etc - art. 1.566, Código Civil) e, como tal, serve de fundamento ao pedido de separação judicial por culpa, desde que a violação desses deveres torne a vida conjugal insuportável (art. 1.572 e 1573, Código Civil). 5) Recurso conhecido. Sentença reformada, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 50.000,00<sup>77</sup>.

No tocante aos deveres do casamento, há algum tempo os Tribunais de Justiça sedimentaram o entendimento de que a recusa do débito conjugal<sup>78</sup> não pode mais ser considerada violação grave aos deveres do casamento. Em termos de história e sociedade, há não muito tempo os Tribunais entendiam que o marido tinha

<sup>76</sup> SÃO PAULO. **Apelação Cível n. 539.390.4/9**, de 10 de junho de 2008. São Paulo: Tribunal de Justiça – 1ª Câmara de Direito Privado, 2008b.

<sup>77</sup> RIO DE JANEIRO. **Apelação Cível n. 2007.001.42220**, de 18 de setembro de 2007. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, 2007.

<sup>78</sup> Débito conjugal é sinônimo da manutenção de relações sexuais no âmbito da sociedade conjugal. Há orientações doutrinárias que defendem: “os cônjuges estão reciprocamente vinculados a deveres jurídicos de índole sexual. Estes deveres, cuja particularidade se coaduna com a aplicação da garantia comum, são inderrogáveis e exprimem a identidade própria do casamento (PINHEIRO, 2008, p. 109).

o direito de violentar a mulher que, injustificadamente (sic), se recusasse a manter relações sexuais<sup>79</sup>.

Se a pessoa humana, em sua dignidade, tem o direito de constituir sua família, “também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna” (FARIAS, 2003, p. 69). Afinal, como já

---

<sup>79</sup> Conforme a doutrina na década de 50: “Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula [i]ilícita (fora do casamento). A cópula intra matrimonium é recíproco dever dos cônjuges. [...] O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de exercício arbitrário das próprias razões, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito (art. 19, n.º III). É bem de ver que solução diversa tem de ser dada no caso em que a mulher se recusa à cópula por achar-se o marido afetado de moléstia venérea. Já aqui, o marido, ao invés de pretender exercer um direito, está incidindo na órbita do ilícito penal (art. 130 do Código Penal)” (HUNGRIA, 1959, p. 125-126).

A jurisprudência na década de 70 previa: “Inadmissibilidade da prática do crime do marido contra mulher – TAGB: “Exercício regular de direito. Marido que fere levemente a esposa, ao constrangê-la à prática de conjunção sexual normal. Recusa injusta da mesma, alegando cansaço. Absolvição mantida [...]” (RT 461/44 *apud* MIRABETE, 1999, p. 1246).

Nos anos 90, a doutrina parece alcançar os princípios elencados na Constituição Federal de 1988: “Traz a divergência na doutrina, mencionando que “embora se tenha negado essa possibilidade, quando não há justa causa para a recusa da mulher, entendemos que há crime na conjunção carnal forçada do marido contra a esposa por ser ato incompatível com a dignidade da mulher. A recusa imotivada da mulher pode, entretanto, dar causa à separação judicial” (MIRABETE, 1999, p. 1245-1246).

“Assim, segundo alguns autores, não haveria crime caso o marido constrangesse a mulher à conjunção carnal, em razão do direito daquele de exigir desta a satisfação sexual” (p. 95). “Entendemos que o marido pode ser sujeito ativo do crime de estupro contra a própria esposa. Embora com o casamento surja o direito de manter relacionamento sexual, tal direito não autoriza o marido a forçar a mulher ao ato sexual” (JESUS, 1998, p. 95-96).

Em pleno século XXI, a doutrina no ano 2000 prevê que: “Tal situação não cria o direito de estupro a esposa, mas sim o de exigir, se for o caso, o término da sociedade conjugal na esfera civil, por infração a um dos deveres do casamento” Há penalistas que sustentam a possibilidade de a mulher não consentir na relação sexual apenas no caso de ter justo motivo. (NUCCI, 2002, p. 655-657). Neste mesmo sentido: “A nosso aviso, o marido pode ser sujeito ativo de crime de estupro, pois o dever de manter relações sexuais entre os esposos, nos tempos atuais, em que o bem jurídico é a liberdade sexual e a autodeterminação da mulher, podendo dispor do uso de seu corpo, não será o casamento que lhe retirará o direito de não ser submetida, mediante violência ou grave ameaça, a copular com seu marido”. A mulher não é objeto sexual que fica escravizada aos desejos do marido no casamento ou a companheira na união estável. Não há que se exigir a justa causa para a negativa, pois a matéria depois se desloca para o juízo da família (injúria grave). Há constrangimento da mulher, sob a alegação do dever de cumprir débito conjugal, obrigá-la a realizar ato sexual, defeso o emprego da violência ou grave ameaça, que constituem abuso de direito, tipificando o injusto de estupro” (COSTA, 2005, p. 1.419).

Jurisprudência recente datada de 2007: “APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PALAVRA DA VÍTIMA. Comprovada nos autos a ocorrência de estupro e de atentado violento ao pudor, praticados pelo réu contra sua esposa. Materialidade constatada pelos autos de exame de corpo de delito. Autoria demonstrada pelo conjunto probatório dos autos. É assente na jurisprudência que a palavra da vítima em crimes sexuais é de vital importância, sendo, muitas vezes, a única prova a determinar a condenação do réu. Isso porque, pela sua natureza, tais infrações normalmente são cometidas de forma clandestina, longe dos olhos de qualquer testemunha. Assim, firme, coerente e sem razões para imputar falsamente a prática do ato ao acusado, não há como ser desconsiderada a palavra da ofendida, a não ser que haja prova robusta em sentido contrário” (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

explanado, a concepção moderna da categoria de sujeito de direito é construída, sobretudo, pela capacidade de o ser não escolher onde é lançado, mas ser responsável pelos seus atos. A responsabilidade do ser por escolher não permanecer casado, quebrando os deveres do casamento, é asseverar que o homem é livre, de acordo com a visão fenomenológica hermenêutica. Fazer o ser pagar por uma escolha que lhe é inerente é algo que transcende a essência de liberdade do homem. Por falta de afeto, o direito justifica a imposição de perdas, a causa de prejuízos e o apontamento de culpados.

O Código Civil, por sua vez, não contempla uma única causa que torna a vida em comum insuportável. Nas hipóteses elencadas no artigo 1.573 não há qualquer menção que permita a identificação de um culpado. O fim do vínculo de afetividade é que faz o consorte abandonar o lar, manter conduta desonrosa. Essas atitudes refletem o fim do amor. Portanto, “A perquirição da culpa, além de ser de todo impertinente, tem sequelas perversas. Evidencia que o interesse do legislador é simplesmente a manutenção dos sagrados laços do matrimônio, punindo quem dele quer se afastar” (DIAS, 2003, p. 72) Independentemente da existência de norma expressa, abolindo a culpa do sistema dissolutório do vínculo matrimonial, há de se promover a efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, enquanto ser-no-mundo, afastando-se a possibilidade de culpa na dissolução do casamento.

De um modo geral, os efeitos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal – como partilha de bens e guarda de filhos – independem da declaração de culpa, porque estão desconectadas a discussão de quem deu causa à separação. No direito brasileiro, os principais efeitos da declaração de culpa na ruptura conjugal elencados pelo Código Civil vigente são a perda do patronímico, os alimentos e a guarda, na hipótese de haver filhos menores. No que concerne à primeira hipótese, prevista no artigo 1.578, a perda do direito ao uso de sobrenome de casado não é automática. Ainda que o cônjuge inocente exija a retirada do sobrenome pelo culpado, este pode alegar que a alteração acarretar-lhe-á prejuízos. Portanto, na prática, se comprovada a culpa de um dos consortes, a retirada do sobrenome de casado não se dará automaticamente. Em relação aos alimentos, o Código prevê que o cônjuge culpado pode postular alimentos ao cônjuge inocente no caso de

necessidade<sup>80</sup>. Por fim, em relação à guarda dos filhos menores, prevista no artigo 1.584, é de se ter sempre em conta que, no caso de filhos menores, o interesse maior a ser tutelado é o do menor<sup>81</sup>. Ou seja, na prática, mesmo com a decretação de culpa, o consorte considerado inocente poderá ser obrigado a pagar alimentos ao cônjuge culpado.

Para a doutrina Argentina, igualmente o cônjuge inocente pode obter indenização de danos e prejuízo independentemente da pensão alimentícia concedida ao cônjuge inocente que reparava os prejuízos derivados do divórcio em si, desde que resultassem dos fatos que haviam motivado a dissolução do vínculo nupcial um prejuízo material e moral distinto daquele que originou a ruptura do casamento e que a pensão teve por objetivo reparar. Portanto, não há como confundir a pensão alimentícia com o ressarcimento do ato ilícito conjugal ou mesmo paterno (BELLUSCIO, 1983, p. 5).

A responsabilidade civil, portanto, tem como substrato a idéia de dano que atente contra o estado de família, o qual se sobrepõe como atributo da personalidade. Portanto, há quem sustente que o ilícito que atente contra o estado familiar, capaz de gerar gravame moral, assim como sucede nas demais violações do direito da personalidade, está sujeito a ser reparado mediante indenização.

O ser, no tocante às relações, é essencialmente um ser-com-os-outros, que se expressa pelo cuidar dos outros. Esse cuidar, como já explanado, pode assumir distintas direções: uma forma inautêntica de coexistência; ou um autêntico coexistir, no qual cada ser é desafiado a assumir-se sujeito de sua própria projeção. Portanto,

---

<sup>80</sup> RECURSO DE AMBAS AS PARTES. ALIMENTOS À MULHER. FIXAÇÃO. NECESSIDADE. EXAME DA CULPA AFASTADO. CABIMENTO. É posicionamento pacífico desta Câmara o de ser desnecessário o exame da responsabilidade pelo término do relacionamento marital, não se atribuindo a culpa a qualquer uma das partes, mas tão-somente à corrosão dos sentimentos, ao desamor que se instala no seio da relação. Por conseguinte, deve a questão alimentar ser analisada sob o aspecto da necessidade/possibilidade. Nestes termos, inúmeros arestos desta corte. Diga-se, ainda, que o dever de mútua assistência entre os cônjuges persiste ainda que decretada a separação judicial, sendo pertinente o pensionamento quando comprovada a necessidade da mulher. Inteligência do artigo 1.576 do Código Civil em vigor". RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n. 70009749896**, de 15 de dezembro de 2004. Porto Alegre: Tribunal de Justiça - 7ª Câmara Cível, 2004.

Dentro desse novo enfoque, deixa-se aqui registrado que a questão dos alimentos é inteiramente distinta da idéia de indenização por responsabilidade civil. A pensão alimentícia é um dever derivado de laços parentais estabelecidos entre marido e mulher, companheiro e companheira e entre estes e os seus descendentes e ascendentes. O fundamento, portanto, transcende a idéia de matrimônio ou de culpa, pois está pautado no dever moral e social de prestar assistência.

<sup>81</sup> O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais (BRASIL, 2001).

em vivendo autenticamente, o ser é responsável pelos seus atos, deixando de imprimir a culpa, ao término de uma relação, a uma terceira pessoa, assumindo sua postura de ser consciente já que, para a leitura hermenêutica filosófica, os fundamentos do ser humano estão no estado de consciência com a preocupação com o ser-no-mundo.

Na intersecção do direito e psicanálise pode-se pensar, também, na eliminação da culpa no direito de família. Na teoria psicanalítica, o sujeito deve responder, na vida, pelos seus atos, embora tal teoria sustenta que a tendência do ser humano é sempre culpar o outro, desresponsabilizando-se, levando sua vida de forma inautêntica.

A psicanálise ajudou a mudar a concepção filosófica acerca dos valores norteadores do direito de família, que é o afeto. O afeto tornou-se, então, um valor jurídico e, mais do que um valor jurídico, tornou-se um princípio jurídico, trazendo mudanças paradigmáticas ao direito de família. O perigo reside em se banalizar o afeto. Então, a ideia de se eliminar o elemento culpa, no direito brasileiro, no direito de família, está associado ao pensamento psicanalítico da responsabilização do sujeito, frente ao caráter existencial do ser.

Se prosperar a tese da possibilidade de reparação por danos extrapatrimoniais, na falência culposa da sociedade conjugal, concluir-se-á que toda a separação judicial enseja o pedido cumulado de perdas e danos, em clara monetarização das relações erótico-afetivas e no esquecimento do aspecto existencial heideggeriano do ser-aí.

#### **4.3.2 O Abandono Afetivo**

As relações que se criam na relação conjugal são distintas daquelas formadas na relação filial, embora ambas se sedimentem no afeto. Se a associação marital tem por base os princípios da liberdade e igualdade, a relação entre pais e filhos tem por principal fundamento a responsabilidade.

Atento à nova ordem constitucional, o código civil de 2002 acolheu expressamente o princípio de igualdade entre os pais em relação ao exercício do poder familiar, estabelecendo o critério judicial para o caso de conflito<sup>82</sup>. Seguindo os paradigmas constitucionais, a lei civil erradicou a distinção entre filhos legítimos (nascidos na constância do matrimônio) e ilegítimos (nascidos de relação eventual não matrimonializada), colocou mulher e homem na mesma plataforma de direitos e obrigações quanto à filiação, alterou a denominação pátrio poder pelo termo, constitucionalmente correto, poder familiar.

Também, como corolário desta perspectiva constitucional, emerge na sociedade e no direito a preocupação com a proteção e desenvolvimento da criança e do adolescente. Logo, criança e adolescente passaram a categoria de sujeito de direitos, sobretudo com a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990. No caso dos filhos menores, deve-se ter em conta a vulnerabilidade das partes, enquanto seres em desenvolvimento, a quem o ordenamento deve a máxima proteção.

Sendo a relação parental integrante do instituto da família e tendo a família passados por diversas transformações, a relação entre pais e filhos também foi destinatária das mudanças apregoadas no horizonte familiar. Que o afeto é um bem jurídico e um princípio constitucional, não pairam dúvidas. Que ele se presta, e deve ser usado, para construir relações e entidades familiares, tais como o casamento, união estável, família monoparental, homoafetiva e quantas outras surgirem com base nele, também não há desconfiança.

No entanto, poderia a negativa de afetividade dos pais aos filhos gerar o dever de indenizar? Haveria responsabilidade civil por abandono afetivo (isto é, na hipótese de um pai<sup>83</sup> abandonar afetivamente seu filho)? A denominada responsabilidade paterno-filial vai além do dever de sustento material, estendendo-se ao dever (jurídico) de dar afeto? Para tentar responder a tais indagações, não se pode restringir o estudo apenas à ciência do direito, deve-se caminhar por outras estradas buscando encontrar a direção certa.

---

<sup>82</sup> Artigo 1.631 do Código Civil de 2002: Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

<sup>83</sup> O sentido do termo “pai” é utilizado para designar um genitor, independente de gênero. Optou-se por colocar o termo no masculino, sem tipo algum de preconceito ou conotação pejorativa.

Novamente, a doutrina jurídica e jurisprudência se enfrentam sobre este tema; neste caso, sobretudo, porque a criança e o adolescente têm um paradigma principiológico diferenciado: o interesse do menor sempre prevalece sobre os demais.

O Poder Legislativo já se pronunciou sobre o assunto: de autoria do Senador Marcelo Crivella (PRB-RJ), tramita no Senado Federal um Projeto de Lei<sup>84</sup> que caracteriza o abandono moral dos filhos pelos pais como ilícito civil e penal. A proposição modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente ao acrescentar na lei a obrigação parental de assistência moral, que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da criança. Em casos de negligência, o pai ou mãe pode ser preso (a) e, ainda, pagar indenizações.

Olvida-se o legislador, porém, que a paternidade requer envolvimento afetivo, se constrói com o tempo, ou seja, envolve uma série de sentimentos e atitudes que não podem ser impostos a alguém e muito menos serem quantificados e aferidos como dano indenizável.

Em caso paradigmático, o juiz Mario Romano Maggioni, então na 2ª Vara da comarca de Capão da Canoa, no Estado do Rio Grande do Sul, condenou um pai a pagar 200 salários mínimos à filha que alegara abandono material (alimentos) e psicológico (afeto, carinho, amor). O julgador salientou, na sentença, que "a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme". O julgado comparou o dano à imagem causado por rejeição paterna com o dano por acusação de débito injusta. "É menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer 'fui indevidamente incluído no SPC' a dizer 'fui indevidamente rejeitado por meu pai'", argumentou o juiz, entendendo que, se cabe ressarcimento por um dos danos, tanto mais caberá pelo outro<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> BRASIL. **Projeto Lei do Senado n. 700**, de 06 de dezembro de 2007. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2007.

<sup>85</sup> RIO GRANDE DO SUL. **Processo de Conhecimento n. 141/1.03.0012032-0**, de 16 de setembro de 2003. Capão da Canoa: Tribunal de Justiça - Foro Central da Comarca de Capão da Canoa, 2003c.

A comparação aventada pelo magistrado na decisão reside no âmbito do direito civil, mas não do direito de família. Não há, no caso de inclusão indevida do nome da pessoa em órgão do restrição cadastral, o elemento afeto. Há como obrigar o ofensor a retirar do cadastro o nome do cadastro; não há como obrigar um pai a sentir afeto pelo filho. Esse é o entendimento que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem assentando:

Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido<sup>86</sup>.

Este tipo de demanda tem uma importância que vai muito além do particular: ela tem uma dimensão social, porque reflete, em última análise, que o patrimônio ainda se sobrepõe ao afeto. Se não se tem como obrigar o sentimento, paga-se a falta dele. O valor da indenização, em um processo que versa sobre tal assunto, diz-se “simbólico”. Mas o pagamento é real, em real (R\$).

Para a psicanálise, a ausência de um pai pode trazer consequências desestruturantes ao sujeito. Mas em uma leitura psicanalítica de tal julgamento, o Estado, na versão simbólica do Juiz, faz as vias de grande “pai”, teoricamente protegendo o lado mais fraco e volúvel da relação, mas também impondo limites às escolhas do ser. Ou seja, o ser não é inteiramente livre; há um Estado-Pai que impõe um limite (real) a suas escolhas (DOR, 1991, p. 19-29).

A Justiça do Estado de Minas Gerais, pioneiramente, publicou um acórdão, determinando que o pai indenizasse seu filho, hoje com 23 anos de idade, por tê-lo abandonado. Detalhe: embora o pai pagasse pensão alimentícia, ele esteve ausente da vida do filho, faltando-lhe com amor, cuidados e atenção, durante um período fundamental: a infância e a juventude:

---

<sup>86</sup> RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n. 70026680868**, de 25 de março de 2009. Porto Alegre: Tribunal de Justiça - 7ª Câmara Cível, 2009b.

“A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito de convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico deve ser indenizável com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>87</sup>.

Esse mesmo Tribunal, recentemente, entendeu de forma amplamente oposta:

A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização<sup>88</sup>.

Na Argentina, a idéia de filhos que demandam contra pais é algo que está amplamente inserido no seio da sociedade e dos Tribunais. Naquele país, “*es más común ver en los tribunales argentinos demandas por daños y perjuicios de los hijos contra los padres que las demandas de los cónyuges entre sí*” (MEDINA, 2002, p. 423). Naquele país, tem-se entendido como reprovável e moralmente danosa a recusa voluntária ao reconhecimento da filiação extramatrimonial quando o filho é sabidamente do pai. Portanto, para os doutrinadores argentinos entende-se como pertinente cumular a ação de investigação de paternidade com o pedido de ressarcimento por dano moral, decorrente do ato ilícito de recusa ao reconhecimento desta mesma paternidade. Interessantes arestos recolhidos dos tribunais argentinos, que entendem e ordenam deva ser ressarcido o dano moral que implica na violação dos direitos à personalidade de um sujeito, a quem se infere uma dor injusta, ao

---

<sup>87</sup> MINAS GERAIS. **Apelação Cível n. 2.0000.00.408550-5/000**, de 01 de abril de 2004. Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. O dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça, 2004. Para determinar que: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido”. MINAS GERAIS. **Resposta n. 757.411**, de 29 de novembro de 2005. Belo Horizonte: Tribunal da Justiça, 2005.

<sup>88</sup> MINAS GERAIS. **Apelação Cível n. 1.0024.07.790961-2/001**, de 11 de fevereiro de 2009. Ação de indenização. Danos morais. Abandono afetivo. Ato ilícito. Inexistência. Dever de indenizar. Ausência. A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização. Belo Horizonte: Tribunal da Justiça, 2009.

abandoná-lo nos momentos mais difíceis da sua vida, negando-lhe logo a paternidade e elidindo ao filho a inscrição de seu apelido paterno no Registro Civil<sup>89</sup>.

Para Barbero (1977) a punição pecuniária pelo dano imaterial tem um caráter nitidamente propedêutico, e, portanto, não objetiva propriamente satisfazer à vítima da ofensa, mas sim castigar o culpado pelo agravo moral e, inclusive, estimular aos demais integrantes da comunidade a cumprirem os deveres éticos impostos pelas relações familiares.

A justificativa em conceder a indenização por abandono material situa-se no estado de família, que se sobrepõe como um atributo da personalidade e, qualquer ilícito atentatório deste estado de família é capaz de originar um agravo moral, tal como sucede nos demais casos de violação dos direitos da personalidade humana, na sua estrutura ético-moral, seu patrimônio mais íntimo (BREBBIA, 1990).

O tema tem propiciado rigorosos (e muitas vezes antagônicos) debates também no Direito Comparado, como revela uma das conclusões do *VII Congreso Internacional de Derecho de Daños*, que tomou lugar na Argentina em 2002, quando se reconheceu o direito dos filhos de buscar reparação por danos produzidos por seus pais pelo descumprimento das obrigações próprias do exercício do poder familiar<sup>90</sup>, em clara consolidação da tendência que os Tribunais deste país vêm sedimentando:

Corresponde la indemnización del daño moral provocado por la omisión de reconocer al hijo extramatrimonial, si el padre demandado no produjo prueba para justificar su omision, ni argumentó nada que permita dejar de lado el desmedro a las justas afecciones causado al hijo que se vio privado de contar con el apellido paterno y que, en el ámbito de las relaciones humanas, no fue considerado como hijo de su progenitor<sup>91</sup>.

Das transcrições acima, denota-se que as questões que surgem da relação do afeto entre pais e filhos igualmente terminam no Poder Judiciário, o que corrobora o papel deste de “estuário das insatisfações”.

---

<sup>89</sup> Argentina, CNCiv, Sala L, 14.4.94, ‘Cruz, Ernesto B. y otra c/ Paez Villalba N. y otra s/ Daños y Perjuicios’.

<sup>90</sup> “Se debe admitir la procedencia de la acción por daño moral y material al niño contra el progenitor que viole el derecho subjetivo derivado del derecho-función de la autoridad de los padres, como cuidado, educación, alimentación y protección integral (Biblioteca Electrónica de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, outubro de 2002, disponível em: <www.aaba.org.ar>).

<sup>91</sup> Argentina. CNCiv, Sala L, 23/12/1994, ‘B.O.N. c/M, O.O., LL, 1995-E-12, com nota de Eduardo Gergorini Clusellas.

Ao refletir sobre estas questões, à luz do pensamento heideggeriano, o que se destaca é a necessidade de se ver a pessoa para além da moral e da filosofia tradicional, para além da visão única e simplista pessoa, que deixa em um segundo plano a dimensão existencial do sujeito de direitos enquanto ser-aí.

A monetarização do afeto na relação de filiação demonstra a tendência da modernidade em trazer uma concepção abstrata do sujeito, desconectado com sua existência, isolado em seus sentimentos. Daí a necessidade, como se viu, de uma compreensão existencial integral do ser, de sua integralidade, sua própria identidade, de seu lugar no mundo para, então, poder-se discutir a possibilidade de se ressarcir a falta de afeto de um pai para com seu filho.

#### **4.3.3 A Reparação dos Danos na Ruptura do Noivado**

O ato de noivar encontra sua origem no Direito Romano, onde surgiu o instituto chamado “esponsais”, representando pela promessa de contrair futuro matrimônio. Essa também é a origem das “arras sponsalícias” que seriam uma espécie de rompimento do noivado: o noivo responsável pela cisão do relacionamento perdia o valor das arras ou, dependendo da situação, era obrigado a pagá-las em triplo ou quádruplo (VELASCO, 2007, p. 23).

Embora não seja propriamente um instituto legalmente previsto no ordenamento jurídico pátrio (o código civil silencia sobre o assunto), o noivado não deixa de merecer atenção da doutrina civilista e da jurisprudência, porquanto se trata de comportamento que pode gerar direitos e obrigações facilmente aferíveis no mundo jurídico.

Abalizado no fundamento constitucional da dignidade da pessoa, o rompimento abusivo e injustificado da promessa de casamento ganha forças nos pleitos ajuizados perante os Tribunais brasileiros.

No que pertine ao cabimento de reparação de danos morais em decorrência da ruptura da promessa de casamento, a doutrina e a jurisprudência, uma vez mais, são controvertidas. A teoria divide-se entre a negativa do cabimento à reparação por danos extrapatrimoniais, sob o argumento de que um noivado ou namoro sólidos e duradouros que fossem rompidos abruptamente e sem motivos não fariam nascer a responsabilidade civil, pois tais compromissos não induzem início de execução por não se traduzir em um contrato. Sob esta ótica, o desfazimento de tal compromisso amoroso fica tão somente na dependência de motivos de ordem subjetiva e afetiva, inerentes ao ser humano.

Em contraposição, há a teoria que defende que a ruptura imotivada da promessa de casamento, pode dar lugar a uma indenização, face às suspeitas que ela fará pesar sobre a pessoa abandonada, submetendo o rompimento da promessa à regra geral do ato ilícito:

INDENIZATÓRIA - RESPONSABILIDADE CIVIL – ESPONSAIS - DANOS MORAIS E MATERIAIS - Ruptura de noivado às vésperas do casamento e após distribuição de convites. Incontrovérsia em relação ao rompimento. Danos materiais devidos. Desnecessidade de prova do dano moral, considerado notório o sofrimento de noiva jovem, protagonista de relacionamento que durou 5 anos<sup>92</sup>.

Ambas teorias são unânimes no que concerne à reparação por eventuais danos materiais que, de fato, não apresenta contradições ou discussões.

A discussão gravita em torno das obrigações e responsabilidades que o noivado – definido como “estágio probatório para eventual união estável ou casamento”<sup>93</sup> – produz.

Dar a outrem esperança de que haverá um casamento é inspirar confiança, e a quebra desta promessa – que criou uma expectativa de direito – pode sim ocasionar uma frustração. Aqui, novamente, precisa-se buscar o reverso da moeda: há um frustrado, mas também há um arrependido. Nesta seara, não se refere a um pesar material, consumista, mercantil; trata-se de um arrependimento subjetivo, íntimo, sentimental. No noivado não está se prometendo comprar um produto, está

---

<sup>92</sup> SÃO PAULO. **Apelação Cível n. 89.944-4**, de 16 de março de 2000. São Paulo: Tribunal de Justiça – 6ª Câmara de Direito Privado, 2000.

<sup>93</sup> SÃO PAULO. **Apelação cível n. 309.104-4/2-00**, de 11 de janeiro de 2007. São Paulo: Tribunal de Justiça – 4ª Câmara de Direito Privado, 2007.

se prometendo afeto. Quando o afeto termina, antes da promessa ser transformada em obrigação, é possível haver reparação civil?

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entende que não:

A desilusão dos amantes não se resolve em perdas e danos, pois é a frustração dos sentimentos que acarreta a dissolução. Também não se pode olvidar que todo desengano resulta da errônea e fantasiosa percepção da realidade para qual ambos os conviventes contribuem<sup>94</sup>.

Quando a promessa de afeto se rompe, exigir da pessoa um “motivo justo” que explique o desamor (PARANÁ, 2006) é o mesmo que exigir a explicação para o amor. Ou seja, explicar o inexplicável. Ademais, ainda que possa se deparar com um motivo, ele nunca será razoavelmente justo para a pessoa que tem seu sonho de felicidade frustrado. Não obstante, a doutrina permanece no obscurantismo individualista ao declarar que “se o arrependimento acarretar prejuízos àquele que tomou providências com vistas ao casamento futuro, e se não houver justo motivo legitimador de tal atitude, o prejudicado terá o direito de obter judicialmente a reparação do dano. Não só material, como moral” (LEITE, 1991, p. 69).

De tal modo, retorna-se à discussão da culpa pelo fim do afeto.

A jurisprudência apresenta justificativas antagônicas, não raro lastreadas na convicção última de cada julgador:

Em que pese a possibilidade de rompimento de noivado até o momento da celebração das núpcias, existindo evidente promessa de casamento e ruptura injustificada do compromisso, que acarreta dano às honras objetiva e subjetiva da noiva, certa é a incidência do instituto da responsabilidade civil, com a conseqüente imposição de indenização<sup>95</sup>.

Em orientação inteiramente oposta está a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Inobstante se entenda a suposta dor enfrentada pela demandante, representada pelo sentimento de frustração de expectativas e revolta, não há como atribuir responsabilidade civil ao réu, porquanto sua conduta não pode ser tida como ilícita, pois ninguém está obrigado a manter vínculo afetivo<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n. 700006974711**, de 17 de dezembro de 2003. Porto Alegre: Tribunal de Justiça - 7ª Câmara Cível, 2003a.

<sup>95</sup> PARANÁ. **Apelação Cível n. 282469-5**, de 16 de agosto de 2006. Curitiba: Tribunal de Justiça, 2006.

<sup>96</sup> RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n. 70022040158**, de 17 de setembro de 2008. Porto Alegre: Tribunal de Justiça - 7ª Câmara Cível, 2008.

Ou seja, quem exerce um direito seu não pode ser condenado ao ressarcimento civil por tal ato, sob pena de violar a sua dignidade humana. O noivado é um simples compromisso, baseado no afeto que dois seres unem um pelo outro, sem nenhum tipo de obrigação legal.

Ante a atitude inesperada do noivo que não cumpriu sua promessa de casar-se, a corte Argentina decidiu que “existía a culpa em la conducta del novio, que esperó demasiado tiempo para comunicarle al outro el deseo de no casarse, manteniendo la promesa hasta una fecha próxima a la fijada para la celebración”<sup>97</sup>.

Paradoxalmente, os pedidos de indenização por ruptura de noivado têm por fundamentação a dignidade da pessoa humana que teve seu projeto de felicidade frustrado. Ou seja, esta é uma nova hipótese de imprimir um viés “legitimador vazio” (SILVA FILHO, 2005, p. 115) à dignidade da pessoa humana. Há julgados que compreendem tal perspectiva ao se manifestarem contrariamente à hipótese de reparação no término do namoro:

Responsabilidade civil. Rompimento de namoro. O desfecho unilateral de relacionamento de sete anos, dois meses antes da data que seria a do casamento, por desamor, não constitui ato ilícito ou de ofensa ao princípio da dignidade humana, quando, como na hipótese, representou a formalização do fim de caso pelo descontentamento de uma das partes. Ocorrência usual na sociedade, criando expectativas, frustrações, alegrias e tristezas que são típicas da dinâmica da vida sentimental. Indenização impossível de ser concedida. Recurso improvido<sup>98</sup>.

Há a autodeterminação do ser em suas escolhas. Assim, se romper uma promessa de noivado é uma escolha do ser livre e não se caracteriza um ilícito civil, como se justifica que a eleição de uma escolha ao não celebrar o casamento pode trazer consigo a obrigação de indenizar?

Ao se estudar a defesa daqueles que sustentam que há responsabilidade civil na ruptura do noivado, entende-se que “la ilicitudde no se encuentra en el rompimiento de las promesas de esponsales sino en la alteración del deber jurídico de no dañar a outro, que en la espécie se produce por la ruptura intempestiva del noviazgo” (MEDINA, 2002, p. 193).

---

<sup>97</sup> ARGENTINA, JCom, n 22, de Córdoba, L.L.C., año 16, n 9, outubro de 1999.

<sup>98</sup> SÃO PAULO. **Apelação Cível n. 335.762-4/00**, de 19 de junho de 2008. São Paulo: Tribunal de Justiça – 4ª Câmara de Direito Privado, 2008a.

O fato é que, em que pese o ser humano ser lançado no mundo de coisas e pessoas sem prévia escolha, ele é livre para escolher e assumir seus compromissos, arcando as das escolhas feitas. Sem isso, não há liberdade para o ser; significa aprisioná-lo, entificá-lo. Na ruptura da promessa de noivado, o ser está agindo de acordo com sua consciência, com sua existência. Imprimir um caráter ressarcitório pelo ser ter agido de acordo com seus preceitos existenciais é corroborar para uma forma inautência de ser existir.

## 5 CONCLUSÃO

O tema proposto pode se constituir em dos principais paradigmas a serem desenvolvidos em torno das perspectivas atuais da constitucionalização do Direito Privado. O objetivo primordial deste trabalho foi trazer o enfoque hermenêutico filosófico ao debate da aplicação do instituto da responsabilidade civil, em especial o dano extrapatrimonial, nas relações de família, fazendo transparecer que a (in)discutível aplicação invoca, sobretudo, um retorno ao patrimonialismo e ao individualismo presentes na nossa legislação no século passado.

Como exposto, pessoa, sujeito e ser são palavras que têm diversas conotações ao longo do tempo e do espaço. Mas, para chegarmos ao verdadeiro significado do ser, as pessoas humanas não podem ser percebidas enquanto algo disponível (à mão) e sim devem transcender a questão da existência do ser. Esta é a noção que a fenomenologia hermenêutica se propõe a resgatar.

Sob esse viés, faz-se necessário entender a constitucionalização do direito privado no resgate à condição do ser, transcendendo o seu ente.

A constitucionalização do direito privado é o processo de elevação dos princípios fundamentais do direito civil ao plano constitucional. Sendo assim, a necessidade da lei civil ser estudada e aplicada à luz da Constituição Federal é resultado de uma longa evolução histórica, que culminou na consagração do princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento de valores tão somente patrimoniais.

Com isto, pode-se afirmar que a Carta Maior inaugurou uma nova era de direito de família, ao optar por privilegiar valores existenciais que exprimem a idéia de dignidade da pessoa humana, em superação ao individualismo marcante em nosso ordenamento jurídico anterior; isto é, os interesses patrimoniais devem se adequar à nova realidade, pois o ser deve prevalecer sobre qualquer outro valor. O que ocorre, então, é uma reconstrução do direito civil para amoldar-se a um novo padrão constitucional, e nesse novo enfoque existencial ressurgem a discussão do ser.

E é justamente na família que o enfoque da pessoa humana é mais privilegiado. Ao se direcionar para o caminho da despatrimonialização do direito civil (e a sua conseqüente repersonalização), passou-se a ter consciência da dimensão e valor que a pessoa humana ocupa no mundo, na sociedade, na família.

A família, enquanto formação social, é garantida pelo Texto Maior, não por ser portadora de um direito superior ou superindividual, mas por ser o local ou a instituição onde se forma genuinamente a pessoa humana. A família como realidade é constitucionalmente garantida para não apenas proteger, mas igualmente por promover a dignidade do ser.

Desta forma, como foi abordado ao longo do texto, a codificação infraconstitucional sobre a família refletiu não apenas um evolução social, mas uma evolução sobre o homem e de seu lugar no mundo. Demonstrou-se que a concepção jurídica de família não mais se amolda à racionalidade dos códigos, desvinculando lei e realidade social.

Como corolário da proteção e promoção constitucional à cláusula geral de proteção da dignidade humana, não há dúvida de que, se é direito da pessoa humana constituir um núcleo familiar e se relacionar com outros no âmbito da família, também é seu direito não manter a entidade formada (ou a promessa de), sob pena de comprometer a existência digna.

Ou seja, perquirir a culpa e permitir a responsabilização por falta de afeto importa em retroceder à patrimonialização das relações afetivas, em coisificar o homem, em retirar a sua essência existencialista e retornar a entificar o ser.

Tanto para aqueles que sustentam a posição de reparabilidade de danos morais nas relações de família quanto para aqueles que são contrários a tal entendimento, o fundamento para ambos é o mesmo princípio constitucional da pessoa humana, como se houvesse um mesmo discurso, com dois distintos lugares de fala. Este princípio acaba por desempenhar uma função equivalente a um “legitimador vazio” (SILVA FILHO, 2005) para qualquer discurso que se entenda defensável.

Constata-se, portanto, que o afeto acaba se transformando em mais uma mercadoria a ser negociada no mundo capitalista, dentro do axioma neoliberal, onde o quantum, expresso unicamente em dinheiro, indica o valor da mercadoria, qualificada, tarifada, mensurada. Se é possível quantificar, então tem valor. Se tem valor, é possível a sua quantificação. Mas não há parâmetros para se quantificar a falta de afeto<sup>99</sup>.

O afeto, como elemento instituidor e basilador da família, representa sua salvação em nossa moderna sociedade; mas é esse mesmo afeto que, sob a perspectiva individualista e patrimonialista, pode representar o perigo. Parafraseando Heidegger: “lá onde mora o perigo, também mora a salvação”.

Como apresentado, a reparação civil no direito de família imprime uma visão de que é possível pagar para ressarcir o fim de afeto.

No âmbito jurisprudencial, mostrou-se como as decisões ainda são contraditórias e ainda há, no imaginário das partes e do julgador, a idéia patrimonialista do direito: o patrimônio ainda tem ingerência nas relações interpessoais, muitas vezes sobrepondo-se a estas. No entanto, algumas decisões conseguem ir além do dogmatismo jurídico e caminhar para uma compreensão existencial integral do ser, rechaçando a idéia de apontar um culpado e fazê-lo pagar quando uma relação de família não tem o final esperado, nem se desenvolve o carinho que se gostaria. Afinal, para que serve esclarecer os equívocos se as causas persistem? É neste sentido que, conforme referido ao longo do texto, é necessário ir além.

Ademais, foi possível demonstrar que, embora apregoado novo modelo de família, baseado sobretudo no afeto, enfrenta-se um retrocesso ao se discutir o ressarcimento por danos extrapatrimoniais no âmbito da família fundado, sobretudo, na culpa de um dos integrantes da relação familiar: do cônjuge, que não cumpre os deveres do casamento; do pai, que não sente afeto pelo filho; do noivo, que não mais deseja casar.

---

<sup>99</sup> Daí a colocar a pergunta se, como corolário das decisões que têm admitido a reparação civil pelo falta de afeto, poderia o culpado escolher entre a obrigação de ressarcir ou a obrigação de o pai amar o filho, do marido amar a mulher, do noivo casar-se com a noiva, sob pena de, em não o fazendo, incidir multa pecuniária?

A culpa ainda está fortemente arraigada em nossa sociedade e em nossa legislação de família, conforme demonstrado.

Há, portanto, um paradoxo na família contemporânea: apregoa-se um retorno ao *ser*, mas se permanece arraigado ao *ter*.

O direito, nesta seara, aparece como um protetor: protege o ser humano de todas as mazelas do mundo, de todas as frustrações e insatisfações. Olvida-se, porém, que o ser é um ser-no-mundo, lançado em uma compreensão existencial.

Face a isto, busca-se o direito como única instituição capaz de corrigir todas as insatisfações que podem encontrar expressão no nosso meio social. Conforme expressão referida ao longo do trabalho, se está diante da judicialização das relações sociais.

Do trabalho apresentado, se aduz que é necessário repensar as formas pré-estabelecidas de lidar com o conflito instaurado, buscando uma alternativa para lidar consensualmente com afetos e desafetos.

Em plena modernidade, o direito de família não deve se fechar à realidade do ser, abstraindo no mundo onde foi lançado, distanciando-se dos novos princípios paradigmáticos, introduzidos pela nova ordem constitucional. O limite da relação afetiva não mais se coloca na obrigação, na moral, no modelo; o limite se produz no encontro do afeto com o ser. Contudo, se a família perdeu sua função de unidade econômica, se seus membros são vistos uns em relação aos outros muito mais em suas dimensões pessoais e existenciais e em comunhão de afetos, então não faz sentido que os interesses patrimoniais permaneçam à frente de outros institutos na aplicação do direito de família. Almeja-se encontrar o ponto de equilíbrio, o convívio salutar entre patrimonialização e repersonalização do Direito Civil, sem que isso signifique monetarizar as relações.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGUIAR, Roberto A. R. de. Alteridade e rede no direito. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 11-43, jul./dez. 2006.

AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. **Revista Direito e Justiça**, Lisboa, v. XIII, tomo 1, p. 129-148, 1999.

AQUINO, Tomás de Santo. **Suma teológica**. São Paulo: Edições Loyola, 2005. v. 6.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BARBERO, Omar U. **Daños y perjuicios derivados del divorcio**. Buenos Aires: Astrea, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. (Org). **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zigmund. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

BEAUVOIR, Simone de. Les structures élémentaires de la parenté, par claudes Lévi-Strauss. les temps modernes. **Tradução**, Campos, v. 8, n. 1, p. 183-189, 2007. Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/campos/article/viewFile/9547/6621>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

BELLUSCIO, Augusto C. Danos y perjuicios derivados del divorcio. In: BELLUSCIO, Augusto César; ZANNONI, Eduardo A.; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. **Responsabilidad civil em el derecho de familia**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1983.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRAKEMEIER, Gottfried. Comentário acerca da exposição de J. R. Junges: o respeito à dignidade como fundamento de todo o humanismo. In: OSOWSKI, Cecília. **Teologia e humanismo social cristão**. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2000, p. 171-175.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BREBBIA, Roberto. El daño moral em las relaciones de família. In: ZANONI, Eduardo; FERRER, Francisco; ROLANDO, Carlos (Coords.). **Derecho de família**: libro en homenaje a la Prof. Dra. Mendéz Costa. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1990.

BRUNDT, Roger. A moral da infidelidade. **Famecos**, Porto Alegre, n. 18, p. 51-56, dez. 2007. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/famecos/article/viewFile/2588/2009>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONNIER, J. **Flexible droit**: textes pour une sociologie du droit sans rigueur. Paris: L.G.D.Y., 1975.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CASSIRER, Ernst. **Antropologia filosófica**. São Paulo: Mestre Jou, 1977.

COSTA, Álvaro José Mayrink da. **Direito penal**: parte especial. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizá-lo? **Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da PUCRS**, Porto Alegre, v. 31, n. 1, p. 121-140, jul. 2005.

DIAS, Maria Berenice. Culpado ou inocente? **Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM**, Santo Agostinho, n. 22, set./out. 2003. Disponível em: <<http://www.iejulbra-sm.com/7artigo.html>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.

DOR, Joël. **O pai e a sua função em psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de não permanecer casado (ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas). **Síntese - Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 18, p. 49-82, jun./jul. 2003.

FERRY, Luc. **Aprender a viver: filosofia para os novos tempos**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FLEIG, Mario. Heidegger com Kant: da imaginação transcendental à temporalidade originária. **Estudos Leopoldenses**, São Leopoldo, v. 27, n. 123, p. 85-100, jun./ago. 1991.

FREITAS, Douglas Phillips. **A função sócio-jurídica do(a) amante e outros temas de família**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

FROMM, Erich. **A arte de amar**. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1964. Coleção Perspectivas do Mundo.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações, In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.). **Direito de família e psicanálise, rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: IMAGO, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. Parte I e II.

HEIDEGGER, Martin. Sobre o humanismo. In: HEIDEGGER, Martin. **Os pensadores**: Martin Heidegger - conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 8.

HYDE, Michael J. **The call of conscience**: Heidegger and Levinas, the rhetoric and the eutanasia debate. Columbia: University of South Carolina Press, 2001.

INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In: OSOWSKI, Cecília Irene (Org.). **Teologia e humanismo social cristão**: traçando rotas. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2000. p. 143-169.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LEÃO, Emmanuel Carneiro. Introdução. In: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. Parte I e II.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O novo código civil e o direito de família. **Tuiuti - Ciência e Cultura**, Curitiba, n. 27, FCJ 03, p. 31-46, fev. 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Rompimento da promessa de casamento: reparação dos danos material e moral. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 18, n. 51, p. 67-95, mar. 1991.

LEPOVESTSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de famílias. **Síntese - Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 8, jun./jul. 1994.

MADALENO, Rolf. O dano moral na investigação de paternidade. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, n. 71, p. 275, 1998.

MARTINS, Joel, BICUDO, Maria A. V. **Estudos sobre existencialismo, fenomenologia e educação**. São Paulo: Martins, 1983.

MEDINA, Graciela. **Daños en el derecho de familia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

MENDES, Alexandre Fabiano. Liberdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2006. p. 534-536.

MILOVIC, Miroslav. Verbetes "Emmanuel Kant". In: BARRETTO, Vincente de Paulo. (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2006. p. 498-501.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Assembléia Geral das Nações Unidas. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Amante virtual: (in)conseqüências no direito de família e penal**. Florianópolis: Habitus, 2001.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito de família "total flex". In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Orgs.). **Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. v. 1, p. 25-38.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Porque o direito se interessa pela psicanálise?** 2005. Disponível em: <<http://www.unifra.br/professores/12020/POR%20QUE%20O%20DIREITO%20SE%20INTERESSA%20PELA%20PSICAN%C3%81LISE.doc>>. Acesso em: 14 maio 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSOA, Fernando. Entre pensar e ser, Heidegger e Parmênides. **Anais de Filosofia Clássica**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 78 -86, 2007.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. O núcleo intangível da comunhão conjugal (os deveres sexuais conjugais). **Revista Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 04, p. 109, jun./jul. 2008.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. 2. ed. Paris: Générale de droit et de jurisprudence, 1947. Tomo II.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. **Lusnaturalismo, personalismo y filosofia de la liberación**: una visión integradora. Sevilha: Editora Mad, 2005.

RICHARDSON, John. **Existencial epistemology**: a Heideggerian critique of que cartesian project. New York: Oxford University Press, 1986.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 6. ed. Porto: Afrontamento, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SARTRE, Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SAVATIER, René. **Du droit civil au droit public**. Paris: LGDJ, 1950.

SCLIAR, Moacyr. **Enigmas da culpa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 19, n. 56, p. 87-142, nov. 1992.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: anuário 2007. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. v. 4. p. 53-270.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os Direitos de Personalidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: anuário 2008. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 277-294.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito - 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. v. 2. p. 113-136.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica, filosofia e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé. **Justiça e memória**: para uma crítica ética da violência. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2009. p. 121-158.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2007.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Editora da Unijuí, 2001.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

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

TAYLOR, Chalés. **The ethics of authenticity**. Cambridge: Harvard University, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VELASCO, Ignacio M. Povená. **Os esponsais do direito luso-brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

VIANNA, Werneck Luiz et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VILLELA, João Baptista. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro. **A secularização da culpa no direito de família**. 2003. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em: 15 maio 2009.