

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A INDECISÃO PROBLEMÁTICA DA DIGNIDADE
HUMANA E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE
FILIAÇÃO**

LARISSA MARIA DE MORAES LEAL

TESE DE DOUTORADO
Área de Concentração: Direito Privado
Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo

Recife
2006

CATALOGAÇÃO NA FONTE

L435i Leal, Larissa Maria de Moraes
A indecisão problemática da dignidade humana e seus reflexos nas relações de filiação / Larissa Maria de Moraes Leal – Recife : Edição da Autora, 2006.
272 f.

Orientador: Paulo Luiz Neto Lôbo.
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2006.

Inclui bibliografia.
1. Dignidade humana - Aspectos históricos. 2. Família - Brasil. 3. Pais e filhos (Direito). 4. Paternidade - Brasil - Jurisprudência. 5. Testes de paternidade - Brasil. 6. Personalismo. 7. Presunções (Direito). 8. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Súmula n. 301. I. Lôbo, Paulo Luiz Neto. II. Título.

UFPE/CCJ-FDR/PPGD/EFR-efr 342.16 (CDDir-Dóris de Queiroz Carvalho) (4.ed)
BPPGD2006-05

LARISSA MARIA DE MORAES LEAL

**A INDECISÃO PROBLEMÁTICA DA DIGNIDADE
HUMANA E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE
FILIAÇÃO**

Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutora.

Área de Concentração: Direito Privado
Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto
Lôbo

Recife
2006

LARISSA MARIA DE MORAES LEAL

**A INDECISÃO PROBLEMÁTICA DA DIGNIDADE HUMANA E SEUS
REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO**

Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutora.

Área de Concentração: Direito Privado

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovada com Distinção

Prof. Artur Stamford da Silva, Dr. UFPE

Julgamento: Aprovada com Distinção Assinatura: Artur S.

Prof. Torquato da Silva Castro Júnior, Dr. UFPE

Julgamento: aprovada c/ distinção Assinatura: Torquato

Profa. Fabíola Santos Albuquerque, Dra. UFPE

Julgamento: aprov. c/ dist. Assinatura: Fabíola S. Albuquerque

Profa. Maria Antonieta Lynch de Moraes, Dra. UFPE

Julgamento: distinção Assinatura: Maria Lynch

Prof. Walber de Moura Agra, Dr. UNICAP

Julgamento: Distinção Assinatura: Walber Agra

Recife, 31 de março de 2006

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva

A Indecisão Problemática da Dignidade Humana e seus Reflexos nas Relações de Filiação

A Indecisão Problemática da Dignidade Humana e seus Reflexos nas Relações de Filiação

AGRADECIMENTOS

Ortega y Gasset disse, certa vez, “que é falso dividir os dias somente em dias de festa e dias de trabalho; festas e trabalhos são formas espirituais de vida e só surgem em certas ocasiões; mas há outra classe de dias, menos freqüentes, porém mais importantes; aqueles em que nos concentramos em nós mesmos, como o exército quando ataca, para a agressão perpétua da discussão!”.

Foram muitos os meus dias de trabalho, todos eles transformados em dias de festa, por meus familiares e amigos, para que eu pudesse trazer minhas convicções à discussão. Sem isso, esse momento não seria possível, razão pela qual é necessário agradecer:

Aos meus pais, Carlos e Tércia Leal, antes de tudo, por fazerem de mim o que mais gosto de ser: sua filha. Ao meu pai, em especial, por participar ativamente da minha vida acadêmica, discutindo comigo as minhas dúvidas e inquietações, estando presente em todos os momentos, sobretudo na revisão atenta e firme do meu trabalho. À minha mãe, por ser uma grande facilitadora de todas as coisas, pela doçura e desprendimento com que ela acredita nos filhos, lançando-se na defesa de seus sonhos e projetos;

À Amandinha, por encher de luz as nossas vidas, trazendo de volta a alegria à nossa casa;

Às amigas Clarissa Marques da Cunha e Liana Lins, por compartilharem comigo, desde o início, as intuições que derivaram em minha tese, ajudando a quebrar a monotonia daqueles primeiros dias todos iguais na faculdade;

Aos amigos Alexandre da Maia, Artur Stamford, Fabíola Albuquerque, Maria Antonieta Lynch, Torquato de Castro e Walber Agra, por sua disposição em discutir comigo o tema de minha tese e pelo fornecimento de material bibliográfico imprescindível para a sua conclusão;

E, por fim, mas nunca por último, ao meu orientador, Prof. Paulo Lôbo, mestre pelo exemplo, possuidor de dignidade e generosidade acadêmica ímpares, por sua mente jovem, que incentiva as diferenças; por sua crítica sempre firme, atenciosa e amiga; e, sobretudo, porque nunca me foi possível conversar consigo sem me sentir ainda mais incentivada a estudar.

*Aos meus pais, Carlos e Tércia Leal, por
fazerem de mim sua filha, sem talvez.*

RESUMO

LEAL, Larissa Maria de Moraes. **A Indecisão Problemática da Dignidade Humana e seus Reflexos nas Relações de Filiação**. 2006. 272 f. Tese de Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A presente tese tem por propósito analisar a clara indecisão problemática do conceito de dignidade humana, situando-a no contexto de sua construção histórica, da idéia de direito subjetivo que temos e das relações de família objeto de nossa legislação civil, com o objetivo de demonstrar como a lei e os fundamentos dos direitos dos filhos têm sido tratados no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento das questões de investigação de paternidade. Dignidade Humana e direitos subjetivos foram também demonstrados como uma referência de uma ampla variedade de teorias voltadas a fornecer um contorno da questão acerca dos direitos fundamentais. Com o advento do individualismo no século dezenove, no Brasil, a questão do personalismo também entrou em contato com essa forma de compreensão *a priori* da dignidade humana com claros reflexos nas relações de filiação, como fica demonstrado através da análise da compreensão do STJ sobre os direitos dos filhos quando estes pretendem a declaração judicial de sua paternidade e a realização da prova dessa paternidade, através do Exame de DNA.

Palavras-chave: dignidade humana, direitos subjetivos, relações de família, filiação, investigação de paternidade, DNA.

ABSTRACT

LEAL, Larissa Maria de Moraes. **The Problematic Indecision of Human Dignity and its Reflexes in the Filiation Relationship**. 2006. 272 f. P. h. D. Thesis – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The present aims at analysing the evident problematic indecision about the concept of human dignity, positioning it through its historic construction, the idea of the subjective rights that we have and the family relationship in our civil law, with the objective of demonstrating how the question of law and the cause of the rights of the sons are been treated in the Superior Tribunal of Justice, in the trials of the actions of paternity investigation. Human Dignity and subjective rights was also demonstrated as a reference of a wide variety of theories attempting to outline the question about the fundamental rights. All human dignity theories hold that there is some natural standard independent of and above the positivity rights. With the rise of individualism in the nineteenth centuries, in Brazil, the matter of the personalism was also contacted with this *a priori* way of this comprehension of the human dignity with clear reflexes in the filiation relationships, as demonstrated through the analysis of the STJ's comprehension about the rights of the sons when they pretend the declaration of paternity by the court and the realization of the prove of it, by de DNA's exame.

Key words: human dignity, subjective rights, family relationship, Filiation, Paternity Investigation, DNA.

*A ventura da minha existência, sua unicidade talvez, repousa em sua fatalidade: eu estou, para expressá-lo em forma de enigma, morto na condição de meu pai, ao passo em que na condição de minha mãe, ainda vivo e envelheço. Essa origem dupla, rebento ao mesmo tempo do mais alto e do mais baixo degrau da escada da vida, *décadent* e princípio a um só golpe – tudo isso, se é que há algo, esclarece aquela neutralidade, aquela liberdade de partido na relação com o problema geral da vida, que talvez me distinga dos outros. Eu tenho um faro mais apurado do que jamais teve homem algum para os sinais de princípio e de ocaso, eu sou o mestre par excellence nesse assunto – eu conheço ambos, eu sou ambos...*

Friedrich Nietzsche, *in* Ecce Homo

PRÓLOGO

Barian e Marduk nunca se conheceram, mas tiveram igual destino.

Barian é filha de mãe solteira, criada com dificuldade, nunca conheceu o pai. Quando criança, sonhava com isso todos os dias. Marduk, por sua vez, conheceu o pai desde que nasceu. Tinha o seu nome e sobrenome. Foi por ele criado e educado, morando na mesma casa a vida inteira. É ignorado se eram parentes de sangue, porém o fato é que eram pai e filho.

Um dia a mãe de Barian sugeriu que procurassem o seu pai. Após algumas tentativas frustradas, resolveram recorrer à Justiça. Nesse mesmo dia, Marduk estava duplamente de luto. Seu pai havia morrido e seus irmãos mais velhos contestaram a sua condição de filho.

Diante do juiz, o pai de Barian negou-se a reconhecê-la como filha, dizendo que sequer a conhecia.

Os irmãos de Marduk, por sua vez, disseram que nunca tinham sabido de sua existência.

Passados longos anos, a situação dos dois foi definida. A Justiça pronunciou-se, igualando o destino de Marduk e Barian em tudo o que há de mais diferente. Hoje, *por presunção*, Barian tem um pai. Marduk, igualmente *por presunção*, deixou de ter ... e vai mudar de nome¹.

¹ No relato acima, apenas os nomes atribuídos aos protagonistas são fictícios, tomados por empréstimo a Malba Tahan.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
Capítulo I – DIREITO SUBJETIVO, PERSONALIDADE E DIGNIDADE HUMANA NO CONTEXTO FAMILIAR DA ANTIGUIDADE	21
1.1 Subjetivismo e a Busca da Verdade nos Gregos Antigos	21
1.2 O Hiato entre o Homem e o Personalismo dos Antigos.....	25
1.3 A Dignidade Humana no Contexto Familiar da Antiguidade	41
1.4 Natureza e Convenção no Personalismo e na Dignificação do Homem – os primórdios da concepção de direito subjetivo.....	49
1.5 Natureza Humana ou Convenção sobre a Dignidade Humana na Idade Média? .	55
Capítulo II – A INDECISÃO PROBLEMÁTICA DA DIGNIDADE.....	65
2.1 A Dignidade Humana nos Modernos: dignidade como juízo <i>a priori</i>	65
2.2 A Personalidade e as Relações de Família na Perspectiva Liberal	72
2.2.1 O Esboço Teixeira de Freitas.....	75
2.2.1.1 O artigo 16 do Esboço: um monumento à personalização universal	75
2.2.1.2 A Paternidade no Esboço.....	79
2.2.2 O Código Beviláqua e a Personalidade	83
2.2.3 A Família no Código Civil de 1916.....	89
2.3 A Capacidade como Atributo Específico da Personalidade	100
2.4 Direito Subjetivo e Personalidade – O problema da mitigação da idéia de sujeitos de direito.....	102
2.5 O Instituto da Personalidade e suas Relações com as Noções de Direito Subjetivo	105
2.5.1 Personalidade: uma imputação jurídica ou um fato?	105

2.5.2 Direitos Subjetivos <i>Prêt-a Porter</i> – a resistência da perspectiva liberal	110
Capítulo 3 – A DIGNIDADE HUMANA NA CONTEMPORANEIDADE	
BRASILEIRA	117
3.1 A Dignidade Humana no <i>Locus</i> Constitucional	118
3.1.1 A Constitucionalização do Direito Privado	118
3.1.2 A Dignidade na Constituição Federal de 1988	125
3.2 Direitos Fundamentais, Direitos da Personalidade e a Dignidade Humana	136
3.2.1 Os Direitos Fundamentais - A superação da idéia de gerações ou dimensões de direitos fundamentais	136
3.2.2 Os Direitos da Personalidade como Direitos Fundamentais	142
3.2.3 As Relações entre a Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais – o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais	147
3.2.4 Seria possível falar em Colisão de Direitos Fundamentais?	155
3.3 A Dignidade Humana nas Relações de Família	169
3.3.2 Filiação e Dignidade Humana	175
Capítulo 4 – A DECRETAÇÃO DA PATERNIDADE POR PRESUNÇÃO COMO VIA REDUTORA DA DIGNIDADE HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – UMA CRÍTICA À SÚMULA 301 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
4.1 A Paternidade – Um Fato ou uma Imposição Jurídica? – o retorno da discussão acerca do personalismo	180
4.2 A Incidência da Dignidade Humana nas Relações de Filiação – em busca de um suporte fático para a solução de conflitos nas ações de investigação de paternidade	184
4.2.1 A Multiplicidade de Fundamentos Fáticos no Estado de Filiação	185

4.2.1.1 O Biologismo	187
4.2.1.2 A Afetividade	191
4.2.2 A Necessidade de Busca de Suporte Fático para as Decisões nas Ações de Investigação de Paternidade – para além da fetichização do DNA ou da afetividade	197
4.3 A Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça e seus Precedentes	207
4.3.1 O Reconhecimento Judicial da Paternidade por Presunção	208
4.3.1.1 Recurso Especial n. 135361	208
4.3.1.2 Recurso Especial n. 55958.....	212
4.3.1.3 Recurso Especial n. 141689.....	217
4.3.1.4 Recurso Especial n. 256161	221
4.3.1.5 Recurso Especial n. 409285	226
4.3.1.6 Agravo Regimental n. 498398.....	229
4.3.2 A Desconstituição da Paternidade por Presunção – a decisão do Recurso Especial n. 460302.....	231
4.4 Dos Filhos do Coito Danado aos Filhos da Presunção Judicial.....	234
CONCLUSÃO	241
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	252

INTRODUÇÃO

Ao longo da história podemos verificar uma clara indecisão problemática acerca da idéia de dignidade humana, alçada à condição de princípio máximo do Estado Social de Direito na atualidade. Constatamos que tal indecisão tem como base três fatores: a própria convenção acerca do personalismo, vivenciado desde os primórdios do direito como uma imputação jurídica; a consideração da dignidade humana como um juízo *a priori* e, por fim, o tratamento que se tem dado aos casos que envolvem a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Os antigos, sobretudo os gregos, gestaram admirável trabalho sobre a dignidade humana. Contudo, o personalismo da antiguidade não alcançava o homem como um todo. A personalidade – já um instituto de natureza jurídica por excelência – contemplava apenas uma parte da humanidade, o que revela como seu caractere essencial o fato de ser uma imputação do direito. A dignidade humana, intimamente identificada com o personalismo, acabou absorvendo uma alta carga de naturalismo que foi expandida, sobremaneira, na Idade Média.

A família antiga, por sua vez, estava formada em torno da figura do *pater familias*, que lhe conduzia o destino, bem como de todos os seus membros, com base em sua própria vontade. O modelo de família antigo, patriarcal e patrimonialista, foi responsável por tornar necessária a existência dos chamados filhos jurídicos, mediante a edição de presunções normativas que se destinavam a garantir, ainda que em um plano puramente formal ou jurídico, a paternidade. Surgiram, assim,

presunções como a *pater is est quem nuptia demonstrant* e *mater semper certa est*, que continuam vívidas até os dias atuais.

O Brasil iniciou seu trabalho de produção de textos legais próprios em um cenário que tinha todas as cores do Liberalismo. Foi assim que Teixeira de Freitas, em seu Esboço, optou pelo regime de universalização da personalidade, sendo seguido, em grande medida, por Clóvis Beviláqua, refletindo, outrossim, uma clara preocupação patrimonialista no tratamento das pessoas e da família.

Ambos os juristas, em seus trabalhos legislativos, foram fiéis ao momento e à sociedade em que viviam, traduzindo tanto no Esboço, como no Código Civil os valores próprios de sua época: a pessoa somente recebia tutela legal em uma perspectiva puramente patrimonialista, não havendo qualquer dimensão de proteção a direitos desprovidos de reflexos econômicos, como os direitos da personalidade; a família era matrimonializada, patriarcal e assentada na diferenciação entre os homens e mulheres, e entre os filhos legítimos e ilegítimos.

Esse quadro perdurou, em maior ou menor medida, até o advento da Constituição Federal de 1988, que, aliando os princípios da dignidade humana e da solidariedade como fundamentos de nossa união democrática, os incrustou tanto em seu próprio texto, como em todo o nosso ordenamento jurídico. Fê-lo, contudo, de forma a alterar sensivelmente não apenas o tratamento legal ofertado à pessoa e à família, como também aos próprios fundamentos da interpretação e da aplicação do direito privado.

Com a edição da Súmula 301, do Superior Tribunal de Justiça, todas essas questões, por inúmeras razões e fundamentos, se reencontram na seguinte pergunta: seria a paternidade, ou a maternidade, um fato ou uma imputação do direito?

A resposta a esse questionamento, por sua vez, não pode ser dada de forma direta, sem a abordagem de outros institutos jurídicos que, por sua íntima relação com a própria condição humana, latejam também no universo das relações de filiação. Nessa ordem, faz-se necessário observar o tratamento que se tem dado a temas como os direitos subjetivos e os direitos fundamentais, além da personalidade e da dignidade humana já mencionadas.

É nesse ambiente que lançaremos nossas considerações.

O presente trabalho é dividido em quatro capítulos. No primeiro deles, trataremos da formação, ainda na Antiguidade, de institutos que terão grande importância no cenário do direito, como o personalismo e o direito subjetivo. Nessa mesma oportunidade, cuidaremos dos métodos de busca da verdade praticados pelos antigos, que irão repetir-se, ao longo da História Ocidental, transmutados em inúmeros argumentos. Ao fim desse capítulo, analisaremos o ambiente em que a dignidade humana, já compreendida na seara jurídica, teve suas bases conceituais determinadas na Idade Média.

No segundo capítulo, enfocaremos a indecisão problemática que agrava a dignidade humana. Ainda entendida como juízo *a priori*, enquanto característica central e comum dos homens, o direito, já em uma proposta de contornos científicos, não foi capaz de desvencilhar o manejo da dignidade humana dessa carga naturalista, o que acabou por contaminar, de certa forma, igualmente as noções sobre o personalismo e o direito subjetivo dos modernos, todos passando a suportar uma alta carga de subjetividade.

Nesse ínterim, merecerá destaque a construção epistemológica do instituto do direito subjetivo. Enquanto redução racional da realidade a um ordenamento sistemático, seria o direito subjetivo apenas uma conexão jurídica entre as pessoas

nas situações em que se pretende assegurar às mesmas a proteção de seus interesses. Contudo, uma carga individualista e liberal tem agravado de forma perene a compreensão dos direitos subjetivos, de forma tal que, mesmo na atualidade, se pode inferir que o instituto ainda externe essa bagagem, sendo falseado em seu significado. Assim tem ocorrido no tratamento de algumas questões inerentes à condição humana na atualidade, notadamente nas relações que envolvam direitos fundamentais e da personalidade.

Na terceira parte, trataremos da dignidade humana no contexto da contemporaneidade brasileira, investigando as conseqüências de sua consagração enquanto princípio fundamental em nossa Constituição Federal, juntamente com as transformações ocorridas no direito civil, em razão de seu inexorável processo de constitucionalização. As diretrizes constitucionais também serão importantes para o tratamento que será dado aos direitos fundamentais, onde demonstraremos a necessidade de superação da idéia de gerações ou dimensões.

Ainda na terceira parte, enfrentaremos uma questão que tem figurado no plano central do direito, qual seja, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Nesse sentido, após evoluir em torno das bases necessárias da tutela dos direitos fundamentais, de suas relações com os direitos da personalidade e com a dignidade humana, discutiremos a conveniência do debate dos direitos fundamentais, sob a ótica da teoria da colisão, que reclama, por via de conseqüência, a aplicação das técnicas de ponderação ou do Princípio da Proporcionalidade.

Após o trato da questão da colisão dos direitos fundamentais, retomaremos a análise do papel da dignidade humana nas relações de família, com especial atenção

para a temática da filiação, tão sensivelmente alterada no Texto Constitucional de 1988.

Na última parte, a questão da paternidade será analisada, oportunidade em que apresentaremos uma resposta para a pergunta, feita anteriormente, acerca da natureza da própria paternidade. Lembraremos que a paternidade pode ser entendida como um dos fatos mais aparentes, tanto do ponto de vista biológico, como socioafetivo, aspecto que, entretanto, parece ter sido desbordado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, se é possível compreender o pensamento dos antigos acerca da filiação, haja vista sua harmonia com as construções religiosas que lhes eram próprias, demonstraremos que a Súmula 301, do Superior Tribunal de Justiça, minguia dessa ou de outra justificativa, não podendo nem merecendo qualquer abono. Porquanto tenhamos mecanismos mais eficientes para a determinação da paternidade e, principalmente, estejamos conscientes das consequências das presunções no campo jurídico, a decisão que opta pelo estabelecimento de paternidade presuntiva tem alta potencialidade lesiva aos interesses tanto individuais como sociais.

Essa reiterada utilização de mecanismos de presunção e artificialidade jurídica somente pode ser explicada a partir da percepção da indecisão problemática, que ainda agrava o direito contemporâneo. Notemos que, em relação à dignidade humana, que tem merecido uma interpretação desmedida no âmbito dos direitos subjetivos, pais e filhos são colocados em campos opostos, sem que haja o reconhecimento da íntima e inegável relação fática entre os mesmos. É nesse sentido que analisaremos todos os precedentes da aludida Súmula 301, que manifestam, claramente, essa indecisão problemática acerca da própria condição humana. Nessa

parte final, traremos ao leitor o panorama jurisdicional que tem reduzido o próprio sentido da dignidade humana em nosso ordenamento jurídico.

Estudar a dignidade humana, bem como as noções de direito subjetivo, direitos fundamentais e seus reflexos nas relações de filiação, nos conduz a navegar em um continente que torna imprestável boa parte dos mapas, que nos são apresentados na atualidade. Se as cartas impõem-se, necessariamente, para a compreensão de tais institutos, elas revelam-se inconsistentes para nos apontar o rumo a ser seguido. Daí porque, para muitos, a dignidade humana seria considerada como um juízo *a priori* e, portanto, por sua própria natureza, inacessível e ambivalente. Não há textos tranquilizadores. Em outros ramos do saber humano, é comum encontrarmos propostas pautadas por uma perspectiva de olhar apenas à frente, quando muito ao presente, sem o recurso a ideologias preconcebidas. Em direito, isso é impossível. Vamos operar sempre com um duplo olhar, ora no passado, ora no presente.

A miríade de conexões, envolvidas pelos contextos social, cultural e político, nos quais se inserem os temas a ser tratados, tornaram complexa a sistematização de nosso trabalho. Nossa opção, portanto, foi dar tratamento aos temas em uma ordem cronológica, de modo a deixar mais claras as conexões entre os mesmos, bem como para deixar patente quanto do passado ainda persiste em nosso direito. Por fim, convém antecipar que as questões procedimentais, bastante afetadas pelos temas objeto do presente trabalho, foram deliberadamente afastadas, a fim de que o texto apresentasse maior objetividade.

Para o sermão vir nascendo há de ter três modos de cair: há de cair com queda, há de cair com cadência, há de cair com caso. A queda é para as coisas; porque hão de vir bem trazidas e em seu lugar: hão de ter queda. A cadência é para as palavras; porque não hão de ser escabrosas, nem dissonantes: hão de ter cadência. O caso é para a disposição; porque há de ser tão natural e tão desafetada que pareça caso e não estudo.

Padre Antônio Vieira

Capítulo I – DIREITO SUBJETIVO, PERSONALIDADE E DIGNIDADE HUMANA NO CONTEXTO FAMILIAR DA ANTIGUIDADE

1.1 Subjetivismo e a Busca da Verdade nos Gregos Antigos

A *Ilíada*, obra poética fundada no espírito heróico dominante na Grécia Antiga, em que a luta e a vitória representavam a distinção humana mais alta e o próprio conteúdo da vida², traz em seu bojo o que se pode considerar como “o primeiro testemunho que temos da pesquisa da verdade no procedimento judiciário grego”³.

Durante a realização de jogos em homenagem a Pátroclo, Menelau e Antíloco envolveram-se em disputa pautada na contestação do resultado da corrida de carros que empreenderam. Com efeito, a contenda desenvolveu-se em um circuito com ida e volta, no qual os corredores deviam contornar um marco do terreno, da forma mais próxima possível. Para garantir a regularidade da corrida, seus organizadores providenciaram a colocação de uma testemunha junto ao marco, encarregando-a de observar o comportamento dos competidores. Em um dado momento, uma depressão do terreno, causada pela água da chuva, obrigou Menelau a modificar seu rumo, quando, então, Antíloco, por fora da estrada, lhe impediu o rumo, jogando-o por cima os cavalos⁴. Assim, Antíloco acabou por chegar em primeiro lugar. Menelau, sentindo-se prejudicado pelo resultado, apresentou sua contestação à vitória de Antíloco, reclamando para si a premiação.

² JAEGER, Werner. *Paidéia – A Formação do Homem Grego*, p. 40.

³ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 31.

⁴ HOMERO. *Ilíada*, p. 509.

No julgamento da reclamação de Menelau, nota-se, curiosamente, que “não se faz apelo àquele que viu, à famosa testemunha que estava junto ao marco e que deveria atestar o que aconteceu. Não se convoca seu testemunho, nem nenhuma pergunta lhe é feita”⁵. A solução se dá através da própria contestação entre os adversários, quando Menelau lança a Antíloco o seguinte desafio:

Vamos, Antíloco, aluno de Zeus, aproxima-te e faz como é de praxe: ante o carro e os cavalos te põe, segurando na mão direita o chicote flexível que há pouco vibravas, e, nos cavalos tocando, pelo alto Posido nos jura que involuntário e sem dolo aos corcéis me trancaste o caminho⁶.

Diante do desafio – que figurava como prova para o povo grego – Antíloco retrocedeu, recusando-se a realizar o julgamento reclamado, reconhecendo, desse modo, ter cometido a irregularidade em questão.

Para Foucault, esta é uma forma peculiar de produção da verdade jurídica nos antigos. Através de um jogo de provas – caracterizado pelo desafio lançado pelo adversário – a testemunha, que poderia atestar com singela certeza o ocorrido, é desconsiderada.

O resultado da lide seria diametralmente inverso caso houvesse a simples aceitação do desafio por parte de Antíloco. Nesta hipótese, a descoberta final da verdade transcenderia à inteligência humana, passando ao próprio Zeus, a quem caberia aferir a legitimidade do juramento feito. Acreditava-se na intervenção divina, através de sinais como relâmpagos, que atestariam a falsidade da afirmação. Verifica-se, portanto, nesse episódio, “a velha e bastante arcaica prática da prova da verdade em que esta é estabelecida judiciariamente não por uma constatação, uma testemunha, um inquérito ou uma inquisição, mas por um jogo de prova”⁷.

⁵ FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**, p. 32.

⁶ HOMERO. *Ilíada*, p. 514.

⁷ FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**, p. 33.

A *Iliada*, de Homero, além de seu valor poético inegável, tem sua maior relevância quando se impõe necessária à compreensão da própria estrutura da civilização grega, que tinha, nos exemplos dos heróis, verdadeiros comandos normativos voltados ao comportamento das gentes. Em um ambiente em que não existiam ainda normas jurídicas vigentes, nem um pensamento ético organizado, salvo alguns esparsos preceitos religiosos e a sabedoria constante de provérbios de conhecimento popular, os exemplos desempenharam “na estrutura social do mundo arcaico um papel quase idêntico ao que entre nós cabe à História”⁸.

Esses exemplos serviram, ademais, para estabelecer naquela civilização uma idéia bastante subjetiva de dignidade, onde podemos vislumbrar uma internalidade no tratamento dado à justiça e aos procedimentos técnico-jurídicos da antiguidade. A utilização de heróis na construção do ideal de personalidade dos gregos ocorreu naturalmente, antecedendo as próprias formulações intelectuais daquela civilização. As lendas gregas migraram para a literatura, principalmente para a poesia, servindo-lhe de base para a construção dos valores helênicos que nos foram legados.

É preciso lembrar, com Diderot, que os heróis são forjados nas circunstâncias, enquanto os pensadores são frutos do ócio. “No herói verifica-se a moral em ação, da mesma maneira que nos poetas a moral está nos pensamentos”⁹. É nessa perspectiva, em que eram combinadas magia e religião, e, posteriormente, a metafísica (notavelmente desenvolvida pelos gregos antigos), que tem início a doutrina do direito natural¹⁰, que, a seu turno, será muito cara à própria construção da dignidade humana dos modernos.

A forma de busca da verdade ora exposta, que inicialmente nos parece distante, é recorrente nos procedimentos jurídicos, desde então até os tempos atuais.

⁸ JAEGER, Werner. **Paidéia – A Formação do Homem Grego**, p. 57.

⁹ DIDEROT, Denis. **Não Há Felicidade sem Virtude**, p.11.

¹⁰ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, p. 267.

Não são poucas as situações em que se tem fundamentado decisões judiciais em jogos de provas. Nunca é demais lembrar que “os gregos formularam e exploraram muitas das questões que ainda hoje tornam o terreno instável debaixo dos nossos pés”¹¹.

A procedimentalização do direito e, até certa forma, sua própria feição funcionalista, nos têm apresentado inúmeros casos nos quais se tem utilizado, nos tempos atuais, mecanismos assemelhados aos descritos por Homero. Assim como a Grécia Antiga foi “mais um mundo de processos do que de produtos, mais de perguntas do que de respostas”¹², a ciência jurídica contemporânea tem se caracterizado também com tal roupagem. Como verificaremos mais adiante, as questões envolvendo a dignidade humana, relações de família e direitos subjetivos e fundamentais têm desafiado a inteligência jurídica em terreno movediço, no qual os jogos de prova continuam figurando como elemento central.

Convém, desde já, trazer o alerta: “O sentido íntimo de uma raiz pode algumas vezes revelar-nos uma tradição antiga ou um antigo costume; as idéias se transformaram e os costumes desapareceram no tempo, porém as palavras permaneceram, testemunhos imutáveis de crenças desaparecidas”¹³. As idiossincrasias próprias da antiguidade, que serão reveladas ao longo deste capítulo, podem, inicialmente, nos parecer distantes e alheias. Contudo, conforme verificaremos no desenvolvimento do texto, elas voltarão a aparecer na história humana, com novas ou velhas roupagens, até os dias correntes.

¹¹ TAPLIN, Oliver. **Fogo Grego**, p. 3. Sobre a inegável influência grega nas estruturas do pensamento universal, afirma o autor: “A nossa tendência para organizar as questões em pares e para as colocar umas contra as outras em dialética, embora não exclusivamente grega na sua origem, é muito característica desse pensamento. Exemplos de tais polaridades básicas podiam ser ilusão *versus* realidade, fins *versus* meios, palavras *versus* ações. Tão fundamental como qualquer outra é a oposição grega entre convenção e natureza ou entre relativo e absoluto”, p. 5-6.

¹² TAPLIN, Oliver. **Fogo Grego**, p. 6.

¹³ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**, em sua introdução.

1.2 O Hiato entre o Homem e o Personalismo dos Antigos

A história do direito escrito tem seu ponto de partida no terceiro milênio antes da era cristã. Legislações colacionadas na modalidade de códigos, nos quais usos e costumes antigos estão retratados, foram formuladas nesse período¹⁴. Essas normas evidenciam um fundamento inegavelmente divino em sua construção, assim como aconteceu no próprio direito romano. Nesse sentido, o direito arcaico é caracterizado pela utilização de palavras e fórmulas sagradas, rituais com larga simbologia religiosa, bem como a imposição de gestos solenes de iluminação divina, desenvolvendo-se, ainda que de forma dispersa e imprecisa, na direção de construções normativas consuetudinárias¹⁵.

Com a substituição do primitivo chefe guerreiro pelo chefe religioso, este tratou de arvorar-se na condição de governante divino, com poderes políticos e legislativos. As características mais marcantes das leis da antiguidade, inclusive em virtude de seu fundamento divino, foram a permanência e a imutabilidade¹⁶, o que pode ser comprovado, sobretudo, com a longa vigência do direito romano na civilização ocidental.

Nos Códigos de Shulgi, de Lipit-Ishtar e de Eshnunna, todos datados de período compreendido entre os segundo e terceiro milênios antes de Cristo, assim como no Código de Hammurabi – a construção jurídica mesopotâmica mais evoluída

¹⁴ In PEINADO, Federico Lara e GONZÁLEZ, Federico Lara. **Los Primeros Códigos de la Humanidad**, p. IX-X, tradução nossa.

¹⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **O Direito nas Sociedades Primitivas**, p.22-23. Nesse sentido, ainda afirma o autor: “Admite-se, assim, que um costume de épocas arcaicas assume em caráter jurídico na medida em que, constringendo, garante o cumprimento das normas de comportamento”, p. 25.

¹⁶ In PEINADO, Federico Lara e GONZÁLEZ, Federico Lara. **Los Primeros Códigos de la Humanidad**, p. XIII, tradução nossa.

– não se pode encontrar, ainda, uma noção clara de *personalidade* no sentido jurídico¹⁷. Por outro lado, é bastante perceptível o tratamento diferenciado ofertado às mulheres¹⁸ e aos escravos em comparação ao deferido aos homens, o que já nos aponta o hiato existente entre o reconhecimento da condição humana e da personalização jurídica, que seria evidente apenas no direito romano¹⁹.

Consta claramente do Código Ur-Nammu, documento sumeriano surgido nos séculos XXII e XXI a.C, a existência de duas classes de pessoas, que compreendiam os homens livres e os escravos, entremeadas por uma classe intermediária, formada por homens dotados de liberdade limitada, que serviam nos templos e nos palácios reais.

Assim, podemos inferir que havia uma camada de homens dotados de personalidade jurídica plena, uma outra de homens que eram considerados pessoas, mas que suportavam limitação de sua liberdade no exercício das prerrogativas jurídicas que decorriam da condição de pessoa, bem como uma terceira classe, a dos

¹⁷ O conteúdo divino das legislações da antiguidade fica bastante evidente, nos termos constantes do Prólogo do Código de Hammurabi, legislação elaborada entre 2067-2025 a.C: “Quando o alto Anu, rei de Anunaki e Bel, Senhor da Terra e dos Céus, determinador dos destinos do mundo, entregou o governo de toda a humanidade a Marduk, quando foi pronunciado o alto nome da Babilônia, quando ele fez famosa no mundo e nela estabeleceu um duradouro reino, cujos alicerces tinham a firmeza do céu e da terra, - por esse tempo Anu e Bel me chamaram, a mim Hammurabi, o excelso príncipe, o adorador dos deuses, para implantar justiça na terra, para destruir o mau e o mal, para prevenir a opressão do fraco pelo forte, para iluminar o mundo e propiciar o bem-estar do povo. Hammurabi, governador escolhido por Bel, sou eu; o que trouxe a abundância à terra, o que fez obra completa para Nippur e Babilu; o que deu vida à cidade de Uruk; supriu água com abundância aos seus habitantes; o que tornou bela a cidade de Brasippa; o que encheu de grãos para a poderosa Urash; o que ajudou o povo em tempo de necessidade; o que estabeleceu a segurança na Babilônia; o governador do povo, o servo cujos feitos são agradáveis a Anu”. In **Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas**, p.10-11.

¹⁸ Quanto ao tratamento dado às mulheres, devemos destacar, apesar da inegável diferenciação entre o tratamento jurídico deferido às mesmas em relação aos homens, que elas eram, no Código de Hammurabi, consideradas pessoas em certa medida. Tanto assim que elas mantinham-se como proprietárias dos dotes que as acompanhavam por ocasião de seu matrimônio, mesmo após a sua celebração. Ainda nesse sentido, dispunha essa norma que, no caso de repúdio da mulher pelo marido, esta retornaria à sua família originária, levando consigo o seu patrimônio dotal. In PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Direitos e Sociedade no Oriente Antigo**, p. 49.

¹⁹ A utilização desta terminologia, intitulando os documentos legais da Antiga Mesopotâmia como códigos, deve ser feita com reservas. Assim, “esta expressão não deve ser compreendida em seu sentido moderno (como um documento sistematizado, dotado de princípios gerais, categorias, conceitos e institutos, pensado para vigorar como um conjunto de preceitos gerais e abstratos)”. In PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Direitos e Sociedade no Oriente Antigo**, p. 45.

escravos, que eram confundidos com coisas (*res*) ou bens, recebendo tratamento jurídico diferenciado²⁰.

No Código de Manu²¹, legislação antiga da Índia, as mulheres recebiam tratamento assemelhado às coisas e aos animais. O artigo 95 dessa norma dispunha: *“Que um homem sensato não faça nunca um juramento em vão, mesmo para uma coisa de pouca importância; porque aquele que faz um juramento em vão, está perdido no outro mundo e neste”*. O artigo seguinte promanava: *“Todavia, com amantes, com uma rapariga que se pretende em casamento, ou quando se trata da nutrição de uma vaca, de materiais combustíveis necessários a uma sacrifício ou da salvação de um Brâmane, não é crime fazer tal juramento”*. É insofismável que as mulheres são consideradas na ambiência das coisas de pouca importância. Da mesma forma, *“uma esposa, um filho e um escravo são declarados pela lei nada possuírem por si mesmos; tudo que eles podem adquirir é a propriedade daquele de quem dependem”*, conforme disposição do artigo 413 dessa lei, que nos revela estarem as mulheres, os filhos e os escravos em patamar distanciado daquele ocupado pelo homem-pai de família na legislação antiga.

Os hebreus acompanharam a tradição de sua região, construindo suas leis a par das normas religiosas. As noções hebraicas sobre a condição humana estão dispostas ao longo de praticamente todos os livros formadores do chamado Antigo Testamento Bíblico. Como regra, percebemos uma ausência de sistematização, bem como o que para nós, contemporâneos, podem parecer noções totalmente contraditórias aplicadas ao homem.

Com efeito, sabemos que os hebreus repudiavam o incesto, com base em seus mais elevados conceitos acerca da formação da família. Todavia, consta do livro

²⁰ PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Direitos e Sociedade no Oriente Antigo**, p.45-48.

²¹ *In Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas*, p. 55.

Gênesis, de autoria mosaica, a clara escusa de um torpe incesto praticado pelas filhas de Lot, que acreditavam haver uma falta de varões em sua região. Assim, com a finalidade de garantir a continuidade de sua estirpe, Lot foi embriagado por suas filhas, que mantiveram com o pai relações carnavais, para garantirem sua própria descendência²².

O texto bíblico não traz nenhuma referência a uma eventual condenação social ou divina da conduta das filhas de Lot. Ao contrário, nota-se uma subliminar autorização do incesto, proveniente do julgamento subjetivo de suas filhas, que teriam atuado de forma a preservar o pai de um falecimento sem deixar descendentes varões.

Por outro lado, é patente a preocupação de isentar Lot até mesmo do conhecimento dos atos praticados por suas filhas, o que evidencia a proteção que o homem, como chefe de família, recebia naquela civilização.

Por sua vez, na antiguidade grega, havia a crença de que o homem era um animal privilegiado devido à razão, diferenciando-se dos demais em virtude de sua capacidade de compreender o mundo e elaborar um pensamento lógico, sendo o único animal a fazer uso do *logos* – razão e linguagem.

O reconhecimento de tal privilégio, entretanto, não englobava todos os entes humanos. Como a sociedade grega era absolutamente estratificada, dividida em classes muito bem definidas e afastadas, essa dignidade não era considerada uma

²² Conforme Gênesis, 19:31-38: “Então, a primogênita disse à mais moça: nosso pai está velho, e não há homem na terra que venha unir-se conosco, segundo o costume de toda a terra. 32. Vem, façamo-lo beber vinho, deitemo-nos com ele e conservemos a descendência de nosso pai. 33. Naquela noite, pois, deram a beber vinho a seu pai, e, entrando a primogênita, se deitou com ele, sem que ele o notasse, nem quando ela se deitou, nem quando se levantou. 34. No dia seguinte, disse a primogênita à mais nova: Deitei-me, ontem, à noite, com o meu pai. Demos-lhe a beber vinho também esta noite; entra e deita-te com ele, para que preservemos a descendência de nosso pai. 35. De novo, pois, deram, aquela noite, a beber vinho a seu pai, e, entrando a mais nova, se deitou com ele, sem que ele o notasse, nem quando ela se deitou, nem quando se levantou. 36. E assim as duas filhas de Lot conceberam do próprio pai. 37. A primogênita deu à luz um filho e lhe chamou Moabe: é o pai dos moabitas, até ao dia de hoje. 38. A mais nova também deu à luz um filho e lhe chamou Bem-Ami: é o pai dos filhos de Amom, até ao dia de hoje”. Cf. **Bíblia de Estudo das Profecias**, p.31.

característica humana plena, haja vista que somente uma pequena parcela da sociedade, de fato, fazia uso do *logos*²³.

Nem Aristóteles, filósofo voltado à observação da sociedade, percebeu ou deixou de defender essa repartição de papéis e de escalões relacionados à dignidade das pessoas. Com efeito, o Estagirita escolheu o *logos* como traço primordial da condição política do homem. Aristóteles era condescendente com a escravidão humana e o tratamento diferenciado entre homens e mulheres. Admitia, inclusive, que entre certas pessoas haveria uma deficiência ligada à manifestação do *logos*, que as tornaria *menos* dignas. Para ele, a desigualdade entre os homens seria uma instituição ao mesmo tempo natural e social, na medida em que a pessoa naturalmente deficiente seria, por via lógica de consequência, também julgada socialmente deficiente²⁴.

É de conhecimento ordinário que havia uma clara separação de classes sociais na Grécia. A educação, fundamento da própria personalidade humana, era comum apenas àqueles participantes das classes privilegiadas, o que impedia aos demais a formação da consciência necessária para que fossem considerados pessoas. Assim, havia um círculo vicioso naquela sociedade, ao arrepio do notável vigor de sua filosofia. Os sofistas, em uma extraordinária atitude humanista, tentaram alterar essa fórmula cruel de organização social. Defendendo que o homem seria a medida

²³ É importante lembrar: “Esta diferenciação de papéis sociais, vigente na prática, foi legitimada pela teoria de quase todos os filósofos gregos, com exceção dos sofistas. Platão, por exemplo, ao refletir sobre o problema da justiça em dois de seus diálogos, *A República* e *Político*, defendeu a idéia de que aquela dependeria de uma organização hierárquica da sociedade na qual os filósofos, responsáveis pela condução da cidade, estariam no topo; no meio, encontrar-se-iam os guardiães, encarregados de defender as cidades; por fim, na base, estariam localizados os lavradores, os artesãos e os comerciantes, que, juntos, formariam a classe econômica. Cada uma dessas classes possuiria uma índole ou virtude específica – representada por um metal precioso (ouro, prata e bronze) – e um grau distinto de dignidade (*A República*, Livro III, 21). In RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**, p. 17.

²⁴ “Percebe-se que o tratamento paradoxal, julgado muitas vezes contraditório até, da escravidão por Aristóteles, deve-se à concorrência e, mais exatamente, à sobreposição de dois paradigmas. Para começar, o ‘senhor por natureza’ é definido pelas propriedades de sua alma, enquanto o ‘escravo por natureza’ é definido pelas de seu corpo”. CASSIN, Bárbara. **Aristóteles e o Logos – Contos da Fenomenologia Comum**, p. 56.

de todas as coisas e que as leis não teriam origem divina, não sendo, ainda, universais, afirmaram a igualdade entre todos os entes humanos, reclamaram igualdade política entre homens e mulheres e pregaram contra a escravidão²⁵.

Os sofistas, todavia, não puderam resistir à ampla e violenta crítica a que foram submetidos, máxime nas pessoas de Platão e Aristóteles, que, através de suas especulações metafísicas, trataram de possibilitar uma pronta continuidade dos valores gregos mais arraigados, reforçando “a crença minguante no absoluto, numa ordem cósmica e moral do mundo. A magia primitiva e a religião foram substituídas pela especulação metafísica, porém o espírito foi o mesmo”²⁶.

Assim é que, com Platão, Deus é, mais uma vez, considerado no mais alto grau, a medida de todas as coisas, sob o argumento de que o homem, dada a sua imperfeição diante da divindade, não poderia ser a medida do que quer que fosse²⁷.

A crítica recebida pelos sofistas foi tão veemente que suas idéias – lançadas ao limbo das proposições inócuas – somente puderam ser retomadas, com algum vigor, pela Escola de Direito Natural no século XVIII, que, nos mesmos moldes da sofística, pode ser reconhecida, a seu tempo, como revolucionária ou evolucionista²⁸.

²⁵ Convém trazer a observação de Jaeger: “Apesar de na Odisséia existir um sentimento de humanidade para com as pessoas comuns e até para com os mendigos, apesar de faltar a orgulhosa e aguda separação entre os nobres e os homens do povo, e existir a patriarcal proximidade de senhores e servos, não se pode imaginar uma educação e formação consciente fora da classe privilegiada. O adestramento como formação da personalidade humana, mediante o conselho constante e a direção espiritual, é uma característica típica da nobreza de todos os tempos e povos. Só esta classe pode aspirar à formação da personalidade humana na sua totalidade, o que não se pode conseguir sem o cultivo consciente de determinadas qualidades fundamentais. Não basta crescer, como as plantas, de acordo com os usos e costumes dos antepassados”. JAEGER, Werner. **Paidéia – A Formação do Homem Grego**, p. 44-45.

²⁶ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, p. 269.

²⁷ SAINT-SERNIN, Bertrand. **A Razão no Século XX**, p. 1.

²⁸ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, p. 270. É interessante lembrar com o autor que, em virtude da larga e inclemente crítica que receberam, os sofistas “logo granjearam a reputação de imorais e intelectualmente desonestos, o que ainda hoje se vincula à palavra sofística, o que, entretanto, é um erro facilmente dissipável se atentarmos para o fato de que nosso conhecimento das doutrinas dos sofistas provém exclusivamente das descrições de seus adversários mais cáusticos, especialmente Platão. Os críticos da moral e das doutrinas absolutistas sempre foram estigmatizados por seus opositores como imorais e perigosos para a civilização”, p. 274.

Ainda no pensamento antigo, merece atenção o entendimento diverso e inovador dos estóicos, que afirmaram a unidade do gênero humano, em sede de igualdade e liberdade, repudiando a escravidão enquanto instituição natural ou social. Os estóicos exerceram, também, especial importância no desenvolvimento do direito natural, bem como na disseminação do Cristianismo²⁹. Esse é momento inicial de construção do conceito de dignidade que atualmente conhecemos, no qual o binômio lei-natureza parece harmonizar-se, em virtude de sua reflexão dogmática sobre a natureza³⁰.

No universo da filosofia grega, os estóicos ocuparam lugar de destaque, laborando na esfera da liberdade, compreendida em toda a plenitude de seu significado na antiguidade. “Segundo o estóico, o homem feliz é aquele para quem não há bem maior que a virtude nem mal pior que o vício; que não se abate nem se orgulha com a seqüência dos fatos; que despreza a desordem e identifica o desprezo ao prazer no próprio prazer”³¹.

É bastante comum atribuir aos estóicos as primeiras formulações sobre idéias como dignidade e igualdade entre os homens, que são consideradas como origens da concepção de direitos fundamentais³². Entretanto, na gênese do estoicismo, permanecia o elemento de subsunção do homem à natureza³³; a virtude era pautada pelo cumprimento das disposições da natureza, que, por sua vez, externava a vontade divina³⁴.

O pensamento estóico não foi suficientemente forte para transformar a realidade grega, sobretudo em razão de sua difícil compreensão na antiguidade,

²⁹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, p. 281.

³⁰ GAZOLLA, Rachel. **O Ofício do Filósofo Estóico**, p. 26.

³¹ DIDEROT, Denis. **Não Há Felicidade sem Virtude**, p.13.

³² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 12.

³³ In SÊNECA. **A Vida Feliz**, p. 27.

³⁴ GAZOLLA, Rachel. **O Ofício do Filósofo Estóico**, p. 27.

tempo em que a cidade e a república fundavam-se na escravatura – onde todo o horizonte de humanidade se perdia –, em uma moral coletiva bastante exigente e alargada³⁵.

A sociedade antiga, caracterizada pela existência de um hiato entre a condição humana e o reconhecimento de personalidade jurídica – enquanto afetação de sujeição a direitos e deveres –, não tinha, apesar de movimentos como o estoicismo, condições de realizar os direitos do homem. Por essa razão se tem negado que os mesmos tenham existido nessa época histórica³⁶. As mulheres prosseguiram consideradas como seres inferiores aos homens, assim como os filhos ocupavam lugar desprivilegiado em relação ao pai³⁷, tudo em conformidade com as crenças e tradições da civilização grega, que venceram longas gerações, marmorizando tais valores através da oralidade das peças teatrais e das poesias.

Na Grécia, as famílias nobres exerciam papel de primordial importância na administração da justiça, que exerciam segundo a tradição, dispensando a existência de leis escritas. É preciso lembrar, ainda, que “as *póleis* gregas antigas não eram só comunidades políticas, eram também comunidades religiosas. O aspecto religioso da *polis* é muito predominante para ser ignorado”³⁸, o que contribuía para a cristalização dos comandos normativos utilizados pelos nobres na chamada pacificação de conflitos.

Com o passar do tempo, houve um contínuo aumento das tensões entre os nobres e os demais cidadãos – o que deve ter ocorrido como consequência do enriquecimento destes –, ressaltando-se o reconhecido abuso do poder exercido pelos magistrados. Esse fato levou o povo a reclamar por leis escritas, sob a premissa de

³⁵ Sobre o pensamento estóico, *vide* também BLOCH, Ernest. **Natural Law and Human Dignity**, p. 10-16.

³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 12.

³⁷ Cf. PLATÃO. **As Leis**, p. 267.

³⁸ ARNAOUTOGLU, Ilias. **Leis da Grécia Antiga**, p. XXXI.

que, estando grafado, o direito seria igual para todos, quer para os membros da nobreza, quer para os demais cidadãos³⁹⁴⁰.

As leis gregas, ao contrário do que ocorreu com a arte e a filosofia desse povo, foram escassamente investigadas pelo Ocidente, tanto em razão de sua falta de sistematização – afirma-se, inclusive, que os gregos preferiam a palavra falada à escrita - em comparação com o direito romano, como também pela vinculação idiomática da Europa Ocidental com o latim.

Os gregos recusavam-se a aceitar a profissionalização do direito, negando ao advogado a possibilidade de receber pagamento, apesar de suas normas explicitarem uma notável distinção entre os aspectos substantivo e processual⁴¹, o que fazia do advogado um partícipe necessário para a própria realização da justiça.

Entrementes, os gregos foram fundamentais para a própria construção da legislação latina, em virtude do acolhimento do pensamento grego pela sociedade romana, em um curioso e invertido processo, que resultou da conquista da Grécia por Roma⁴². Não é ocioso afirmar que Roma, detentora de uma fraca cultura própria, assumiu a tradição intelectual dos gregos, sendo, paradoxalmente, conquistada enquanto expandia suas fronteiras⁴³.

Os romanos, depois da conquista da Grécia, entraram em contato com uma larga construção sobre a dignidade humana. Contudo, até por seguirem também o modelo grego, passaram a conviver, também, com o tratamento diferenciado entre os entes humanos, sobretudo nas questões que envolviam as mulheres, os estrangeiros e

³⁹ JAEGER, Werner. **Paidéia – A Formação do Homem Grego**, p.131 e 134.

⁴⁰ A busca de igualdade jurídica, através do estabelecimento de leis escritas, na civilização grega, tem sido a perspectiva dominante na análise das transformações sociais ocorridas na Grécia, por volta do século VII a.C. Entretanto, vale chamar a atenção para uma proposta mais recente de avaliação do fenômeno, segundo a qual a utilização da escrita no contexto jurídico, enquanto nova tecnologia, foi apenas uma outra forma de exercício de poder sobre o povo. In SOUZA, Raquel de. **O Direito Grego Antigo**, p.71.

⁴¹ SOUZA, Raquel de. **O Direito Grego Antigo**, p.68 e 76.

⁴² ARNAOUTOGLU, Ilias. **Leis da Grécia Antiga**, p. XIII-XVII.

⁴³ TAPLIN, Oliver. **Fogo Grego**, p. 15.

os escravos. Quanto aos últimos, temos relatos de casos em que escravos foram mortos com o intuito de satisfazerem as necessidades de seu senhor depois da morte⁴⁴.

Em um primeiro momento, merece atenção o texto normativo constante da Lei das XII Tábuas, reconhecida como o marco divisório entre a primeira e a segunda fase do direito romano, justamente por ter consolidado em suas tábuas decenvirais os costumes estabelecidos em Roma. A *Lex* inaugura a técnica jurídica de supremacia dos costumes pela codificação, em moldes que se aproximam, sobremaneira, de nossas atuais conformações jurídicas⁴⁵.

Em simetria com o que ocorreu com os gregos, acreditamos que os romanos buscaram na sistematização de suas normas jurídicas uma forma de estabelecer a igualdade de direitos, resistindo ao poder então sem fronteiras dos magistrados. Suas leis, como não poderia deixar de ser, refletiam o pensamento da época, cristalizando muitos de seus costumes, inclusive a própria desigualdade que eles desafiavam.

As disposições constantes da Lei das XII Tábuas são bastante duras e inflexíveis, revelando, aqui e ali, até mesmo a forma com que os romanos lidavam com os bárbaros, ainda que esta norma, inicialmente, fosse dirigida apenas aos cidadãos romanos. A comprovação desse espírito encontra-se na Tábua Sexta, na qual as mulheres são tratadas como coisas susceptíveis de serem adquiridas por usucapião⁴⁶.

Outrossim, a *Lex* serviu para reverter um processo de luta de classes então existente em Roma, revelador de que a classe dos plebeus passou a constituir um

⁴⁴ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**, p. 12.

⁴⁵ MEIRA, Silvio A. B. **A Lei das XII Tábuas**, p. 34-36.

⁴⁶ Tábua Sexta, 6. “ A mulher que residiu durante um ano em casa de um homem como se fora sua esposa, é adquirida por esse homem e cai sob o seu poder, salvo se se ausentar da casa por 3 noites”. In **Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas**, p. 127.

verdadeiro Estado distanciado do poder central de Roma⁴⁷. Desse modo, fez-se, também, por esse motivo, necessária a centralização das normas jurídicas.

Em seguida, temos nas Institutas de Gaio uma rica fonte do direito romano. Caracterizada por um helenismo claro, a obra de Gaio, datada do segundo século da era cristã, teve forte influência sobre o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, sendo por ele absorvida em muitas de suas estipulações, razão pela qual resistiu, também, à passagem de vários séculos da história da humanidade.

Consta das Institutas de Gaio a primeira sistematização clara do direito civil, sobretudo com relação aos temas que, atualmente, são tratados na parte geral de nosso Código Civil. Data desse período o sentido dado ao direito privado, no que tange a subdividir todo o seu objeto em pessoas, bens e fatos jurídicos. Nas palavras do jurista: “*Todo o direito que usamos se refere às pessoas, às coisas ou às ações*”^{48,49}.

Não é correto, contudo, pensar que aquele texto normativo, fonte legal e doutrinária do direito romano, estivesse organizado de forma a operar uma subdivisão entre parte geral e especial do direito civil. O que nos parece claro é o fato de haver, já nas Institutas de Gaio, uma base para que os modernos pudessem orientar-se, como aconteceu com os pandectistas germânicos, no sentido de operarem tal estruturação nos textos codificados da modernidade.

As Institutas de Gaio acompanharam as disposições gerais da sociedade romana de então, traduzindo o reconhecimento da escravidão, o tratamento altamente diferenciado para os estrangeiros, entre homens e mulheres e, na concepção de pátrio

⁴⁷ MEIRA, Silvio A. B. **A Lei das XII Tábuas**, p. 75.

⁴⁸ GAIO. **Institutas do Jurisconsulto Gaio**, p. 38.

⁴⁹ Esse modelo, mediante o qual o direito privado ou civil – expressões então sinônimas – era dividido em três partes, *personae*, *res* e *actiones*, consta tanto das Institutas de Gaio como de Justiniano, sendo reproduzido séculos depois pelo Código Civil dos franceses, ou *Code Napoléon*, bem como pelos demais códigos ocidentais dos séculos XIX e XX. Cf. MIRANDA, Custódio da Piedade U. **Teoria Geral do Direito Privado**, p. 11.

poder, nas relações entre a prole e seu progenitor⁵⁰. Há, inclusive, a preocupação de estabelecer uma divisão a respeito do direito das pessoas, no sentido de definir quem seria titular de direitos e quem estaria sujeitado a direito alheio, como no caso das mulheres casadas, com a evidente ratificação da norma constante da Lei das XII Tábuas, que autorizava a aquisição de mulheres por usucapião⁵¹.

Também é relevante lembrar que foi com Gaio que se teve, pioneiramente, o tratamento de temas que serviriam de base para a compreensão moderna da capacidade jurídica e dos direitos subjetivos⁵².

Ulpiano apresentou, posteriormente, uma exposição resumida das Institutas gaianas em seu trabalho de organização do direito romano. Em seu texto, repetem-se as questões principais de Gaio, mas com maior precisão e, também, com uma certa atenuação da dureza com que aquele jurista havia tratado certas questões.

Ainda persistia, todavia, a grande fenda entre as noções de reconhecimento da personalidade de que gozavam os varões (de modo não universal), em comparação com o tratamento destinado às mulheres. Permanecia claro o extremo subjetivismo com que as questões de família foram tratadas⁵³.

Para alguns, o direito romano, enquanto conjunto de regras jurídicas organizadas, é entendido como sinônimo do *Corpus Juris Civilis*, compilação das

⁵⁰ Conforme as Institutas de Gaio: “A lei Élia Sência dispõe que os escravos algemados, pelo dono, como pena, ou os que sofreram a marca de estigmas, ou os submetidos a torturas para confessar o dano que causaram e forem convencidos desse dano, ou os designados ao combate, no circo, com os gladiadores ou com as feras, ou exibidos em espetáculos públicos ou atirados ao cárcere, e que depois forem manumitidos pelo mesmo ou por outro dono, esses se tornam livres do mesmo modo que os peregrinos deditícios”. Em outro momento: “Sob o poder dos senhores estão os escravos. Esse poder vem do direito das gentes, porque, como podemos observar, entre quase todos os povos, o senhor tem sobre seus escravos poder de vida e morte, e tudo o que o escravo adquire, para o senhor o adquire”. In GAIO. **Institutas do Jurisconsulto Gaio**, p. 39 e 45 respectivamente.

⁵¹ GAIO. **Institutas do Jurisconsulto Gaio**, p. 45 e 56.

⁵² Dispõem as Institutas: “Pelo direito de todas as cidades, porém, os impúberes estão sob tutela, pois é conforme à razão natural sujeitar-se à tutela de outrem quem ainda não atingiu a idade legal”. In GAIO. **Institutas do Jurisconsulto Gaio**, p. 71-72. Apesar do texto gaiano fazer menção expressa a “idade legal”, o direito romano, em nenhuma de suas fases, conheceu o instituto da maioridade, porque os filhos, naquelas circunstâncias, somente se libertavam do pátrio poder quando da morte do *pater familias*, o que, certamente, independia de sua idade cronológica. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**, vol II, p. 248.

⁵³ ULPIANO. **Regras de Ulpiano**, p. 11.

normas romanas ordenada pelo Imperador Justiniano, no século VI de nossa era⁵⁴. Sem embargo de tais opiniões, nos parece claro que o direito romano já estava suficientemente organizado quando Justiniano construiu o *Codex*, tanto assim que as Institutas de Gaio serviram-lhe de fundamento. A formulação do *Corpus Juris Civilis*⁵⁵ foi, em síntese, um ambicioso projeto de Justiniano, realizado por dez juristas – dentro os quais merecem destaque Triboniano e Teófilo – que compilaram todas as fontes então existentes no direito romano antecedente, harmonizando-as com os costumes então vigentes⁵⁶.

De todo o texto do *Corpus Juris Civilis*, a parte que nos tem despertado maior interesse são as Institutas, obra didática composta em quatro volumes, na qual Justiniano nos apresenta, de forma mais clara, os comandos jurídicos mais expressivos de sua época. Pautadas nas Institutas gaianas, as Institutas de Justiniano avançaram na busca de uma maior harmonia entre as tradições e normas romanas e o Cristianismo, considerado religião oficial desde o governo de Constantino⁵⁷.

A influência cristã é claramente perceptível, tanto assim que consta do proêmio das Institutas, a inscrição *In Nomine Domini Nostri Jesu Christi* – Em Nome de Nosso Senhor Jesus Cristo. Isso não foi suficiente, porém, para sequer atenuar as desigualdades entre homens e mulheres – estas continuavam submetidas ao pátrio poder ou à *manus maritalis*, poder que os maridos e chefes de família exerciam sobre suas esposas – , escravos e, principalmente, entre filhos legítimos e ilegítimos.

Essa aparente contradição é, certamente, apenas mais uma decorrência do próprio helenismo que passou a determinar a doutrina cristã, com a ascendência de

⁵⁴ PESSÔA, Eduardo. **História do Direito Romano**, p. 19.

⁵⁵ O termo *Corpus Juris Civilis*, compilação formada por quatro livros – *Institutas*, *Pandectas*, *Digesta* e *Codex*, não foi cunhado por Justiniano, sendo creditada ao romanista francês Denis Godefroy, já no século XVI, que acabou por consagrá-la universalmente. In VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seu Legado**, p. 122-123.

⁵⁶ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e Seu Ressurgimento no Final da Idade Média**, p. 194-195.

⁵⁷ PESSÔA, Eduardo. **História do Direito Romano**, p. 81-82.

Paulo de Tarso a seu comando. Doutrinador com largo conhecimento das letras gregas, sobretudo das correntes estóicas, reacendeu no cristianismo muitos dos valores próprios da organização familiar da Grécia Antiga⁵⁸. Com efeito, a partir de Paulo, a regra moral, até então fundada nos comandos normativos constantes dos preceitos divinos revelados a Moisés ou emanados do Evangelho, passou a ter como fonte também a lei divina gravada no coração de todos os homens, inscrita na natureza de cada um⁵⁹, o que teve, como poderemos verificar mais adiante, uma grande influência na construção do modelo medieval e moderno da dignidade humana.

Outra influência da religiosidade consta do Livro I, das Institutas de Justiniano: “*A jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas; é a ciência do justo e do injusto*”. Ainda nesse sentido, dizia: “*A justiça é a vontade constante e perpétua que atribui a cada um o que é seu*”⁶⁰. Justiniano continuou reconhecendo a existência de um direito escrito ao lado de um direito não escrito, mas com a mesma contundência, reconhecido como natural e imutável, pautado por iluminação divina. Sendo assim, costume e lei encontravam-se em sua proposta de justiça.

Um aspecto bastante evidente do apego dos romanos aos costumes ficou comprovado durante a gestão de Tibério, o terceiro dos doze Césares. Com vistas a produzir uma reforma moral em certa localidade, Tibério, com sua austeridade peculiar, condenou à morte, por estrangulamento, um grande número de pessoas, entre as quais incluíam-se mulheres, idosos e crianças. Sua sentença foi devidamente

⁵⁸ A influência da formação grega em Paulo de Tarso pode ser conferida em todas as obras de sua lavra, mas principalmente nos Livros Romanos, escrito por Paulo por volta do ano 57 d.C., durante sua estada de três meses na Grécia, na cidade de Corinto, e Coríntios, tanto na Primeira Epístola, quanto na Segunda. Cf. **Bíblia de Estudo das Profecias**, p. 1.253 a 1.322.

⁵⁹ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, p. 111.

⁶⁰ JUSTINIANO, Flavius Petrus Sabbatius. **Institutas do Imperador Justiniano**, p. 21.

cumprida. Contudo, os carrascos enfrentaram certas dificuldades na execução das mulheres virgens, porque os usos e as tradições impediam que pessoas puras do sexo feminino fossem estranguladas. A fim de dar firme cumprimento às determinações do governante, os carrascos tiveram que, em primeiro lugar, violar as virgens para, finalmente, executá-las⁶¹.

Para Justiniano, no Título III de suas Institutas, denominado *Do Direito das Pessoas*, “todos os homens ou são livres ou são escravos”, apesar disso já parecer contraditório à natureza⁶². Também a sujeição de certas pessoas – mulheres, filhos e escravos – ao poder alheio nos aponta, nesse momento máximo do direito romano, que o personalismo dos antigos não era universal⁶³.

Importa ressaltar que esse texto de Justiniano, aliado às obras de Ulpiano e Gaio, estabeleceu o que seria, bem mais adiante no tempo, uma distinção problemática entre a aceção dos termos pessoa e sujeito de direito. É facilmente perceptível que Justiniano englobou os escravos na classe das pessoas, reconhecendo-lhes, ainda, como não poderia deixar de ser já naquele tempo, a condição humana. Contudo, não lhes atribui o *status* de sujeitos de direito, negando-lhes, portanto, aquilo que os modernos reconheceriam como capacidade jurídica. Em síntese apertada, podemos inferir que os escravos eram reconhecidos como pessoas, mas tratados como coisas, na medida em que faziam parte do patrimônio de outrem.

Não é razoável dizer que os antigos desenvolveram a idéia de personalidade jurídica de modo organizado, até porque o termo, como o conhecemos atualmente, é

⁶¹ SUETÔNIO. *A Vida dos Doze Césares*, p. 125.

⁶² Consta do parágrafo terceiro, do Título Terceiro das Institutas de Justiniano: “No que toca à escravidão, trata-se de uma instituição do direito das gentes mediante a qual alguém se acha, contra a natureza, sujeito ao poder de outrem”. In JUSTINIANO, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*, p. 25.

⁶³ É conveniente trazer a expressão de Paul Veyne: “Sendo um bem que se possui, um escravo é um inferior. E como essa inferioridade de um homem faz de outro homem seu proprietário, um chefe, esse amo, seguro de tal grandeza, a consagrará considerando natural a inferioridade de um escravo: um escravo é um sub-homem por destino e não por acidente; a escravidão antiga tem por analogia psicológica menos remota o racismo”. In ARIËS, Philippe & DUBY, Georges (org). *História da Vida Privada*, vol. 1, p. 62.

próprio do século XIX⁶⁴. Na antiguidade não havia sequer uma diferenciação clara entre direitos reais e direitos pessoais, noções que, no direito romano, só existiam na esfera processual: *actio in rem* e *actio in personam*.

Contudo, no âmbito obrigacional, os romanos desenvolveram evidentes concepções sobre o direito subjetivo, que figurava como uma das acepções do termo obrigação, que, por sua vez, também poderia significar a própria relação jurídica obrigacional, ou, ainda, certo dever jurídico de conteúdo econômico⁶⁵. No Digesto de Justiniano consta uma definição bastante clara de obrigação, enquanto compromisso pessoal: “um vínculo de direito que nos restringe a dar a outro alguma coisa, ou ainda, a fazer ou não fazer tal ou qual coisa”⁶⁶.

O tratamento oferecido às obrigações, que ali se confundiam com as relações de crédito, nos permite afirmar a existência de uma noção de sujeição dos homens a direitos e deveres, tudo o que, em uma análise final, acaba por nos convencer de que os antigos já operavam com o instituto da capacidade em moldes aproximados dos nossos.

Como vimos anteriormente, não são poucas as menções aos termos pessoa ou capacidade nas leis da antiguidade. Em todas essas situações, confirmamos um profundo comprometimento do direito antigo com o tratamento diferenciado entre os entes humanos.

Podemos inferir, pois, que, no direito romano, bem como em todo o direito da antiguidade, as idéias de pessoa e sujeito de direito não coincidiam porque a

⁶⁴ Nesse sentido, leciona San Tiago Dantas: “A palavra pessoa não tem, no Direito Romano, como os senhores provavelmente já sabem, um sentido tão identificado ao conceito de homem, como hoje em dia encontramos. No Direito Romano costumava-se dizer que o escravo não tinha a personalidade, faltava-lhe o *status libertatis* e, por conseguinte, ele não era uma *persona*. Mas, mesmo naquele tempo, a palavra aparece usada muitas vezes no sentido de homem. O próprio Gaio, ao dar a sua divisão das pessoas, divide-as em livres e escravas, e mostra que o conceito de pessoa para ele está identificado com o de homem”. In **Programa de Direito Civil**. Teoria Geral, p. 133.

⁶⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**, vol II, p. 1.

⁶⁶ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**, p. 24.

subjetividade jurídica reclamava, além do reconhecimento da personalidade, outras condições, a exemplo da liberdade^{67 68}.

1.3 A Dignidade Humana no Contexto Familiar da Antiguidade

O contexto familiar antigo constitui a própria base geradora do direito. Foi nos princípios que constituíram a família, conduzida por crenças religiosas e costumes sociais, que o fenômeno jurídico encontrou o berço de suas primeiras formulações⁶⁹. As famílias em Roma também foram reguladas por normas religiosas, que, por sua vez, refletiam a sua primitividade, estabelecendo regras acerca do casamento religioso, da autoridade paterna intangível na seara familiar, bem como da desigualdade sucessória entre irmãos e irmãs. Justamente a partir da família e de sua regulação originaram-se todas as demais instituições dos antigos, bem assim sua própria concepção de direito privado⁷⁰.

Da *Série Ana Ittishu*, lei mesopotâmica datada do século XX antes de Cristo, constava: “Se um pai diz a seu filho: tu não és mais meu filho, ele perde, como castigo, casa e muro”⁷¹. Com efeito, as boas relações familiares eram consideradas a

⁶⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana**, p. 42-43.

⁶⁸ É conveniente trazer a análise de Clóvis Beviláqua sobre o tema da personalidade e capacidade no direito romano: “Se o indivíduo reunia os três estados de *liberdade*, de *cidade* e de *família*, gozava da capacidade plena. Se lhe faltava algum desses estados, sofria uma restrição de capacidade (*capitis minutio*), a qual seria *máxima*, importando a perda de todos os direitos, no caso de o indivíduo não ter liberdade, *média*, no caso de ser estrangeiro, e *mínima* de não ser agnado de família. Estes três estados achavam-se, entre si, na seguinte relação: o de família dependia do de cidade e este do de liberdade, de modo que o indivíduo necessitava de ser livre para ter direitos de cidade e de família, e somente lhe eram assegurados os direitos ligados à agnação, se fosse romano”. In **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 127.

⁶⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **O Direito nas Sociedades Primitivas**, p.21.

⁷⁰ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**, *passim*.

⁷¹ In PEINADO, Federico Lara e GONZÁLEZ, Federico Lara. **Los Primeros Códigos de la Humanidad**, p.74, tradução nossa. Alerta o autor, quanto à referida norma: “*Hã sido muy discutido cuál és el sujeto de la frase. Los últimos estudios consideran que este pronombre se refiere ‘al padre’*”.

base da sociedade suméria, razão pela qual a regulação da família consta de inúmeras de suas leis. Ter filhos na antiguidade era muito importante, sendo considerado como uma necessidade. Nesse sentido, autorizava-se o abandono de mulheres tidas como inférteis por seus maridos⁷², com vistas a garantir aos homens a continuidade de sua família e existência.

Merece atenção a disposição constante do artigo 185, do Código de Hammurabi: “*Se um homem adotou uma criança desde o seu nascimento e a criou, essa criança adotada não poderá ser reclamada*”⁷³. Essa regra nos aponta a origem do que, atualmente, pode ser entendido como paternidade sócioafetiva. Contudo, não se pode inferir que o referido escolha tenha por fundamento o respeito às relações de afetividade familiares. A norma em questão tem como base apenas a atenção à *voluntas* do pai de família, aquele mesmo que detinha o poder de vida e de morte sobre os filhos, sendo autorizado, inclusive, a abandonar filhos adotivos.

Da mesma forma que a adoção era respeitada e considerada irrevogável, a vontade do chefe de família também alicerçava norma que, nos padrões atuais, seria considerada absolutamente contraditória. Consta do artigo 190, da mesma lei: “*Se um homem não incluiu entre seus filhos uma criança que ele adotou e criou, esse filho de criação voltará à casa de seu pai*”⁷⁴. Assim, percebemos que o bem protegido pela norma antiga não era o universo de afetos familiares, ou as relações entre pais e

⁷² Consta do Código de Hammurabi, em seu artigo 138: “Se um homem quer abandonar sua primeira esposa, que não lhe gerou filhos, dar-lhe-á prata correspondente, isto é, o preço que o pai do noivo pagou ao pai da noiva e restituir-lhe-á o dote que trouxe de seu pai. Só, então, poderá abandoná-la”. *In Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas*, p. 24.

⁷³ *In* PEINADO, Federico Lara e GONZÁLEZ, Federico Lara. *Los Primeros Códigos de la Humanidad*, p. 30.

⁷⁴ Convém trazer também as seguintes disposições do Código de Hammurabi: “Art. 187. O filho adotivo de um funcionário do palácio ou o filho adotivo de uma sacerdotisa não poderá ser reclamado”; “Art. 188. Se um artesão tomou uma criança como filho de criação e lhe ensinou o seu ofício, ele não poderá ser reclamado”; “Art. 189. Se ele não ensinou o seu ofício, esse filho de criação voltará à casa de seu pai”; “Art. 191. Se um homem, que adotou uma criança e a criou, constituiu um lar, em seguida teve filhos e resolveu despedir o filho de criação, esse filho não partirá de mãos vazias, seu pai de criação deverá dar-lhe de seus bens móveis um terço de sua parte na herança e ele partirá. Ele não dará nada de seu campo, pomar ou casa”. *In Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas*, p. 30-31.

filhos, mas apenas a vontade do homem, que se impunha nas questões relacionadas à família de modo tão rígido que chega a lembrar as figuras dos mosaicos bizantinos.

Na Índia Antiga, é perceptível o tratamento desigual entre os filhos. O filho mais velho era privilegiado, podendo, inclusive, tomar posse do patrimônio de seu pai em sua integralidade depois de sua morte⁷⁵. Esse tratamento diferenciado entre os filhos tidos como legítimos foi comum nos ordenamentos jurídicos até a Idade Média, assim como a discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, que já figurava de forma contundente nas primeiras leis da humanidade⁷⁶. Ademais, todos os filhos poderiam ser considerados parentes, mas não herdeiros. Os filhos ilegítimos, assim caracterizados em razão da condição de seus pais, não eram “considerados” filhos para certos e determinados efeitos. Como sabemos, essa forma de regular as relações de filiação figurou nos ordenamentos jurídicos ocidentais até um passado bem recente. Nosso Código Civil de 1916, por exemplo, trata os “filhos ilegítimos” como “filhos”, mas impede o reconhecimento de sua paternidade.

Para os hebreus, os pais, enquanto chefes de família, estavam obrigados a conduzir a educação de seus filhos, responsabilizando-se pelos atos dos mesmos. Nas palavras de Salomão: “Castiga o teu filho, enquanto há esperança, mas não te excedas a ponto de matá-lo”⁷⁷. O pai assumia tal obrigação não apenas em prol da coletividade, mas como forma de garantir seu próprio futuro e respeitabilidade

⁷⁵ Conforme disposições constantes do Código de Manu: “Art. 521. Depois da morte do pai e da mãe, que os irmãos, se tendo reunido, partilhem entre si igualmente os bens de seus pais, quando o irmão mais velho renuncia a seu direito; eles não são donos de tais bens durante a vida daquelas duas pessoas, salvo se o pai mesmo tenha preferido partilhar esses bens”; “Art. 522. Mas, o mais velho, quando ele é eminentemente virtuoso, pode tomar posse do patrimônio em sua totalidade; e os outros irmãos devem viver sob sua tutela, como viviam sob a do pai”. *In Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas*, p. 99.

⁷⁶ Vide artigo 576 do Código de Manu: “Art. 576. O filho de uma senhorita não casada e de uma desposada grávida, um filho comprado, o filho de uma mulher casada duas vezes, um filho que se der por sua própria vontade, e o filho de uma Sudra, são parentes todos os seis, mas não são herdeiros”. *In Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas*, p. 104-105.

⁷⁷ Provérbios, 19:18, *in Bíblia de Estudo das Profecias*, p.690. Nesse sentido, também Provérbios, 13:24: “O que retém a vara aborrece a seu filho, mas o que o ama, cedo, o disciplina”; e Provérbios 29:15: “A vara e a disciplina dão sabedoria, mas a criança entregue a si mesma vem a envergonhar a sua mãe. *In Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas*, p. 686 e 700, respectivamente.

social, principalmente porque o filho insensato e não educado era considerado uma desgraça para o pai⁷⁸.

Coerentes com a base da normatização da família na antiguidade, um misto de tradição e normatividade com fundamento religioso, o povo hebraico também não reconhecia direitos aos filhos havidos fora do casamento religioso, que tinha, então, ampla validade jurídica⁷⁹.

Na mesma medida, a Grécia valorou sobremaneira o tema da filiação, construindo normas também influenciadas pelo sentimento de religiosidade antigo, que estabelecia as regras atinentes ao matrimônio e à autoridade paterna⁸⁰. Para os gregos, os filhos estavam obrigados a zelar por seus pais e, assim como aconteceria também no direito romano, a honrá-los, tanto durante a vida como após a morte. Qualquer forma de negligência dos filhos para com seus pais era considerada totalmente reprovável⁸¹, sendo, ademais, tida e havida como coisa que desqualificava o cidadão para a assunção de cargo público⁸².

Por sua vez, o homem que tivesse filhos legítimos do sexo masculino já não mais poderia dispor livremente de sua propriedade por via de testamento, em razão do reconhecimento de direitos sucessórios aos filhos varões legítimos⁸³.

Ao mesmo tempo, era deferida ao pai total autoridade sobre os filhos⁸⁴, enquanto era dispensado tratamento diferenciado entre os descendentes de geração e

⁷⁸ Cf. in *Provérbios*, 19:13, in **Bíblia de Estudo das Profecias**, p.690.

⁷⁹ Conforme consta do Livro Deuteronômio, também de autoria mosaica, em seu Capítulo 23, versículo 2: “Nenhum bastardo entrará na Assembléia do Senhor; nem ainda a sua décima geração entrará nela”, in **Bíblia de Estudo das Profecias**, p.209.

⁸⁰ NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. **A Instituição da Família na Cidade Antiga**, p. 96.

⁸¹ Vd. PLATÃO. **As Leis**, p. 460.

⁸² Conforme Lei de Delfos, datada dos fins do século IV a.C. In ARNAOUTOGLOU, Ilias. **Leis da Grécia Antiga**, p. 29.

⁸³ Disposição constante de Lei sobre Testamentos ateniense, datada do início do século VI a.C., mencionada no contexto de longa disputa judicial. In ARNAOUTOGLOU, Ilias. **Leis da Grécia Antiga**, p. 1.

⁸⁴ Norma Cretense, datada de período compreendido entre 480 e 460 a.C. In ARNAOUTOGLOU, Ilias. **Leis da Grécia Antiga**, p. 4.

os filhos adotivos que, apesar de terem os mesmos deveres dos filhos biológicos, sucediam o adotante de forma diferida⁸⁵.

Na Roma Antiga, a família era tutelada como entidade inerente à conformação social. Assim sendo, uma vez que a civilização romana era patriarcal, o poder familiar era exercido pelo *pater familias*, a quem incumbia não só dirigir os caminhos de sua célula de convivência, como também dirimir os conflitos existentes na mesma⁸⁶. O princípio básico de toda a organização política romana estava assentado na idéia de autoridade, exercida primordialmente pelo *pater familias*, que agia tanto na condição de chefe político, como magistrado e sacerdote⁸⁷.

São diversos os significados do termo família em Roma. Tanto poderia definir o conjunto de pessoas que descendiam de um tronco ancestral comum, correspondendo à *gens* romana ou à *genos* dos gregos, como aplicar-se a uma esfera mais limitada de parentes, ou, ainda, ao grupo de parentes reunidos aos entes que se encontrassem sob a autoridade de seu chefe, como os escravos. Também é comum que a concepção de família envolvesse, além de pessoas, o acervo de seus bens⁸⁸, assim como de tudo que fosse necessário à sua manutenção.

A filiação era questão de grande interesse para os romanos, por estarem convencidos de que, deixando filhos varões, tornar-se-iam felizes na imortalidade,

⁸⁵ De acordo com lei cretense, também datada de período compreendido entre 480 e 460 a.C. In ARNAOUTOGLU, Ilias. **Leis da Grécia Antiga**, p.16. Diz o autor: “A adoção era muito difundida na Antiguidade, especialmente em Atenas, onde um moribundo podia adotar a fim de evitar a extinção de seu *ôikos*. Todavia, em Gortina, a adoção não parece desempenhar um papel tão eminente, embora aí o adotado tenha deveres análogos aos de sua contraparte ateniense. A adoção, assim como a rejeição do adotado, davam-se em público. O filho adotivo tinha os mesmos deveres que os filhos naturais (especialmente deveres rituais e religiosos), mas não tinha os mesmos direitos de herança; o filho adotivo só fazia jus à metade da parcela da propriedade paterna devida a um filho natural. De qualquer modo, a posição dos filhos adotados permaneceu precária na estrutura familiar”, p. 16.

⁸⁶ Cf. COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**, *passim*.

⁸⁷ NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. **A Instituição da Família na Cidade Antiga**, p. 96. Afirma também a autora: “O *pater familias*, tendo poderes ilimitados sobre a sua descendência e todos aqueles que estivessem sob a sua responsabilidade, exercia autoridade suprema, dispondo livremente de suas vidas e patrimônio. A mulher da família antiga lhe era totalmente dependente e seus filhos jamais alcançavam a maioridade, que não era concedida pela religião”, p. 110.

⁸⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**, p. 29.

⁸⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**, p. 29.

com a garantia de continuidade nas honrarias de seus antepassados e de si mesmos, que seriam prestadas por seus descendentes⁸⁹.

Já no texto da Lei das XII Tábuas, o tema do pátrio poder aparece de forma clara e precisa. Na Tábua Quarta da *Lex*, deferia-se ao pai o poder de vida e de morte sobre seus filhos, bem como a possibilidade de vendê-los. Bem assim, há, ao final dessa parte da lei, uma disposição em que se opera, de forma pioneira, a primeira fórmula legislada de presunção de paternidade: “*Se um filho póstumo nasceu no décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado legítimo*”⁹⁰. Essa norma, redigida séculos antes da era cristã, estabelecia claramente a presunção de filiação dos filhos da mulher casada, que recairia sobre seu marido, tal como ocorre até os dias atuais. Surge, aqui, de forma pioneira, a noção de filiação jurídica, assentada em presunção legal, que nos será bastante cara no desenvolvimento do direito de família contemporâneo.

Não podemos negar o reconhecimento dos antigos às práticas de eugenia, em um plano de exacerbado poder deferido ao *pater familias*. Ademais, o nascimento de filho em Roma não pode ser considerado um evento puramente biológico, porquanto o pai detinha a faculdade jurídica de recepcioná-lo, ou não, no seio da sociedade, de reconhecê-lo ou não como filho⁹¹.

Nas Institutas de Gaio, notamos um tratamento tradicional das questões referentes à família. Constan de seu texto disposições sobre o pátrio poder, ainda

⁸⁹ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**, p. 35.

⁹⁰ **In Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas**, p. 126. Vale trazer o texto completo da Tábua Quarta da Lei das XII Tábuas: “1. É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos; 2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los; 3. Se o pai vendeu o filho 3 vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno; 4. Se um filho póstumo nasceu no décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado legítimo”.

⁹¹ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seu Legado**, p. 114.

deferido de forma praticamente absoluta ao chefe da família⁹², outras a respeito da legitimidade dos filhos decorrentes de matrimônio reconhecido juridicamente e, também, regulações, mesmo que esparsas, sobre o tema da adoção⁹³. O que sobreleva notar nesse texto é a continuidade do espírito romano com relação ao tema da filiação. Aparece, mais uma vez, a presunção de paternidade incidente sobre os filhos da mulher casada. Essa presunção estava menos assentada nos vínculos de sangue que uniam a criança ao pai e mais aproximada da necessidade de afirmar, com segurança, ao marido que os filhos de sua esposa eram também seus. Essa preocupação tinha por base a manutenção da estabilidade familiar, notadamente com relação ao patrimônio de seus membros.

Desde os tempos mais distantes, até o período de sistematização de suas normas, Roma não teve nem o biologismo – conhecido, então, como *geração* –, nem a afetividade como fundamento das relações entre os pais e seus filhos.

Na base da regulação da família romana não encontramos o afeto natural ou as relações de consangüinidade, mas a segurança das relações familiares e a vontade do pai de família, definida como *potestas* majestática⁹⁴, que tinha, como mencionado anteriormente, poder de vida e de morte sobre seus filhos, bem como a possibilidade de trazer para o íntimo de sua família um filho por adoção⁹⁵.

É conveniente lembrar que somente os homens podiam adotar filhos ou netos em Roma, negando-se essa prerrogativa às mulheres, porque estas não podiam exercer sequer o pátrio poder sobre seus próprios filhos⁹⁶.

⁹² Dispõe o jurista: “Também estão sob nosso poder os nossos filhos, que geramos, por justas núpcias, o que é um direito próprio dos cidadãos romanos, porque quase não há nenhum outro tipo de homem que tenha sobre os filhos poder tão grande quanto o que nós temos”. In GAIO. **Institutas do Jurisconsulto Gaio**, p. 46.

⁹³ Conforme o texto das Institutas: “Não só os filhos naturais, conforme nós o dissemos, estão, porém, sob nosso poder, como também os filhos adotados”. In GAIO. **Institutas do Jurisconsulto Gaio**, p. 55.

⁹⁴ Sobre o uso dessa expressão, vide MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**, vol II, p. 247.

⁹⁵ Cf. COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**, p. 29.

⁹⁶ Como nos apontou Ulpiano, com base na disposição constante da Gaio 1, 104, “As mulheres de nenhum modo podem adotar; pois nem seus filhos estão sob seu poder”. In ULPIANO. **Regras de Ulpiano**, p. 50.

As Institutas de Justiniano traduzem, com certa fidelidade, todos os aspectos marcantes do direito de família romano antecedente. Somente são reconhecidos legítimos e, portanto, de acordo com a época, titulares dos direitos próprios da filiação, os filhos procriados em justas núpcias. Mais uma vez, resta reconhecido que em nenhum outro lugar existia poder equivalente ao exercido pelos pais, com relação a seus filhos, como o poder de que dispunham os cidadãos romanos. Ocorreu, entretanto, uma certa atenuação do pátrio poder, porque restou firmado, na oportunidade, o “princípio de que aquilo que o filho ou a filha adquirem o fazem para si”, revogando, parcialmente, os plenos poderes que o *pater familias* tinha sobre os bens de seus filhos⁹⁷. Outrossim, as adoções continuavam a ser entendidas como mecanismos de instituição da paternidade, em atendimento à vontade expressa do *pater familias*, ocorrendo, apenas, uma simplificação nos procedimentos que lhes eram atinentes⁹⁸.

Essa noção patriarcal do direito de família resistiu a séculos de história, principalmente porque fundamentou a estruturação da tutela familiar na ambiência da legislação canônica, que veio a espalhar-se por praticamente todo o mundo contemporâneo. Como prova dessa influência, trazemos o conceito de família de Carvalho Santos, elaborado em meados do século XX:

família é um grupo de pessoas composto de pais e filhos, apresentando uma certa unidade de relações jurídicas, tendo uma comunidade de nome, domicílio e nacionalidade e fortemente unido pela identidade de interesses e fins morais e materiais, monarquicamente organizados sob a autoridade dum chefe⁹⁹.

Outra consequência da influência do Cristianismo, interpretado à luz daquelas circunstâncias, foi o combate que instalado na legislação romana contra o

⁹⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**, vol II, p. 253.

⁹⁸ *Vide*, nas Institutas de Justiniano, os Títulos IX a XI. In JUSTINIANO, Flavius Petrus Sabbatius. **Institutas do Imperador Justiniano**, p. 31-37.

⁹⁹ CARVALHO SANTOS, J. M. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, vol.IV, p. 9.

concubinato, que passou a ser entendido como forma indigna de união entre homens e mulheres¹⁰⁰. Outrossim, a condição dos filhos nascidos fora do casamento também resultou agravada, passando a ser adjetivados como filhos ilegítimos ou naturais.

Devemos ratificar que a família patriarcal, um dos traços mais marcantes da civilização antiga, tinha por base o domínio da vontade do homem, sendo sua finalidade a geração de filhos de paternidade incontestável, em razão das conseqüências patrimoniais que as relações de filiação envolviam. É subjacente nesse modo de normatização da família a preocupação com a ordem patrimonial, contraditória, portanto, com as causas naturais de envolvimento familiar¹⁰¹. Daí o apego dos romanos às presunções em matéria de família, o que parece ser uma verdadeira herança genética legada aos povos do ocidente.

1.4 Natureza e Convenção no Personalismo e na Dignificação do Homem – os primórdios da concepção de direito subjetivo

Não podemos negar que a principal fonte criadora do direito, desde tempos imemoriais, foi o costume, sobretudo nas sociedades primitivas, nas quais “constituía poderosa força disciplinadora da vida social”¹⁰². No entanto, somente a partir do momento em que os gregos passaram a exigir leis escritas, estabeleceu-se, no plano jurídico, a noção, ainda que precária, de direito subjetivo. Como forma de reagir à arbitrariedade com que os nobres exercitavam a jurisdição, já tivemos oportunidade de inferir que os gregos reclamaram a existência de normas claras, que

¹⁰⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**, vol. II, p. 263.

¹⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Relações de Família**, p. 64.

¹⁰² MEIRA, Silvio A. B. **A Lei das XII Tábuas**, p. 28.

estabelecessem seus direitos e, por via de consequência, seus deveres, opondo-se claramente à doutrina aristocrática preponderante em sua sociedade¹⁰³. Podemos concluir, desse modo, que, na antiguidade, a idéia de direito subjetivo estava intimamente ligada à idéia de liberdade (*status libertatis*) que os antigos construíram¹⁰⁴.

A construção dessas leis significa a existência de “deveres para cada um e o que cada um pode exigir, e, por isso, significa o próprio princípio que garante essa existência e no qual se poderá apoiar quem for prejudicado”¹⁰⁵. Tratava-se, evidentemente, da busca de um direito igualitário, da “luta pela submissão da vida e da ação a normas ideais rigorosas e justas”¹⁰⁶, traduzidas em preceitos e proposições claras, apesar de não haver, ainda, qualquer tendência à aplicação universal dessas normas no sentido de englobar, em tais comandos e de forma isonômica, por exemplo, as mulheres e os escravos.

Devemos lembrar que as leis da Grécia foram submetidas, todas elas, a um sistema de análise e interpretação fundado nas estruturas do pensamento de Platão e Aristóteles. Cuidava-se, conseqüentemente, de um universo de arquétipos eternos, o próprio objeto da metafísica, inicialmente transcendente a todas as coisas e, depois, imanente às mesmas. De qualquer sorte, o homem havia sido afastado do fundamento das normas e da filosofia, que permaneceram ligadas à divindade e à natureza¹⁰⁷. Justamente nesse ambiente, foi construída a primeira noção de dignidade humana,

¹⁰³ SOUZA, Raquel de. **O Direito Grego Antigo**, p. 70.

¹⁰⁴ CORTIANO JÚNIOR, Eroulth. **Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade**, p. 47.

¹⁰⁵ JAEGER, Werner. **Paidéia – A Formação do Homem Grego**, p. 135.

¹⁰⁶ JAEGER, Werner. **Paidéia – A Formação do Homem Grego**, p. 149.

¹⁰⁷ MARITAIN, Jacques. **A Filosofia da Natureza**, p. 19. Em outro momento, o autor afirma: “Podemos dizer, assim, que o olhar da inteligência caiu primeiramente sobre o fluxo sensível, que não se envolveu nele, mas que a inteligência reportou-se ao mundo das essências separadas das coisas, ao mundo dos arquétipos eternos e chegou, assim, ao que se pode chamar de uma *metafísica do extra-real*. Trata-se de objetos de ciência, de objetos de saber – e do saber supremo – não só extraídos mas essencialmente separados de toda a realidade e situados em um mundo diferente daquele das coisas”, p. 17.

como tivemos a oportunidade de dizer anteriormente. Segundo Platão, a idéia de dignidade estava agregada à formação espiritual do homem, através da qual ele poderia elevar-se até a mais alta perfeição. A esse caminho que devia ser trilhado pelos homens, Platão chamou de “semelhança com Deus”¹⁰⁸.

Apesar de intuïrem noções interessantes acerca da dignidade do homem, os antigos continuaram envolvidos em situações que a nós, na contemporaneidade, parecem contraditórias e inexplicáveis. Há inequívoca contradição, por exemplo, no Texto de Justiniano, feito em nome de Cristo, ao dedicar-se a estipular normas sobre a condição dos escravos. Não são poucos os estudiosos que, como Diderot, nos alertam que, em tempos tais, “os homens que se distinguiam pelas mais surpreendentes ações sujeitavam-se aos mais grosseiros preconceitos”¹⁰⁹. Também os gregos, que foram revisitados em inúmeras situações, sempre percebidos como equilibrados, harmoniosos e racionais, perderam esse trato complacente. Ao longo do século XX, pode-se dizer que, mais uma vez, a Grécia voltou à tona, mas fica bem claro que, desta feita, esta foi “vista mais como uma explosiva fusão do sublime e do sórdido, do humano e do animal, da luz e da escuridão”¹¹⁰.

Do latim *dignitas*, dignidade significa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima¹¹¹. Concebida, inicialmente, em uma feição puramente metafísica, a dignidade já figurava como preocupação filosófica no século V antes da era cristã.

Acreditamos, entretanto, que a questão da natureza humana e sua dignificação, portanto, são bem anteriores. Com a descoberta da morte, o homem passou a ter idéias que o conduziram a perquirir acerca de fenômenos

¹⁰⁸ REALE, Giovanni. **O Saber dos Antigos**, p. 248.

¹⁰⁹ DIDEROT, Denis. **Não Há Felicidade sem Virtude**, p.11.

¹¹⁰ TAPLIN, Oliver. **Fogo Grego**, p. 25.

¹¹¹ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**, p. 14-16.

sobrenaturais¹¹², o que tornou necessários, por sua vez, questionamentos sobre a condição humana, agregando-se-lhe um valor, que depois seria caracterizado como a dignidade.

Nas Institutas de Gaio, consta que os filhos passariam à condição de *sui iuris*, sujeitos de direitos, depois de saírem do pátrio poder. Contudo, isso somente ocorria através de complexos mecanismos de emancipação ou após a morte do pai. Assim, o chefe de família persistia sendo, por excelência, o único sujeito de direitos pleno da antiguidade clássica¹¹³. Apesar da norma mencionar a mulher como titular de direitos subjetivos¹¹⁴, na prática ela estava totalmente incapacitada para exercê-los. Não obstante, este é um dado valioso para que possamos perceber que, já na Roma Antiga, a capacidade era um atributo específico dos sujeitos de direito e não apenas da personalidade, como passaria a ocorrer no desenvolvimento do direito europeu.

Por sua vez, no fundamento da convenção sobre o personalismo dos antigos, está uma evidente dissociação entre o público e o privado. Apesar da plenitude da personalidade somente poder ser compreendida, na antiguidade, dentro do Estado e pelo Estado, porque somente o homem considerado cidadão poderia exercer a liberdade individual naquele cenário¹¹⁵, não devemos concluir que os contornos do instituto da personalidade de então estavam ligados a uma proposta tipicamente publicista do direito.

A estrutura jurídico-romana estava, de fato, fundada na dicotomia direito público/direito privado, como meio de garantir, a um só tempo, a efetivação do

¹¹² COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**, p. 18.

¹¹³ ULPIANO. **Regras de Ulpiano**, p. 51.

¹¹⁴ Como ressalta Ulpiano, “São *sui iuris* os chefes de família, i.e., o pai e a mãe de família”. ULPIANO. **Regras de Ulpiano**, p. 38.

¹¹⁵ NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. **A Instituição da Família em A Cidade Antiga**, p. 111.

autoritário poder político de seus governantes, e a funcionalidade da autonomia e da liberdade dos agentes da economia privada¹¹⁶.

Essa característica do direito romano impôs-se na posteridade, alcançando todos os sistemas jurídicos do tronco latino. De tempos em tempos, as tensões resultantes dessa divisão se impõem no tratamento de graves questões do direito contemporâneo. O tratamento da dignidade humana, dos institutos da capacidade e personalidade, nos dias atuais, não foge a esse modelo antigo, inaugurado pelos romanos. Tem sido bastante difícil, na atualidade, confrontar as questões que envolvem interesses anteriormente situados em lados opostos, que passaram a reclamar um diálogo entre as fontes voltadas ao tratamento das questões tidas como públicas e aquelas reconhecidas como preponderantemente privadas.

No campo do direito obrigacional, a contribuição do direito romano para a construção da idéia de direito subjetivo é clara e inequívoca. Ao substituírem a responsabilização pessoal e corporal dos devedores, que seriam doravante chamados de sujeitos passivos, pela responsabilidade patrimonial, deferindo aos credores – sujeitos ativos modernamente – a faculdade jurídica de perseguir um crédito, os romanos transformaram o vínculo das partes obrigacionais de material – posto que o devedor respondia com seu próprio corpo – em jurídico, construindo as bases do que se pode entender, até a atualidade, como direito subjetivo ao exercício de uma determinada faculdade jurídica.

O marco dessa transformação está presente na *Lex Poetelia Papiria*, datada do século IV a.C.¹¹⁷ Os comentadores do século XIV, por sua vez, sistematizaram tais preceitos jurídicos romanos, o que propiciou a criação de uma das mais

¹¹⁶ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e seu Ressurgimento no Final da Idade Média**, p. 213.

¹¹⁷ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seu Legado**, p. 137.

importantes categorias da dogmática civilística: o negócio jurídico¹¹⁸, no qual a concepção de direito subjetivo desenvolveu-se notavelmente.

Os negócios jurídicos colocavam os partícipes das relações obrigacionais em situações jurídicas que representavam o desenvolvimento máximo da autonomia da vontade privada. Não apenas a sua criação reclamava um ato de vontade, mas também a própria conformação de seus efeitos¹¹⁹. Essa construção jurídica, fundada na vontade, conduziu o homem ao centro das relações jurídicas, na condição de titular de direitos e deveres, pois é no campo do direito das obrigações que a idéia de relação jurídica está mais aparente¹²⁰. Mesmo na moderna compreensão do Direito, temos que os direitos subjetivos, que desempenham um papel central na temática jurídica, “estabelecem os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente a sua vontade e definem liberdades de ações iguais para todos os indivíduos ou sujeitos de direito tidos como portadores de direito”¹²¹. Encontramos aí um dos inúmeros reflexos dos preceitos romanos, que vincularam a idéia de vontade aos direitos subjetivos.

A partir dos romanos, acostumamo-nos a conviver com uma idéia abstrata de prerrogativas jurídicas, sendo esse o ponto fundamental para a própria compreensão da idéia de direitos subjetivos. Pautadas pela própria convenção dos antigos acerca do personalismo, essas idéias abstratas de faculdades jurídicas empreenderam uma estruturação bem interessante do significado que os institutos da personalidade, da capacidade e da dignidade teriam em tempos posteriores.

¹¹⁸ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e Seu Ressurgimento no Final da Idade Média**, p. 214.

¹¹⁹ ROUBIER, Paul. **Droits Subjectifs et Situations Juridiques**, p. 61.

¹²⁰ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**, tomo I, p. 121.

¹²¹ COSTA, Reginaldo da. **Discurso, Direito e Democracia em Habermas**, p. 37.

1.5 Natureza Humana ou Convenção sobre a Dignidade Humana na Idade Média?

O pensamento humano na Idade Média tem uma lógica subjacente profundamente grega. Apesar de ser envolvida por toda sorte de generalidades, a vibração do gênio grego impôs-se aos pensadores da posteridade, tanto medievais como modernos, por ser ordenado por uma pluralidade de conceitos reputados como atemporais¹²², dentre os quais, a concepção de dignidade humana.

No medievo, destacam-se os trabalhos do italiano Giovanni Pico Della Mirandola e do espanhol Francisco de Vitória. Aquele, ainda no século XV, escreveu o mais conhecido escrito acerca da dignidade humana, inaugurando o movimento renascentista, intitulado *Oratio de Hominis Dignitate* (Discurso sobre a Dignidade do Homem), no qual afirmava não conhecer nada mais admirável que o homem, entendido como o ser mais digno da criação divina, colocado no centro do universo¹²³. Francisco de Vitória, no século XVI, vivendo uma realidade inegavelmente escravagista, sustentou que os índios seriam seres humanos, em princípio livres e iguais¹²⁴.

Giovanni Pico Della Mirandola entendia que a questão da dignidade somente poderia ser compreendida a partir de três premissas: ela é um problema ligado à liberdade do homem, sendo, por isso mesmo, um problema da razão e, por fim, um

¹²² TARNAS, Richard. *A Epopéia do Pensamento Ocidental*, p. 18.

¹²³ Em passagem de sua obra, Pico assevera: “Finalmente, pareceu-me ter compreendido por que razão é o homem o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda admiração, e qual enfim, a condição que lhe coube em sorte na ordem universal, invejável não só pelas bestas, mas também pelos astros e até pelos espíritos supra-mundanos. Coisa inacreditável e maravilhosa. E, como não? Já que precisamente por isso o homem é dito e considerado justamente um grande milagre e um ser animado, sem dúvida digno de ser admirado”. *In Discurso sobre a Dignidade do Homem*, p. 50-51.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p. 31.

problema de ser, que implicaria tanto uma consideração dialética, como uma análise ética e metafísica¹²⁵.

A partir da Idade Média, temos clara a força semântica de inúmeros termos cunhados na antiguidade, que resistirão ao embate dos séculos. Como Sêneca já nos alertava, é perigoso “ignorar o significado corrente e vulgar das palavras”¹²⁶. E nas situações em que tais palavras migram para textos legislativos, tal perigo torna-se ainda maior, sobretudo quando aliado ao formalismo com que o direito foi revestido ao longo das Idades Antiga e Medieval. Nesse sentido, devemos lembrar que o significado atribuído à dignidade, na Idade Média, nos foi legado, sem grandes modificações, com notável carga de naturalismo e íntima relação com as idéias de liberdade dos antigos.

A recepção do direito romano na Idade Média, que ocorreu a partir do final do século XII, após duzentos anos de quase total ostracismo¹²⁷, contribuiu para a sistematização da produção jurídica de então, que, apesar de estar assentada em uma lógica abstrata, era pautada por indução e empirismo. Ao tempo em que foi assumida a instrução jurídica romana, em si notadamente casuística, paradoxalmente o direito ocidental adquiriu um caráter dedutivo, caracterizando-se pela abstração e universalidade, consorciadas com a formalidade própria dos romanos. Tudo isso viria a fundamentar a própria concepção de dogmática jurídica que nos acompanha até os tempos atuais¹²⁸.

¹²⁵ GANHÓ, Maria de Lurdes Sirgado. **Acerca do Pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola**, p. 26.

¹²⁶ In SÊNECA. **A Vida Feliz**, p.16.

¹²⁷ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e Seu Ressurgimento no Final da Idade Média**, p.197.

¹²⁸ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seu Legado**, p. 146. Continua o autor: “Desta forma, as produções jurídicas ocasionais e concretas dos juristas romanos (direito casuístico), retiradas da interpretação de jurisconsultos (*responsa prudentium*), aplicadas de forma indutiva e empírica, são efetivadas através da perda de seu caráter concreto e contextual da prática dos antigos romanos e transformadas em postulados jurídicos que serão aplicados dedutivamente, caracterizando a passagem do indutivismo empirista para o dedutivismo”, p. 146-147.

Nesse período, a ciência do direito, delineada na antiguidade romana, sobremaneira nos textos que passaram à posteridade como clássicos, desenvolveu-se em produções pouco organizadas, mas pautadas por referências muito bem definidas: “autores tidos como autoridades, os temas recorrentes, as soluções guardadas como canônicas”¹²⁹.

Também a doutrina cristã, realizada pela Igreja Católica a partir do direito romano, em um processo conhecido por *antiguidade tardia*¹³⁰, teve grande importância no tratamento medieval da dignidade, apesar da absoluta falta de sincronia entre o discurso e a prática dos religiosos cristãos desse período. De fato, é inequívoco que as noções jurídicas sobre a dignidade do homem encontraram na doutrina e pensamento cristãos um marco fundamental, tido, entre alguns doutrinadores, como “verdadeiro e decisivo divisor de águas”¹³¹.

Emerge, mais uma vez, a concepção jusnaturalista da dignidade, centrada no encontro do direito clássico justiniano com a teoria jurídica e política de Aristóteles, realizada notavelmente por São Tomás de Aquino¹³², que perdurou por outros quatro séculos, tendo seu apogeu no século XVIII, donde remontam os primórdios do movimento constitucionalista moderno¹³³. É preciso lembrar que o direito canônico foi o único complexo jurídico escrito e uniforme – porque sua interpretação era privativa do Chefe da Igreja Católica, o Papa – e, sem dúvidas, com perspectivas universais, em grande parte da Idade Média¹³⁴. Ademais, notamos na

¹²⁹ SALDANHA, Nelson. **Sobre o “Direito Civil Constitucional”** (Notas sobre a Crise do Classicismo Jurídico), p. 188.

¹³⁰ Sobre a utilização do termo *antiguidade tardia* no contexto ora exposto, vide WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, primeira parte, p. 15-96.

¹³¹ ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja**, p. 14.

¹³² WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, p. 24.

¹³³ Cf. BLOCH, Ernest. **Natural Law and Human Dignity**, p. 25-27.

¹³⁴ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e Seu Ressurgimento no Final da Idade Média**, p. 197. Assevera, ainda, o autor: “A jurisprudência romana subsistiu de certa forma através do direito

Idade Média um amálgama de leis e comandos normativos, totalmente assistemáticos, razão pela qual a organização do direito eclesiástico o tornou absolutamente bem vindo, por vezes até necessário, possibilitando o monopólio da Igreja na produção intelectual e jurídica daquela época. Ao mesmo tempo, impõe-se lembrar que a cristandade também foi notável por estabelecer, desde o início, um conceito de direito, atrelando-o à própria noção de ética cristã¹³⁵.

Assim, a jurisdição canônica passou a ser reconhecida como competente para julgar praticamente todos os casos relativos à pessoa e à família, com a conseqüente imposição dos cânones, regras jurídicas sagradas, como que verdades reveladas por Deus e, portanto, inafastáveis e inquestionáveis. Qualquer crítica aos postulados da Igreja passou a ser compreendida como verdadeiro crime de lesa-majestade, como podemos verificar nos episódios inquisitoriais, reveladores de uma aflitiva construção da verdade¹³⁶. Formava-se, dessa forma, um cerco que iria abarcar a própria noção de dignidade humana.

Na formulação dos postulados da Igreja, por doutrinadores eminentes como Santo Agostinho, Santo Ambrósio e São João Crisóstomo, o sentimento de justiça revelava, nos moldes da filosofia grega, o mesmo teor de virtude universal, condensada, porém, no amor a Deus¹³⁷.

Com Santo Agostinho, todo o direito positivo passou a ter uma relação ancilar com os valores religiosos sobrenaturais, através da identificação da

eclesiástico, uma vez que a igreja desenvolveu-se à sombra do antigo Império Romano, não podendo furtar-se à sua influência”, p. 197.

¹³⁵ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, p. 17-18. Para o autor, “a Igreja era a força espiritual de longe mais importante; era, ao mesmo tempo, a mais coerente e a mais extensa organização social da Idade Média, em termos gerais”, p. 67.

¹³⁶ SANTOS, Rogério Dutra dos. **A Institucionalização da Dogmática Jurídico-Canônica Medieval**, p. 227-232. Nesse sentido, argumenta: “O direito canônico nasce como discurso que exclui a cultura e o diferente quando se autodenomina único e natural através do processo de canonização das interpretações e, principalmente, quando, sob esse pretexto, funda e pune o comportamento herético e também quando especifica as práticas de excomunhão e penitência”, p. 235.

¹³⁷ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**, p. 92.

comunidade jurídica romana com a idéia da cidade divina¹³⁸. Tomás de Aquino relativizou esse absolutismo inicial, admitindo que o homem, por meio de seu raciocínio, poderia ter uma participação mais ativa no processo das leis da natureza, estando autorizado, por sua própria condição, a conhecer algumas das intenções de Deus.

A doutrina tomista teve fundamental importância no desenvolvimento e aceitação do direito canônico medieval. Seu idealizador enfrentou um tema bastante caro à época: a contradição entre a fé e a razão, delimitando-as em campos distintos, mas reunindo-as em um mesmo propósito, comum a todos, especialmente no universo jurídico, que era a busca da verdade. Nesse aspecto, razão e fé estariam unidas, sendo, ainda, complementares, mui especialmente naquelas situações em que, segundo Tomás de Aquino, existiam verdades divinas que superavam integralmente as forças da razão humana. Essa construção filosófica, além de sofisticada e bastante eficiente com relação às finalidades eclesiásticas, estabeleceu uma reunião entre a razão secular e a razão religiosa¹³⁹. A teologia tomista, por fim, libertou os juristas europeus da submissão, ao menos direta, às fontes bíblicas¹⁴⁰.

A Igreja Católica, através de seu direito canônico, deixou, ao direito ocidental moderno, um legado de extrema relevância, a saber, a dogmática, que servia como discurso legitimador da imposição da verdade fundada em um saber inquestionável, que acabou utilizada indiscriminadamente como instrumento de disciplina e sujeição teórica e social nas civilizações posteriores¹⁴¹. Outra

¹³⁸ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, p. 18.

¹³⁹ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e Seu Ressurgimento no Final da Idade Média**, p. 207-208.

¹⁴⁰ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, p. 117.

¹⁴¹ SANTOS, Rogério Dutra dos. **A Institucionalização da Dogmática Jurídico-Canônica Medieval**, p. 217-219. Nas palavras do autor: “O direito derivado da Igreja servirá, desse modo, para a sedimentação do poder institucional através de fundamentações racionais na interpretação da verdade. A razão será o instrumento total que permitirá à prática jurídica subjugar tanto os direitos paralelos, existentes na diferença – porque espontâneos

contribuição a ser destacada é a noção de estabilidade, própria dos sistemas jurídicos nos quais a religião prepondera¹⁴². Não podemos negar, também, o papel desempenhado pela Igreja na substituição da ordem autoritária do absolutismo colhido, nos moldes do direito romano, pela noção de direitos invioláveis dos homens, que deveriam ser considerados em uma esfera de liberdade multifacetada¹⁴³.

Nesse ambiente pautado pela filosofia tomista, podemos inferir que a chamada “nova” lei divina, agregada à razão, tornava os homens livres. Essa noção está na base da própria idéia de *direitos naturais do indivíduo* ou, como veremos mais adiante, dos direitos subjetivos, que, portanto, agregariam a si mais essa carga de naturalismo¹⁴⁴.

Essa idéia seria considerada preciosa em um momento posterior, quando da sistematização dos chamados direitos e garantias do homem, ainda que, desta feita, sua elaboração fosse pensada de forma laicizada. Assim como a conhecida e profana moral Kantiana, que teve nítida influência nas concepções moderna e contemporânea de dignidade humana, estava assentada em regra constante do Evangelho – “*Não farás a outrem aquilo que não queres que te façam*” –, também “a razão subjetiva moderna, transformada em princípio da moral laica dos mestres-escolas, é fruto da moral cristã-estóica”¹⁴⁵.

No Brasil, a doutrina da cristandade foi positivada quando nos foi aplicada a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, que determinava a utilização dos direitos divinos e das regras morais do Cristianismo como instrumento de integração das

e fragmentados-, quanto qualquer tipo de contestação expressa em interpretações incompetentes porque contra-hegemônicas e descentralizadoras do poder político-jurídico”, p. 222.

¹⁴² PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, p. 24.

¹⁴³ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, p. 21.

¹⁴⁴ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, p. 302.

¹⁴⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, p. 113. Nessa ordem, afirma: “Esta é a herança do antigo imperialismo clerical. De nossa cultura sacra vieram a *absorção do direito na lei*, durante muito tempo concebida a partir do modelo da Torá divina, diretora das ações humanas – e o hábito de definir o direito como um conjunto de regras de conduta”, p. 113.

lacunas existentes nas Ordenações¹⁴⁶. Outras fontes a ser empregadas para a solução dos conflitos, referidas pela Lei da Boa Razão, eram o direito romano e o direito comparado dos chamados países cultos. Por essa forma, operou-se uma clara tentativa de abertura em nosso sistema jurídico, “verdadeira revolução, posto que permitia sair da vetusta, anacrônica, anárquica e confusa legislação condensada nas Ordenações Filipinas, que reproduzia o direito da Idade Média”¹⁴⁷. Entretanto, talvez por representar uma tendência de maior flexibilização do direito, a Lei da Boa Razão teve pequena repercussão no cenário jurídico pátrio.

Nossa condição de colonizados nos impôs, através da vontade monolítica e totalizante da Corte Portuguesa, um direito conformado aos interesses da burguesia de Portugal, com a vigência, aqui no Brasil, das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Assim, mesmo com a recepção de comandos normativos cristãos, passamos a conviver com a escravidão dos negros trazidos ao País, entendidos mais como objetos que sujeitos de direito, assim como os índios, colocados na condição de objeto ou *res*¹⁴⁸. Vale, já nesse momento, lembrar que não é possível estudar o direito brasileiro “desde as sementes; nasceu do galho de planta que o colonizador português, - gente de rija têmpera, no activo Século XVI e naquelle cansado Século XVII, em que se completa o descobrimento da América, - trouxe e enxertou no novo continente”¹⁴⁹.

A adoção da escravidão no Brasil, imposta pela legislação aqui aplicada por Portugal, era contraditória com o próprio espírito ético, moral e econômico que vigorava na Europa, assentado na mão-de-obra assalariada. Disso resultou uma feição inegavelmente patrimonialista tanto do direito, quanto da organização social

¹⁴⁶ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**, p. 5.

¹⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**, p. 30.

¹⁴⁸ CRISTIANI, Cláudio Valentim. **O Direito no Brasil Colonial**, p. 333-337.

¹⁴⁹ PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, p. 49.

brasileira, que teria extensas repercussões na construção de um direito propriamente nacional, influenciando de maneira direta na consolidação do caráter do brasileiro¹⁵⁰.

Nesse ponto, a questão da dignidade humana parece ter sido objetivamente turvada, afastada. Para propiciar a realização dos interesses econômicos da burguesia européia, aceitou-se candidamente essa quebra de valores. De um lado, um sistema legal já caracterizado pela autoconfiança, que passou do Renascimento ao Iluminismo, que concedia ao homem europeu a fé na razão como faculdade de conhecimento e instrumento de organização¹⁵¹, possibilitando-lhe a construção de leis voltadas a estabelecer a igualdade entre os homens e realizar-lhes a dignidade. De outro, um processo de falseamento dos próprios princípios legais comungados por aquela sociedade, que ofereceu margem suficiente para que, nas colônias, fosse instalado um sistema legal que legitimasse a escravidão, a desigualdade entre os homens e outras tantas questões que, já entre os europeus, eram consideradas inaceitáveis. Não podemos deixar de observar, desse modo, que o inaceitável para o europeu transmutava-se em adequado e lucrativo nas colônias.

Em matéria de direito de família, encontramos, nos tempos do Brasil Colônia, uma das primeiras feições da família no Brasil. Trata-se da família escrava, formada no cativeiro, sempre assolada pelo temor de separação compulsória¹⁵². A seu lado, estava também a outra família, também colonial, envolta nos valores da época, notadamente o formalismo das relações sociais, o matrimonialismo e a discriminação

¹⁵⁰ KOZIMA, José Wanderley. **Instituições, Retórica e o Bacharelismo no Brasil**, p. 354-356.

¹⁵¹ SALDANHA, Nelson. **Sobre o “Direito Civil Constitucional”** (Notas sobre a Crise do Classicismo Jurídico), p. 187.

¹⁵² FACHIN, Luiz Edson. **O Direito de Família Gauche**, p. 60. Sobre a família escrava, explana o autor: “A primeira feição da família desse período fora a consolidação, ainda que em cativeiro, de núcleos familiares de escravos, que foram duramente tratados no que concerne ao comércio interno de escravos, pois, ao consolidarem famílias em cativeiro tornam dificultoso o deslocamento definitivo de um escravo para outro lugar que não o seu de origem. A dura realidade da manutenção da família escrava era marcada, portanto, pelo constante sobreaviso da separação compulsória, do desmembramento ao acaso do mercado; assim como sua união era mantida, por vezes, com a utilização dos próprios mecanismos da alforria, que ao liberarem alguns membros da família da condição de cativos, acabava por promover uma espécie de reescravização, já que os membros libertos não apresentam a vontade de se separar do restante da família ainda escrava”, p. 60.

da mulher e filhos considerados ilegítimos. Notamos, então, que tais modelos de família também desafiavam frontalmente as próprias noções de dignidade já construídas nos campos da filosofia européia. Mesmo considerando que a dignidade humana ainda não houvesse recebido qualquer tratamento jurídico, somente uma indecisão acerca de seu significado ou abrangência poderia explicar tão graves idiossincrasias que a nós, no século XXI, parecem ser contradições imperdoáveis.

Podemos concluir, assim, que, na Idade Média, apesar de haver o reconhecimento de que a dignidade era, naturalmente, própria do homem, construiu-se um sistema jurídico pautado em uma noção convencional da dignidade humana, voltado a refletir os interesses e valores de suas classes dominantes.

Muitos dos homens que me definiam como “seu” cavalo não cavalgavam; era outra gente que me cavalgava. Tampouco me davam o feno; isso também eram outros que faziam. Não me fizeram bem os que me chamavam de “meu cavalo”, e sim cocheiros, veterinários ou outras pessoas estranhas. Quando, mais tarde, ampliei o horizonte das minhas observações, convenci-me de que o termo “meu” não se refere apenas a nós, cavalos, mas, em geral, vem unicamente de um instinto baixo, animalesco, dos homens, instinto que eles chamam de sentimento de propriedade ou direito de propriedade. O homem diz “minha casa”, mesmo se nunca mora nela, mesmo se só cuida da sua construção e da sua manutenção. O comerciante diz “minha loja”, por exemplo “minha loja de tecidos”, mas não confecciona suas roupas nem com as melhores fazendas que lá vende. [...] Agora estou convencido de que a diferença substancial entre nós e os homens está aí. Já por esse simples fato – e até mesmo descurando todas as outras vantagens que temos em relação a eles – temos o direito de afirmar que, na hierarquia dos seres vivos, estamos um degrau acima dos homens. A atividade dos homens, pelo menos de todos aqueles com os quais travei contato, é determinada pelas palavras, não pelos fatos.

Leon Tolstoi

Capítulo II – A INDECISÃO PROBLEMÁTICA DA DIGNIDADE

2.1 A Dignidade Humana nos Modernos: dignidade como juízo *a priori*

Há mais de dois milênios perdura a idéia de que a dignidade seria algo inerente ao homem, imutável, eterna e universal. Essa concepção germinou lentamente, recebendo informações, desde a Grécia Antiga, das mais diversas fontes de conhecimento humano. O problema da dignidade humana é enfrentado em razão do lugar central que o homem ocupa no universo, sendo reconhecido como ponto de referência de toda a construção cultural e jurídica, decorrência lógica do chamado antropocentrismo que norteia o conhecimento humano¹⁵³.

A existência de uma dignidade humana enquanto juízo *a priori* está esculpida na mentalidade humana, gravando-lhe o senso de justiça como fundamento central desde a antiguidade, como pudemos verificar. Nem mesmo toda a construção de um direito científico, de racionalidade positiva, pôde modificar esse substrato do conhecimento humano. Apesar de honrosa e edificante, essa idéia é tão sedutora quanto inconsistente; tão atraente quanto contraproducente.

É próprio do homem, em sua ânsia por segurança, buscar repouso e pousada em conceitos e idéias preestabelecidas, ainda que elas sejam apenas representações metafísicas¹⁵⁴. A longa jornada do direito natural, que nasceu já na antiguidade, para depois adormecer e renascer inúmeras vezes ao longo da história humana, corrobora

¹⁵³ GANHÓ, Maria de Lurdes Sirgado. *Acerca do Pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola*, p. 26.

¹⁵⁴ GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, p. 97.

essa afirmação. Em matéria de dignidade humana, sobretudo pelo que ela representa e deve representar, por estar no âmago de tudo que é mais precioso ao homem, essa busca de segurança se afigura ainda mais urgente e necessária.

Nesse campo, teve fundamental importância o pensamento de Kant. Com ele, o jusnaturalismo foi substituído pelo chamado jusracionalismo; é possível determinar, em seu pensamento, o derradeiro termo da linha de evolução da idéias de direito natural do século XVIII, dando lugar a uma nova forma de pensar, absolutamente pautada na razão¹⁵⁵. Para Kant, tanto a humanidade, como toda a natureza racional, estariam adstritas a um princípio: seriam uma finalidade em si mesmas, o que se afigurava como uma condição suprema de limitação da liberdade das ações humanas. Em suas palavras:

a humanidade é concebida não como um fim dos homens (subjetivo), ou seja, como um objeto que nós mesmos elevamos a fim, mas como fim objetivo que, sem levar em conta os fins a que nos propomos, deve constituir, enquanto lei, a condição limitadora suprema de todos os fins subjetivos, por isso, deve derivar da razão pura¹⁵⁶.

A razão, desse modo, enquanto legisladora universal, seria uma referência inafastável de toda vontade e ação humanas, identificada com a própria ordem universal¹⁵⁷. Revelava-se, então, um antropocentrismo voltado a afirmar a razão humana como regra produtora da verdade das coisas¹⁵⁸, com base na idéia de dignidade própria dos seres racionais, que, por sua vez, obedeceria apenas e tão-somente à lei instituída por eles próprios.

¹⁵⁵ MONCADA, Cabral de. Em Prefácio à obra de Giorgio Del Vecchio. **Lições de Filosofia do Direito**, p. 11.

¹⁵⁶ KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, p. 217.

¹⁵⁷ SALDANHA, Nelson. **Sobre o “Direito Civil Constitucional”** (Notas sobre a Crise do Classicismo Jurídico), p. 187.

¹⁵⁸ Nesse sentido, *vide* PENTEADO, Luciano de Camargo. **Sistema e Direito Privado: Panorama Histórico e Perspectivas para uma Racionalidade Construtiva**, p. 167.

Nessa ordem de idéias, para Kant, “no reino dos fins, tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*”¹⁵⁹. Daí decorre ser oportuno asseverar que, em tal ambiência, dignidade seria tudo aquilo que não tem preço, porquanto dotada de valor intrínseco, de validade incondicionada e incomparável^{160 161}.

A justiça, nesse ambiente, estava fundada nos imperativos da razão, “fundada em um jusnaturalismo *a priori* onde se hipostasia, como valor absoluto, a personalidade do homem, que só em liberdade pode realizar-se como ser natural e moral”¹⁶².

Sendo assim, mesmo com o advento do jusracionalismo, próprio de uma perspectiva científica do direito efetivada pelos modernos, que sepultou o uso prático da jurisprudência romana, para recepcioná-la, mais uma vez, à luz de um procedimento pautado pela razão e pelos métodos da ciência, a idéia de dignidade humana continuou atrelada a uma noção de juízo apriorístico¹⁶³.

O juízo acerca da dignidade humana, em Kant, seria *a priori* por estar pautado em um fundamento implícito no sujeito¹⁶⁴, o que nos conduziria a pensá-la

¹⁵⁹ KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, p. 221.

¹⁶⁰ KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, p. 221-223.

¹⁶¹ É conveniente lembrar que o pensamento de Kant, uma referência fundamental em matéria de construção da idéia moderna de dignidade humana, recebeu, em certos momentos, uma interpretação bastante distorcida. Ao afirmar que a dignidade não teria preço, Kant acabou por fundamentar, durante séculos, a negativa de indenização de danos morais, ainda que esta não fosse, sob nenhum argumento, a finalidade de sua doutrina. Dizia-se, com base em uma desarrazoada interpretação de sua doutrina, que o dano moral, enquanto incidente na seara da dignidade humana, não poderia ser indenizado, pois não permitiria a fixação de um montante indenizatório.

¹⁶² DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, p. 127.

¹⁶³ Como exemplo desse juízo *a priori*, bem como da compreensão majoritária que ainda temos na doutrina sobre a dignidade humana, vale trazer a locução de Humberto Nogueira Alcalá: “A dignidade da pessoa é o valor jurídico supremo, sendo independente da idade, da capacidade intelectual ou estado de consciência. A dignidade da pessoa humana é um elemento da natureza do ser humano, corresponde a todos por igual, à diferença da honra ou prestígio das pessoas ou da dignidade das funções que a pessoa desenvolve, que são bens que podem aumentar, diminuir ou inclusive desaparecer, dependendo de cada pessoa e das circunstâncias concretas. A dignidade da pessoa emana de sua natureza de ser moral, de ser livre e racional, por ser sempre sujeito de direito e nunca instrumento ou meio para um fim. A dignidade da pessoa é a que se deve à pessoa em sua qualidade de tal, o que é adequado à natureza humana como ser pessoal. Seu respeito é a base do Estado de Direito”. *In A Dignidade da Pessoa e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Aproximação Latino-americana*, p. 158.

¹⁶⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**, p. 133.

enquanto proposição refletida com caráter de necessidade, valendo por si mesma, baseada em conhecimentos mais elevados e gerais¹⁶⁵.

Formou-se, então, a idéia de que o direito poderia existir separadamente dos fatos sociais, o que serviu, ao longo do século XIX, para legitimar a ordem burguesa recém-estabelecida. Eis o que contribuiu para a manutenção da dignidade humana como um elemento, anteriormente elaborado e gravado no âmago do homem, insensível às transformações sociais e completamente desinteressado das questões políticas e históricas que compunham o próprio contexto em que estava inserido¹⁶⁶. A formação de um jurisdicismo hermético, dotado de técnica científica, terminou por marmorizar essa concepção de dignidade humana.

Apesar de Giovanni Pico Della Mirandola afirmar, já no final do século XIX, que o problema da natureza humana não poderia ser colocado com base em um conhecimento *a priori*, mas apenas *a posteriori*, ele também reconhecia no homem um poder quase que divino, voltado a permitir que o mesmo fosse o que desejasse. Isso nos conduz ao reconhecimento de que o homem era considerado digno *a priori* e, somente na dependência de suas escolhas, poderia, como na expressão de Pico, degenerar-se até aos brutos. Devemos considerar, ainda, em tal ensinamento, uma clara valoração da vontade, que predominava no homem, na condução de seu próprio destino, como fruto de sua própria condição¹⁶⁷. Com esse sentir, o homem não estaria constrangido por qualquer limitação extrínseca, devendo determinar os limites de suas ações segundo seu próprio arbítrio, poder a si deferido pelo próprio Deus¹⁶⁸.

A ciência jurídica, na modernidade, surgiu como resultado da situação social e espiritual da Alta Idade Média. Não podemos simplificar esse processo como uma

¹⁶⁵ KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**, p. 23 e 143.

¹⁶⁶ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e Seu Ressurgimento no Final da Idade Média**, p. 211 e 215.

¹⁶⁷ GANHÓ, Maria de Lurdes Sirgado. **Acerca do Pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola**, p. 27.

¹⁶⁸ MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a Dignidade do Homem**, p. 53.

mera redescoberta e continuação da antiga *jurisprudentia* romana, sobretudo porque, naquele momento, os doutrinadores sentiam-se atraídos pela apresentação lógica dos problemas existenciais e jurídicos, o que transcendeu os séculos vindouros e, de certa forma, condicionou o modo de pensar dos modernos. Entretanto, ao mesmo tempo ocorreu uma forte oposição espiritual à imagem católica e teocêntrica, própria da época medieval. Sob esse aspecto, ao passo em que a Idade Média condicionou formalmente a ciência jurídica nascitura, também a considerava como algo estranho, caracterizado por jogos vazios realizados sob premissas lógicas¹⁶⁹.

Há algum tempo, a dignidade reclama por desvencilhar-se dessa carga naturalista, onde figura como manifestação puramente conceitual de um direito natural metapositivo, para inserir-se nos textos constitucionais contemporâneos, como forma de agregar sentido à própria concretização constitucional dos direitos fundamentais. Nessa ordem, é conveniente lembrar que a utilização do termo “dignidade da pessoa humana”, em acepção jurídica, pode ser considerada fato recente¹⁷⁰, embora o tema tivesse merecido alguns enfoques especialmente consentidos pela ética e pela filosofia, nas Idades Antiga e Média, como vimos anteriormente. Apenas após a II Grande Guerra Mundial, na década de 40 do século XX, os povos ocidentais passaram a organizar sua convivência social tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Em tempos nos quais reconhecemos que tudo é e deve ser objeto de interpretação e construção de signos, não mais podemos conviver com essa natureza de idéias *a priori*, ou universalmente válidas, ou perenes, por mais que isso possa nos parecer simples, claro e, por vezes, produtor. A dignidade humana, enquanto valor,

¹⁶⁹ BRUSIIN, Otto. **O Pensamento Jurídico**, p. 191-192.

¹⁷⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**, p. 3. Afirma o autor: “Parece que a expressão em causa surgiu pela primeira vez, nesse contexto preceptivo em que hoje está sendo usada, em 1945, no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas (“dignidade e valor do ser humano”)”, p. 3.

deve ser reconstruída todos os dias; todas as horas, quiçá. Por estar presente em tudo o que é mais caro ao ser humano, não pode passar incólume aos momentos da história, raciocínios que lhe são próprios. Também não devemos superestimar o homem diante de certos acontecimentos e valores extrínsecos a si e que devem ser considerados para a concepção da dignidade humana. Devemos lembrar que toda a ontogenia do homem dirige-se para a formação de um ente social e cultural, que constrói sua história e seu mundo¹⁷¹.

A noção de que a dignidade humana está consagrada na própria condição do homem – notadamente natural, portanto – “responde à ânsia de segurança, que sentem os espíritos mais tímidos. O temor de mutações radicais da ordem jurídica suscita a suposição de que, para conservá-la, é preciso a crença na existência de postulados imutáveis”¹⁷². Essa uma noção própria do direito natural, que resistiu até os dias atuais. A idéia de inferir da dignidade a concepção de valor *a priori*, com vistas a oferecer-lhe maior efetividade, mantém, até hoje, o seu caráter funcional. Contudo, há algo dramático nessa idéia que, se já serviu ao progresso, hoje sofre fortes reações por demonstrar-se inadequada à própria realização da condição humana. Acreditar que essa idéia possa resistir às exigências da contemporaneidade somente nos pode conduzir, invariavelmente, “para o lado onde o dogmatismo e a intolerância constituem o refúgio dos que nos querem impingir uma falsa aurora da História”¹⁷³. Em um cenário de direito cada vez mais tópico e pluralista, torna-se remota a possibilidade de continuarmos a compreender a dignidade humana como um valor *a priori*.

Note-se que os direitos humanos foram consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na Assembléia Geral da Organização

¹⁷¹ DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, p. 5.

¹⁷² GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**, p. 96-97.

¹⁷³ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**, p. 99.

das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, em moldes bem aproximados dessa concepção jusnaturalista da dignidade humana. Em seu preâmbulo, consta textualmente: “Considerando que o reconhecimento da dignidade humana inerente a todos os Membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...)”¹⁷⁴. Em franco fervor revolucionário, ainda no século XVIII, os franceses, reagindo ao *Ancien Regime*, fizeram inserir na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão a necessidade de preservação de “direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”, em um claro triunfo da escola de direito natural, afirmando serem tais direitos subjetivos apenas um reconhecimento e não uma criação dos juristas¹⁷⁵. Como vemos, a similitude entre as duas Cartas é inegável, o que revela, mais uma vez, a força dessa compreensão jusnaturalista, no que tange aos direitos fundamentais, direitos da personalidade, ou, resumidamente, à dignidade da pessoa humana.

Não há nada de errado em conceber a dignidade como inerente ao homem, até porque isso parece ser verdadeiro. O grande problema está em construir um conceito de dignidade *a priori*, que afasta toda e qualquer modificação ou acomodação às novas necessidades do homem. É certo que, por exemplo, aquilo que se pensava sobre dignidade humana em 1948, em um conturbado período de pós-guerra, difere, em vários aspectos, do que se pode pensar na atualidade, sobretudo quanto às relações de família.

Por vezes, podemos até chegar à simples conclusão de que não há saídas lógicas. Acertar o alvo, aqui, reclama precisão absoluta, porque atravessá-lo, nesse ambiente, equivaleria a errar de todo. Para alguns, abrir mão de crer em uma idéia absoluta e *a priori* da dignidade humana pode desestabilizar todo o nosso sistema

¹⁷⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos in **Direitos Humanos: normas e convenções**, p. 11.

¹⁷⁵ DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, p. 123.

jurídico, dando margem a construções arbitrárias ou equivocadas. Entretanto, esses argumentos são fundantes também das perspectivas mais reacionárias e arbitrárias do direito, porquanto voltados a garantir que a dignidade humana seja um mecanismo atemporal de consecução de interesses fixados no passado. É seguramente o reconhecimento de que a dignidade humana liberta o homem do confinamento moldado pelas construções do passado, que nos permite considerá-la um ambiente de constante desenvolvimento das idéias de personalidade e da condição humana. A dignidade humana, enquanto cláusula geral do direito, afasta a possibilidade de convivermos com direitos estanques, pautados por aspectos isolados. Todo o conjunto da pessoa humana, de ser e ter, dinamicamente, deve ser considerado¹⁷⁶, para a própria compreensão da dignidade humana.

2.2 A Personalidade e as Relações de Família na Perspectiva Liberal

A idéia de personalidade tem raízes remotas. Ao precisarmos sua larga jornada ao longo das inúmeras construções jurídicas que lhe são inerentes, encontramos em sua raiz um signo originário, que é a máscara teatral, assemelhada à idéia de pessoa humana pela linguagem jurídica romana clássica¹⁷⁷.

A pessoa, apesar de ser, inicialmente, o mais evidente dos fatos, é também um dos fatos mais intrigantes e misteriosos, especialmente nos lindes do direito¹⁷⁸, onde figura como um ator por excelência, em uma remissão ainda adequada à própria

¹⁷⁶ DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, p. 135.

¹⁷⁷ BURDESE, Alberto. **Manuale di Diritto Privato Italiano**, p. 35. Tradução nossa.

¹⁷⁸ ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja**, p. 4.

etimologia do termo. Não é por acaso que o primeiro título do Código Civil da Alemanha, trata das pessoas¹⁷⁹, assim como também ocorre no Brasil. Desde seu surgimento, o instituto da personalidade passou a dar ensejo a um extenso e grave debate acerca de sua prevalência sobre o próprio homem, pois, durante largo espaço de tempo, a pessoa esteve subordinada à sua própria personalidade, como se esta, e não a pessoa em si mesma, fosse um valor supremo¹⁸⁰. Para Pontes de Miranda, por exemplo, “rigorosamente, só se devia tratar das pessoas, depois de se tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito”¹⁸¹.

Assim, a observação das relações entre o instituto da personalidade e o tratamento da família em nossa legislação deve ser orientada, antes de mais nada, pelo reconhecimento de que a sistematização civil brasileira assumiu, quando da elaboração de seu Código Civil de 1916, o sistema germânico estabelecido pelos pandectistas, apresentando uma Parte Geral, que se ocupa de estabelecer conceitos e normas gerais acerca das pessoas, bens e fatos jurídicos^{182 183}. É a partir dessa Parte Geral que são desenvolvidas todas as demais idéias e normas de nosso Código Civil.

Essa é, certamente, uma característica marcante das legislações liberais, sobretudo porque apresentam uma diferenciação bastante clara – então inédita – com relação aos textos legislativos antigos, onde os conceitos gerais nunca foram objeto de definição, nem mesmo de qualquer designação abstrata. Os legisladores da antiguidade, como pudemos ver anteriormente, preferiram o tratamento direto dos

¹⁷⁹ LARENZ, Karl. **Derecho Civil – Parte General**, p. 44.

¹⁸⁰ PANTOJA, Teresa Cristina G. **Uma Descapacitação Especial**, p. 170-171.

¹⁸¹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**, tomo I, p. 153.

¹⁸² MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**, p. 14-15.

¹⁸³ Nesse sentido, afirma Pontes de Miranda: “À doutrina pandectista do século XIX deve-se a elaboração da Parte geral do direito civil a ponto de se haver imposto, no século XX, às codificações mais autorizadas, exceto, o que é de lamentar-se, à codificação italiana”. In **Tratado de Direito Privado**, tomo I, p. XX.

chamados “casos concretos”¹⁸⁴, o que se contrapõe largamente à utilização de definições gerais constantes de nosso Código Civil, as quais, por vezes, nos condicionam até mesmo a uma utilização puramente semântica de termos como personalidade e capacidade.

É preciso lembrar, ainda, que a própria idéia de direito escrito aponta, desde seu início, para a codificação, para a idéia de formulação de um código, monumento de ordenação jurídica racional, coerente e voltada a consolidar-se como definitiva no meio social¹⁸⁵.

Por outro lado, quando o Brasil iniciou seu trabalho de produção de legislação própria, vivenciou o que se pode chamar de um “arremedo de experiências liberais-democráticas de outros países”¹⁸⁶. Bem por isso, o direito civil brasileiro sofreu uma insofismável iluminação dos princípios jurídicos liberais, que estabeleceram a igualdade formal entre os homens, implicando a atribuição de personalidade jurídica a todos, reconhecendo-lhes, universalmente, a capacidade para adquirir direitos e obrigações¹⁸⁷.

Contudo, por virtude da recepção de modelos patrimonialistas voltados para a efetivação dos interesses da burguesia portuguesa, que nos impôs, por exemplo, a convivência com a escravidão dos negros¹⁸⁸ e o tratamento dos índios como coisas, mesmo nossas tentativas de elaboração de leis com larga iluminação liberal estiveram atreladas a uma grande dificuldade de transposição da prática cotidiana de

¹⁸⁴ PEINADO, Federico Lara e GONZÁLEZ, Federico Lara. **Los Primeros Códigos de la Humanidad**, p. XIII.

¹⁸⁵ SALDANHA, Nelson. **Sobre o “Direito Civil Constitucional”** (Notas sobre a Crise do Classicismo Jurídico), p. 188.

¹⁸⁶ KOZIMA, José Wanderley. **Instituições, Retórica e o Bacharelismo no Brasil**, p. 355.

¹⁸⁷ DONEDA, Danilo César Maganhoto. **Considerações Iniciais sobre os Bancos de Dados Informatizados e o Direito à Privacidade**, p. 126.

¹⁸⁸ Naquele tempo, de acordo com as Ordenações do Reino, “do ponto de vista civil o escravo era *res*, simultaneamente coisa e pessoa. Mas não participava da vida da *civitas*, pois estava privado de toda capacidade. Em consequência, não tinha direitos civis, muito menos políticos e também não podia atuar em atos como testemunhar em juízo, testar, contratar ou exercer tutela”. In WEHLING, Arno. **O Escravo ante a Lei Civil e a Lei Penal no Império (1822-1871)**, p. 383.

patrimonialização das relações¹⁸⁹. Esse dado, sem sombra de dúvidas, repercutiu no próprio espírito do Código Civil de 1916, onde foram amalgamados os mais altos valores voltados às garantias do homem, com uma patrimonialização insofismável no tratamento desses mesmos valores.

As relações entre os institutos da personalidade e da família, como ficou assentado, são estreitas. Tanto assim que o Código Civil Italiano resolveu tratá-los conjuntamente, em seu Livro Primeiro¹⁹⁰. No Brasil, o Código Civil de 1916 os colocava como matérias sucedâneas; logo após a Parte Geral, vinha o tratamento da família. Para o legislador, bem como para a doutrina, essa foi uma forma de dar maior relevância ao tema das relações familiares.

O personalismo e o direito de família no Brasil, como teremos oportunidade de verificar, receberam, até o início do século XX, tratamento que mesclava os mais relevantes princípios do liberalismo com um patrimonialismo que relegava a segundo plano tanto a pessoa humana, como a família.

2.2.1 O Esboço Teixeira de Freitas

2.2.1.1 O artigo 16 do Esboço: um monumento à personalização universal

É preciso lembrar, preliminarmente, que Teixeira de Freitas, através de seu Esboço, ensinou a toda a América Latina um modo de pensar o direito que

¹⁸⁹ KOZIMA, José Wanderley. **Instituições, Retórica e o Bacharelismo no Brasil**, p. 365-366.

¹⁹⁰ BURDESE, Alberto. **Manuale di Diritto Privato Italiano**, p. 35. Tradução nossa.

contemplava em seu povo, dotado de ampla generosidade orgânica e aferro leigo às instituições religiosas e morais, uma ligação com o fenômeno jurídico maior que a de todos os demais povos da América¹⁹¹.

O Esboço de Teixeira de Freitas era dividido em duas partes, nos moldes do que ocorre em nosso Código Civil atual, intituladas geral e especial. Na Parte Geral, constava o que Teixeira de Freitas chamava de elementos do direito: pessoas, coisas e fatos jurídicos¹⁹², modelo de organização legal já conhecido desde as Institutas de Gaio e Justiniano, como ressaltamos.

A idéia de pessoa consubstanciada no Esboço retrata a ideologia de um período em que se afirmava a primazia do indivíduo sobre o Estado e a própria sociedade, em uma dimensão natural da pessoa. Por outro lado, como a personalização era a única opção conhecida para a realização de direitos e deveres – porque personalidade e capacidade eram, então, indissociáveis –, Teixeira de Freitas reflete em seu trabalho o que, passado tanto tempo, pode ser considerado uma vocação desmedida à personalização. A personalidade deixou de ser, conseqüentemente, uma qualidade inerente à condição humana, ou mesmo núcleo restrito dos entes humanos. Passou-se a personalizar todos os entes que tivessem ou devessem ser titulares de direitos e obrigações.

Na verdade, Teixeira de Freitas apenas evidencia aquilo que é peculiar e corriqueiro no direito civil: a impossibilidade de reagir com presteza ao novo. Foi assim que, por exemplo, diante da necessidade de institucionalizar a prática dos atos

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, p. 27. Nesse sentido, afirma, ainda, o autor: “Teixeira de Freitas é o gênio do direito civil na América. A *Consolidação das Leis Cíveis*, cujas notas são magníficas fontes de doutrina, e o *Esboço do Código Civil* representam o que de melhor se tem, em direito civil, em toda a América. É o inspirador dos Códigos civis americanos que apareceram depois de 1860 e – se bem que superior ao Código Civil seja, em quase tudo, o *Esboço* – a maior fonte do Código foi este projecto mallogrado para o Brasil e bem succedido fora d'elle, na Argentina, no Uruguay, no Paraguay. Muitas disposições que se acham no B. G. B. e no *Zivilgesetzbuch* acham-se nelle, certo sem que o soubessem os novos legisladores”, p. 89.

¹⁹² PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, p. 105.

de comércio, os civilistas acabaram optando por “personalizar” o próprio homem em sua prática comercial, criando as chamadas pessoas jurídicas que, em verdade, não têm qualquer relação com a figura histórica da personalização. Em síntese, ocorre que, tal como nos dias atuais, tudo em direito civil precisava ser rapidamente caracterizado como pessoa, ou bem, ou fato jurídico. Daí a personalização da prática de atos de comércio; a pessoa jurídica nasceu da dificuldade que temos para estabelecer conceitos a partir de elementos exteriores a nós mesmos¹⁹³.

Dispõe o artigo 16 do Esboço de Teixeira de Freitas: “Todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas”¹⁹⁴. O jurista retratava a compreensão de seu tempo, isto é, a personalização universal.

Devemos observar, sem nada obstante, que é subjacente ao mencionado texto o total desprezo, também próprio de sua época, à figura dos sujeitos de direito, termo então entendido como sinônimo de pessoa. Teixeira de Freitas nos apresentava um conceito sintético de pessoa, puramente legislativo, levando o seu intérprete a uma concepção normativa da personalidade¹⁹⁵.

Tanto assim o é que, talvez mesmo para afastar qualquer preocupação com a idéia de sujeito de direito não coincidente com a pessoa, Teixeira de Freitas personalizou o nascituro, dizendo serem pessoas as nascidas, bem como aquelas apenas formadas no ventre materno. É preciso dizer que Teixeira de Freitas fixou na concepção o início da personalidade, afastando de seu Esboço toda idéia de favorecimento legal dos concebidos ou ficção jurídica nesse contexto. Assim, o

¹⁹³ PANTOJA, Teresa Cristina G. **Uma Descapacitação Especial**, p. 167. Continua a autora: “Embora a noção de pessoa jurídica nasça de uma *universalidade de direito*, às vezes tem-se dificuldade em perceber que na verdade a *personalidade jurídica* é um atributo estritamente legal, destinado a facilitar a humana compreensão”, p. 168.

¹⁹⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**, vol. I, p. 9.

¹⁹⁵ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A Normatividade da Pessoa Humana**. O Estatuto Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002, p. 35.

nascituro era pessoa, tendo seus direitos resguardados até o momento de seu nascimento¹⁹⁶.

Nessa direção, Teixeira de Freitas resguardava os nascituros mediante a determinação de uma necessária representação para os mesmos, sempre que lhes competisse a aquisição de bens de alguma herança ou doação, motivo pelo qual se tem entendido que, apesar de serem pessoas, os nascituros, no Esboço, tinham capacidade limitada, haja vista a garantia de direitos limitados a tais questões patrimoniais¹⁹⁷.

Como observou Clóvis Beviláqua, “Teixeira de Freitas propôs que, em vez da locução pessoas naturais, se usasse, para designar o homem, da expressão *existência visível*, e o Código Civil argentino, arts. 31 e 32, aceitou a inovação”¹⁹⁸. Tal expressão, apesar de aplaudida por boa parte da doutrina, não foi reconhecida em nosso Código Civil de 1916.

Clóvis Beviláqua preferiu o termo *pessoa natural*, que lhe parecia mais expressivo por demonstrar, inicialmente, o indivíduo movendo-se na vida jurídica, em conformidade com sua criação natural. As demais pessoas, as jurídicas, seriam como que combinações ulteriores, verdadeiras formações sociais ou abstrações, as quais, em um segundo momento, corresponderiam “à organização jurídica moderna, em que o indivíduo se destaca, nas relações de ordem privada, como elemento ativo da vida social”¹⁹⁹.

Autor sistemático por excelência, Teixeira de Freitas, obcecado pela coerência do sistema, assentou todo o seu Esboço na distinção entre pessoa e coisa,

¹⁹⁶ PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, p. 159.

¹⁹⁷ Vide ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela Civil do Nascituro**, p. 148-149 e 183-194.

¹⁹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 119.

¹⁹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 120.

entre o domínio subjetivo da ação e o domínio objetivo das coisas, o que resultou em uma proposta bipartite exposta na Introdução de seu Projeto²⁰⁰.

A influência de Teixeira de Freitas, especialmente por meio de seu Esboço, se fez em inúmeras das nações ibero-americanas. Apesar de nosso ordenamento jurídico não ter aproveitado, formalmente, sua proposta de Código Civil, ela inspirou inúmeras das disposições do diploma civil de Clóvis Beviláqua, especialmente em sua Parte Geral²⁰¹.

2.2.1.2 A Paternidade no Esboço

As questões atinentes à paternidade receberam no Esboço, como não poderia deixar de ser, um tratamento em conformidade com a época, na qual a organização da família e a regularidade matrimonial, questões estratégicas para a própria noção de organização social de então, sobrepunham-se à temática da filiação. Naqueles tempos, o modelo da família, assentado ainda nos valores coloniais, caracterizava-se pela matrimonialização e pela hierarquização do papel exercido pelos entes familiares, sob o domínio da figura do chefe da família, o que revelava seu formato patriarcal²⁰².

Para Teixeira de Freitas, a família, entendida como “o complexo de indivíduos de um e outro sexo que vivessem na mesma casa, ou em diversa, sob a

²⁰⁰ Judith Martins-Costa prefaciando CUNHA, Alexandre dos Santos. **A Normatividade da Pessoa Humana – O Estatuto Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002**, p. IX.

²⁰¹ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**, p. 5.

²⁰² FACHIN, Luiz Edson. **O Impacto das Mudanças Sociais no Direito de Família (Singrando entre Dois Brasis: Do Casamento Codificado às Famílias não “Matrimonializadas” na Experiência Brasileira)**, p. 180.

proteção de um pai de família”²⁰³, deveria ser formada através do casamento. Essa condição repercutia na condição dos filhos do casal, que, desse modo, seriam considerados legítimos e, portanto, reconhecidos juridicamente. Quanto aos filhos ilegítimos, todos aqueles não decorrentes de matrimônio, eram eles divididos em naturais e de coito danado, nos termos do artigo 169 do Esboço²⁰⁴.

Com relação à filiação natural paterna, o jurista apenas a admitia na hipótese de ser apresentada, como prova, escritura pública de reconhecimento, testamento ou sentença passada em julgado, desde que tais decisões não fossem provocadas pelos filhos²⁰⁵. Não admitia, logo, nenhuma outra prova, em caso algum, considerando que o fim da lei fora “impossibilitar a escandalosa discussão das ações de filiação ilegítima”²⁰⁶. A norma sobre a qual Teixeira de Freitas assentou suas convicções foi a Lei nº 463, de 02 de setembro de 1847.

Podemos concluir, conseqüentemente, que a paternidade somente poderia ser reconhecida por ato voluntário do pai, não havendo qualquer perspectiva de reconhecimento judicial da relação de filiação, salvo nas hipóteses de concepções derivadas de estupro ou rapto, nos termos expressos do artigo 1.594:

Art. 1.594. A investigação da paternidade de filhos naturais que não tenham sido voluntariamente reconhecidos por seu pai, não se admitirá em Juízo, qualquer que seja seu fim, e qualquer que seja a pessoa que a provoque, senão nos seguintes casos:

1º Se aquele, que se reputar filho, exigir por si, ou por seu representante necessário, a prestação de alimentos somente.

2º Nos casos de estupro, ou rapto, se a época da concepção coincidir com a em que esteve a estuprada ou raptada em poder do autor de tais delitos²⁰⁷.

²⁰³ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**, vol. 1, p. 59.

²⁰⁴ “Art. 169. Os filhos ilegítimos se distinguem em *naturais*, e de *coito danado*. Todos os que não forem de *coito danado* serão havidos por *filhos naturais*”. FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**, vol. 01, p. 64.

²⁰⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 329.

²⁰⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**, vol. 1, p. XXXI.

²⁰⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**, vol. 1, p. 322.

Observamos uma clara preocupação com a sobrevivência daquele que era reputado filho. Nesse caso, Teixeira de Freitas admitia a investigação de paternidade, a qual, entretanto, somente teria efeitos no tocante à prestação alimentar. Isso reflete uma postura bastante comum à época: a questão da manutenção patrimonial ganhava uma relevância maior que a própria condição humana do investigante. Garantia-se o seu direito a alimentos e nada mais. Essa perspectiva diante da paternidade pode parecer completamente deslocada de nossa atualidade, mas ia ao encontro do que então se entendia por estabilidade familiar – assentada no formalismo matrimonial –, tão cara à sociedade da época, impedindo que a mesma fosse alterada. Também nessa ordem, o artigo 170 do Esboço dispunha que os filhos naturais reconhecidos por seu pai ou mãe, nos casos autorizados por lei, seriam denominados *filhos naturais reconhecidos*, não sendo, como é bem de ver, equiparados aos filhos legítimos²⁰⁸.

A possibilidade de reconhecimento de filhos naturais não se estendia aos chamados filhos do coito danado. Nos termos do artigo 1.601 do Esboço, proibía-se que os filhos de coito danado fossem reconhecidos por seu pai ou mãe, sendo igualmente proibido que, a respeito de sua paternidade ou maternidade se provocasse em Juízo qualquer investigação especial. Os filhos do coito danado eram aqueles filhos adjetivados como adulterinos, incestuosos ou sacrílegos²⁰⁹.

Teixeira de Freitas retira a expressão coito danado das Ordenações, norma então vigente, fazendo-lhe alguns reparos. As Ordenações distinguiam os filhos *de danado e punível* coito, mas o jurista entendeu não ser esta uma expressão precisa:

²⁰⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de: **Esboço do Código Civil**, vol. 1, p. 65.

²⁰⁹ Conforme artigo 171 do Esboço: “São filhos de coito danado somente os adulterinos, os incestuosos, e os sacrílegos”. O jurista também entendeu necessário determinar o significado de filhos adulterinos, incestuosos e sacrílegos: “Artigo 172. São *filhos adulterinos* os que procedem do coito de pessoas, que, ao tempo da concepção, eram casadas com outrem, ou ambas, ou somente uma delas; salvo se esses filhos procederem de casamento *putativo*; Artigo 173. São *filhos incestuosos* os que procedam do coito de parentes em grau proibido de casar, que por este Código não é suscetível de dispensa; Art. 174. São *filhos sacrílegos* os que procedem do coito do pai clérigo de *ordens maiores*, ou de pessoa, pai ou mãe, ligada por *voto solene* de castidade em Ordem Religiosa aprovada pela Igreja Católica”. FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**, vol. 1, p. 65.

A denominação – coito danado –, tão vulgarmente conhecida, parece-me a mais apropriada. *Punível* só é esse coito no adultério, não o é, e com razão, pelo Cód. Pen. no *incesto*, e no quebrantamento da continência clerical, ou de voto de castidade; pois que o escândalo seria um mal maior. *Coito proibido* ou *reprovado*, trairia a mente do Projeto; visto que ele proíbe e reprova todo o coito fora do casamento: *inclusio unius, exclusio alterius*. (...) A expressão *filhos espúrios* é imprópria para designar os filhos ilegítimos que não são naturais (*stricto sensu*). *Filho espúrio* é o ilegítimo de pai incógnito²¹⁰.

Na própria caracterização dos filhos do coito danado notamos uma forte relação da sociedade brasileira com os valores clericais²¹¹, fator relevante para a compreensão do tratamento ofertado à família por Teixeira de Freitas. Os valores ali consagrados eram a mais escorreita expressão daquilo que se entendia por justo e necessário à organização da vida em sociedade, não obstante a crueldade que podemos vislumbrar no tratamento da pessoa, da filiação e da família como um todo.

Teixeira de Freitas, um cidadão de seu tempo, não poderia escrever para o século XXI, apesar de seu notável vigor intelectual. A inserção dessas breves notas sobre seu Esboço, que certamente mereceria um tratamento bem mais apurado, justifica-se por sua larga importância na construção do direito civil nacional, na medida em que muito do que ali se encontrava passou à posteridade, como teremos oportunidade de confirmar. Ademais, “o valor dos estudos históricos para o conhecimento do direito vigente assenta em que não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi”²¹².

²¹⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de: **Esboço do Código Civil**, vol. 1, p. 65.

²¹¹ Outro exemplo dessa ligação encontra-se no artigo 144 do Esboço: “Art. 144. Excetua-se da regra do artigo antecedente a computação dos graus de parentesco aplicada aos impedimentos do casamento, quando a dispensa destes for requerida à Igreja Católica. Somente neste caso a computação far-se-á, como até agora, de conformidade com o Direito Canônico”. FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**, vol. 1, p. 59.

²¹² PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**, tomo I, p. XV.

2.2.2 O Código Beviláqua e a Personalidade

O Projeto do Código Civil de 1916 foi concebido no apagar das luzes do século XIX. Em 1899, Clóvis Beviláqua, então professor de Legislação Comparada na Faculdade de Direito do Recife, foi convidado para elaborar o tão esperado Código Civil nacional, já considerado necessário desde a Constituição Federal de 1824. Em apenas oito meses, o trabalho estava concluído, sendo, pois, apresentado às autoridades governamentais para seu regular andamento²¹³.

Inúmeras foram as críticas recebidas pelo Projeto desde a sua apresentação, dentre as quais importa destacar como ataque mais forte as contraditas de Rui Barbosa, para quem a escolha de Clóvis Beviláqua teria sido mais um rasgo de coração que de cabeça, ou racionalidade. Rui Barbosa afirmava faltar a Clóvis Beviláqua um requisito essencial, primário e soberano para a realização do trabalho de codificação do direito civil: o conhecimento da língua pátria, sua vernaculidade e correção no escrever. A partir dessa premissa, Rui Barbosa, encarregado de elaborar sozinho parecer sobre o Projeto, tratou de propor grandes alterações redacionais²¹⁴.

Entretanto, sua contribuição voltou-se quase que completamente ao aprimoramento da forma do Código. Isso, sem dúvida, contribuiu para que o espírito do Projeto se cristalizasse, não recebendo modificações materiais, que poderiam alterar o rumo da normatização de temas como a personalidade ou a família, durante seu trâmite. O Projeto de Clóvis foi aprovado em dezembro de 1915, sancionado e

²¹³ PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, *passim*.

²¹⁴ PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, p. 109-110.

publicado em 1º de janeiro de 1916, através do Decreto nº 3.071, com vacância determinada de um ano²¹⁵.

Desde sua publicação, o Código Civil de 1916, considerado uma codificação mais para Faculdades de Direito do que para a vida – em razão de sua clara preocupação em estabelecer conceitos e premissas interpretativas–, teve apontadas graves incorreções, que foram recebidas, inicialmente, com desgosto e relutância. Contudo, já em 1919, mediante parecer apresentado por Eptácio Pessoa, o Código recebeu a primeira de inúmeras modificações²¹⁶.

Dividido também em duas partes, uma geral e outra especial, o Código Civil de 1916 deu grande importância ao significado do termo *pessoa*. Para Clóvis Beviláqua, “as idéias de homem e de pessoa natural não coincidem em toda a sua extensão, por isso que a pessoa natural é o homem numa determinada atitude na vida civil”²¹⁷. Nessa ordem, duas seriam as noções de pessoa natural, as quais nos acompanham até os dias presentes: tradicionalmente, corresponderia ao ser humano; na esfera jurídica, seria o ente humano apto a ter direitos e obrigações²¹⁸.

A pessoa natural, no Código Civil de 1916, em seu artigo segundo, foi designada como o homem considerado enquanto sujeito de direitos e obrigações:

²¹⁵ Nesse sentido, afirma Pontes de Miranda: “Se, com a revisão de Ruy Barbosa, ganhou, em forma literária, o Código Civil, perdeu, às vezes, em fundo. O orador brasileiro, ciceroniano, plástico, como todo espírito de visual, tinha as palavras, em seus discursos, como elementos de decoração, como tijolos ou tocos de *puzzle*, de que a sua facundia tirava efeitos maravilhosos, ou bem os tratava, nas suas campanhas advocatícias e políticas, como simples grampos vistosos para segurar os raciocínios demagógicos da mais pujante capacidade sophistica, na raça latina, dos últimos cinquenta anos. Por isto, na revisão do Código, aparece insensível ao que dizem, dentro, aos artigos; só os vê por fóra. Espanta que um homem que viveu da sua profissão e da oratória parlamentar, em lutas de questões jurídicas, pudesse chegar a este extremo de insensibilidade às idéias, às regras, qual o de ler e reler o Projecto de um Código Civil, como relator do Senado, e de escrever o *Parecer* e a *Réplica*, dois repositórios preciosos de boa linguagem portuguesa, sem se preocupar com o conteúdo dos dispositivos da futura lei civil. Daí a sua flagrante responsabilidade em errados entendimentos de artigos, como se, por absurda scisão, àquelle estylista onduloso e opulento, só a forma fosse sensível, e como se as palavras fossem, para elle, fins puros, e não meios”. In **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, p. 118-119.

²¹⁶ PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, p. 111-112.

²¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 119.

²¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**, p. 131.

“todo homem é capaz de direitos e obrigações, na ordem civil”²¹⁹. Afasta-se o Código, nesse ponto, da doutrina de Teixeira de Freitas, porque este compreendia a própria personalidade como o atributo que tornava os entes pessoas, enquanto que, para Clóvis, a capacidade seria tal atributo. Persistia, porém, ali a identificação entre o termo *pessoas e sujeitos de direito*²²⁰.

Jurista com forte iluminação germanista, Clóvis optou pelo tratamento da pessoa natural em seu código em moldes bastante aproximados do BGB alemão da época (fins do século XIX), que seria brevemente introduzido na seara jurídica da Alemanha. O Código Civil alemão, dotado de conceitos precisamente definidos, pode ser considerado um monumento voltado a garantir a segurança jurídica e a premeditação das decisões judiciais²²¹.

Essa metodologia era pautada em um raciocínio legislativo abstrativo-generalizador. Visava impor uma completa subsunção do magistrado aos ditames legais. Tinha como característica um aspecto da ideologia exegética francesa da época, que operou a tentativa de tornar supérfluo o papel histórico do direito erudito, proibindo qualquer comentário doutrinário sobre as leis. É que se acreditava que elas seriam, em si mesmas, claras e auto-suficientes²²², o que foi amplamente traduzido em nosso Código Civil de 1916. Tanto assim que ainda encontramos, aqui e ali, seus ecos em nossa legislação atual.

Nos termos expressos do artigo 4º de nossa Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de setembro de 1942), o juiz tem sua atividade tangenciada pela lei, estando autorizado a lançar mão de outras fontes normativas

²¹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 119.

²²⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A Normatividade da Pessoa Humana**. O Estatuto Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002, p. 52-53.

²²¹ LARENZ, Karl. **Derecho Civil – Parte General**, p. 31-32, tradução nossa.

²²² CAENEGEM, R. C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**, p. 2.

para a solução dos conflitos a si trazidos, como o costume ou os princípios gerais do direito, somente na hipótese de omissão ou lacuna da lei²²³.

Não é ocioso lembrar que na França dos tempos da Escola da Exegese, entre os professores de direito, surgiu a expressão “eu não ensino o direito civil, mas o Código de Napoleão”, atribuída originariamente ao Prof. Bugnet²²⁴. Esses mesmos professores passaram a considerar-se “professores do Código de Napoleão” e não de direito civil.

Essa disposição legal (o artigo 4º, da LICC), além de delimitar legalmente a atividade do magistrado, ainda favoreceu a ideologia hermenêutica da época em outro sentido: os princípios foram tratados como fontes puramente supletivas de solução de conflitos²²⁵.

O apego ao texto normativo do Código e a crença de que o Juiz poderia resolver os casos a si levados mediante processos silogísticos simples eram tamanhos em Clóvis, que a introdução da equidade como fonte para a solução de conflitos, na Constituição Federal de 1934, foi por ele severamente criticada:

Quando a consciência jurídica reconhece um direito, não obstante o silêncio da lei, o juiz, verificada a inapplicabilidade da analogia, vae procurar a solução do caso submettido ao seu julgamento, nos princípios geraes do direito, diz a Introdução ao Código Civil, art. 7º. A Constituição, art. 113, n. 37, acrescenta: *ou por equidade*. Nos princípios geraes do direito revelam-se, objectivamente, à investigação scientifica. A equidade é expressão subjectiva da idéia de justiça, que attenúa a dureza da regra jurídica. O Código Civil quer que o juiz seja, no caso examinado, a voz da sciencia jurídica. A Constituição permite que o juiz decida segundo lhe parecer justo²²⁶.

²²³ Dispõe o artigo 4º da LICC: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

²²⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Sistema e Direito Privado: Panorama Histórico e Perspectivas para uma Racionalidade Construtiva**, p. 173.

²²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do Poder Familiar**, p. 146.

²²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **A Constituição e o Código Civil**, p. 246-247.

Clóvis Beviláqua sugeriu e estimulou, ainda, um raciocínio liberal em temas como as obrigações e os contratos. Não podemos deixar de observar que o tratamento dispensado a esses temas se deu por simples repercussão de valores cristalizados naquela época. Há indícios de que Clóvis sabia que seu projeto de lei poderia traduzir um maior sentimento de socialidade, com o reconhecimento de direitos sociais. Ele não ignorava que já se desencadeara uma forte reação ao individualismo jurídico na Europa²²⁷. Apesar disso, ratificamos, não podemos dizer que houve dissonância social no trabalho de Beviláqua. Afinal, codificar significa, principalmente, reunir as principais normas vigentes, quer legisladas, quer costumeiras, imprimindo-lhes coerência interna, legitimidade e validade estatal²²⁸.

Na própria teoria do direito naqueles tempos, “prevalecia a preocupação oitocentista da escola francesa da exegese ou da germânica dos pandectistas visando resolver as questões sociais tão-somente à luz de categorias jurídicas”²²⁹. Conferia-se à lei uma perspectiva de completude, através de uma nova elaboração da antiga tradição romana medieval, exacerbando o mito do monopólio do Estado na produção legislativa, “de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações. Tem-se ali o *fetichismo da lei* e, mais ainda, o *fetichismo do Código Civil* para as relações de direito privado”²³⁰. Era a época do Código Civil dotado de significado constitucional, não havendo qualquer norma legal que lhe fosse hierarquicamente superior no que tange às relações entre os privados.

Beviláqua reconhecia que as Constituições eram fontes primárias do direito positivo, mas entendia que as questões próprias do direito civil não deveriam constar

²²⁷ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**, p. 35-36.

²²⁸ BANHOZ, Rodrigo Pelais & FACHIN, Luiz Edson. **Crítica ao Legalismo Jurídico e ao Historicismo Positivista: Ensaio para um Exercício de Diálogo entre História e Direito, na Perspectiva do Direito Civil Contemporâneo**, p. 57.

²²⁹ REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**, p. 36.

²³⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira**, p. 325.

do texto constitucional, por entender que isso empobrecia a técnica jurídica. Sobre a introdução de temas do direito privado na Constituição de 1934, asseverou:

Nossa Constituição vigente, urgida por circunstâncias de momento, não se contentou com traçar a synthese geral das experiências jurídicas, necessárias à existência dos brasileiros. Em muitos passos, admitiu regras que são fontes positivas de uma segunda classe. Prejudicou-se a technica, possivelmente, em proveito da utilidade prática²³¹.

Havia, igualmente, uma clara perspectiva patrimonialista no tratamento oferecido às pessoas no Código Civil de 1916. A pessoa codificada por Clóvis não tinha garantida a sua dignidade ou sua condição humana, mas somente seus interesses patrimoniais, na medida em que é considerada apenas como agente que adquire ou pretende adquirir bens, os administra ou transmite. Tudo isso se dava com um objetivo muito claro, que era oferecer à sociedade a segurança de que esta acreditava precisar, enaltecendo-se o papel do patrimônio, tudo em consonância com o profundo individualismo da época²³². Nesse sentido, Clóvis não tratou dos já conhecidos direitos da personalidade porque, enquanto direitos extrapatrimoniais, entendia que não se adequavam bem à lógica jurídica²³³. Por consequência, há quem entenda que esse modelo, claramente oitocentista, de regulação da ordem civil desumanizou inteiramente o conceito de pessoa humana, tratando-o como simples instrumento técnico-jurídico, um mecanismo de simples imputação de direitos e deveres²³⁴.

Mesmo com largo norte iluminista, o Código Civil de 1916 também foi marcado, sobretudo através do papel de sua comissão revisora, de um forte sentido de

²³¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **A Constituição e o Código Civil**, p. 246.

²³² MEIRELLES, Jussara. **O Ser e o Ter na Codificação Civil Brasileira: do Sujeito Virtual à Clausura Patrimonial**, pp. 92-93.

²³³ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A Normatividade da Pessoa Humana**. O Estatuto Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002, p. 54.

²³⁴ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A Normatividade da Pessoa Humana**. O Estatuto Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002, p. 61.

religiosidade católica. Nas palavras de Pontes de Miranda, verifica-se, nesse texto legal, um forte impulso para trás, sinal evidente de busca da estabilidade própria dos sistemas religiosos²³⁵ aos quais já nos referimos e que seriam determinantes para o tratamento dado às relações familiares.

2.2.3 A Família no Código Civil de 1916

A família, para Clóvis Beviláqua, era definida como “conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo várias legislações”²³⁶. Os fatores de constituição da família seriam o instinto genesíaco, identificado como o amor que aproximaria um casal, os cuidados com a prole e o amor filial. Todavia, tais fatores de ordem afetiva, não seriam suficientes para conformar as pessoas em uma estrutura familiar, por ele entendida como criação natural do homem, que a sociedade amolda e aperfeiçoa. Assim, para Clóvis, a família era compreendida somente após esse processo de adequação social, no qual a legislação tinha um papel fundamental²³⁷.

Clóvis, fiel à tradição e à situação social do Brasil de sua época, revelou verdadeiro privatismo doméstico, tratando temas como a família de modo ainda

²³⁵ PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, p. 25.

²³⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 30.

²³⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 31-32. Nas palavras do autor: “Os fatores de constituição da família são: em primeiro lugar, o instinto genesíaco, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogênie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familiar. Estes dois primeiros elementos, que são suas manifestações diferentes do mesmo instinto fundamental, a conservação da espécie, deparam-se tanto na família humana, quanto nos esboços da associação familiar, que nos oferecem os animais. Realmente, não vemos os moluscos e os aracnídeos velarem, sollicitamente, pelos depósitos de onde vai surgir a futura prole?”, p. 31-32.

patriarcal e patrimonializado²³⁸, em correspondência a uma sociedade ainda rural e agrária, com a maior parte da população habitando as regiões rurais²³⁹.

Nosso patriarcalismo parte do direito de família português, no qual nunca existiu o *ius vitae et necis*, direito de vida e morte sobre os filhos, deferido aos pais pelo direito romano²⁴⁰. Justamente por isso, nunca convivemos com tais disposições ou com o conhecido direito de venda e exposição dos filhos.

Por outro lado, o patriarcalismo brasileiro, fundado na idéia de necessidade de haver um chefe de família, legou à mulher e aos filhos uma posição de inferioridade, tanto na comunidade familiar, como na sociedade, cabendo ao *pater* a direção exclusiva do destino da família^{241 242}.

A mulher, inclusive, aparecia no rol dos relativamente incapazes para a prática dos atos da vida civil (art. 6º, inciso II), sofrendo também limitações na sua capacidade civil por ocasião do casamento. Essa restrição de capacidade da mulher casada era bastante comum nos ordenamentos jurídicos de então. Na França, essa feição restritiva constava textualmente dos artigos 215 e 226 de seu Código Civil²⁴³.

É interessante notar, nessa ambiência, que Beviláqua entendia que o direito de família constante de sua codificação devia ser considerado igualitário, embora afirmasse que a sociedade doméstica, à semelhança de todas as outras, tinha

²³⁸ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**, p. 14. Convém lembrar, com o autor, que no Código Civil de 1916, “o marido é o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe administrar os bens particulares da mulher, fixar e mudar o domicílio da família, e autorizar a profissão da esposa. O Juiz pode ordenar a separação dos filhos de mãe que contrai novas núpcias, se provando que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente. A mãe bínuba perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder. O direito de nomear tutor compete ao pai. Consagra-se, assim, a posição privilegiada do homem na sociedade conjugal”, p. 15.

²³⁹ REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**, p. 36.

²⁴⁰ PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, p. 77.

²⁴¹ CARBONERA, Silvana Maria. **O Papel Jurídico do Afeto das Relações de Família**, p. 279.

²⁴² Nesse sentido, *vide* também Rosana Fachin, para quem “é impossível buscar os traços da família sem destacar, ao longo da história, a relevância da participação feminina, considerando-se, especialmente, a discriminação e a exclusão contra as quais as mulheres tiveram que lutar”. FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio** – Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo, p. 21-22.

²⁴³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 157 e 159.

necessidade de um chefe em algumas situações, sendo que esse chefe devia ser o homem²⁴⁴.

A família considerada no Código Civil de 1916 estava assentada no casamento, tanto assim que o livro destinado à família trata, inicialmente, das formalidades preliminares matrimoniais, tendo como sua primeira norma, constante do artigo 180, disposição sobre os documentos a serem apresentados no processo de habilitação para o casamento. Não é segredo que esse diploma legal deixou de acolher princípios que já desafiavam a consciência jurídica de seu tempo²⁴⁵, como o reclame de um tratamento mais personalizado dos entes familiares.

Nesses tempos, o direito de família era preponderantemente matrimonial, ocupando-se tanto do casamento civil como da união religiosa com efeitos civis, estabelecendo pressupostos e requisitos para a formalização jurídica do vínculo matrimonial, visto como um “rito de passagem sob as vestes de um ato de autonomia privada”²⁴⁶. Para Clóvis, o direito de família não passava de “regulamentação do casamento, seus efeitos pessoais e econômicos, sua duração e dissolução, a determinação do parentesco, do dever de alimentos, do pátrio poder, da tutela e da curatela”²⁴⁷.

Não podemos encontrar em sua visão sobre o direito de família qualquer preocupação com uma dimensão mais personalizada ou não tocada por questões de

²⁴⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 32. Continua o autor: “A forma igualitária atual, se não é a mais forte e se espera modificações do tempo para acentuar-se melhor, é, certamente, mais própria do que as suas precursoras, para satisfazer às necessidades hodiernas da conservação da espécie, assim como para dar maior expansão à vida física, econômica e moral do indivíduo”, p. 33.

²⁴⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**, p. 7.

²⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. **O Direito de Família *Gauche***, p. 62. E continua o autor, discorrendo sobre o casamento no Código Civil de 1916: “Eis a união formal. Formalidades preliminares e solenidade concomitante à celebração se reúnem num ato que se consolida e se prova, prioritariamente pelo viés formal, secundamente pela posse de estado de casados. Localiza-se o plano do Código no contexto de sua época que define o casamento. Se se refere ao vínculo jurídico, a natureza dessa relação entre marido e mulher se estabelece à luz do padrão cultural dominante; se se reporta ao ato inicial que cria o vínculo, o espaço aberto pelo sistema jurídico aos que podem se matrimonializar determina sua natureza”, p. 63.

²⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 34.

ordem patrimonial ou formal. Nos termos do artigo 229²⁴⁸ do Código de 1916, a legitimidade da família somente poderia resultar do casamento válido. Para Clóvis, esse era um fato que se impunha “claro, patente em todas as suas conseqüências, dispensando comentários”²⁴⁹, bastando, apenas, afirmá-lo.

A filiação, “relação de parentesco existente entre a prole e os progenitores”²⁵⁰, era tratada nos mesmos moldes deferidos à família, intimamente atrelada ao matrimônio. Era classificada como legítima ou ilegítima, a depender da situação jurídica do vínculo entre os genitores. Aqueles que buscassem a condição de filho legítimo, sem possuí-la, eram considerados intrujões, usurpadores da legitimidade da família, que servia à própria estabilidade da sociedade²⁵¹.

A filiação estava preponderantemente fundada na presunção *pater is est*, refletindo a tradição romana ainda presente, segundo a qual, no interesse da segurança jurídica, presume-se que o marido coabitou com sua esposa e, por essa razão, é o pai da criança²⁵². Com nosso primeiro Código Civil, surgiu, em nosso país, a figura do filho jurídico, determinado nos termos de seu artigo 340²⁵³, segundo o qual o filho da mulher casada tinha, presumidamente, por pai o seu marido. Também esse artigo reflete a herança deixada pelo direito romano, com a legalização da regra *mater semper certa est pater incertus*²⁵⁴.

²⁴⁸ Artigo 229. “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354)”.

²⁴⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 141.

²⁵⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 301. Desenvolve o autor: “A filiação é legítima: 1º) se, no momento da concepção, o pai e mãe se acham vinculados por casamento válido; 2º) ou putativo; 3º) ou anulável, embora não putativo, isto é, nos casos em que subsistiria, se o vício determinante da anulação não tivesse sido utilizado para esse efeito, no prazo e segundo os preceitos da lei”, p. 301.

²⁵¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 309-310. Na locução do autor: “Para defender a sua posição de filho legítimo, contra os ataques que o pretendem desalojar dela ou para obtê-la, e afastar os usurpadores de seus direitos, tem o indivíduo necessidade de provar que, na realidade, é o que afirma, e não um simples intrujão”.

²⁵² ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 25.

²⁵³ Texto do artigo 340 do Código Civil de 1916: “Art. 340. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar provando-se: I- que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho”.

²⁵⁴ SOARES, Sônia Barroso Brandão. **Famílias Monoparentais: Aspectos Polêmicos**, p. 550.

Para Clóvis, são três os princípios jurídicos que fundamentam e condensam os resultados da presunção *pater is est*:

1º) o filho gerado na constância do casamento reputa-se oriundo do concubito dos dois cônjuges, e, portanto, legítimos. *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, diz o direito romano (Cód. Civil, art. 337, D, 2, 4, fr. 5); 2º) o filho que nasce 180 dias após o casamento é tido como engendrado já na constância dele (Cód. Civil, art. 338, D, 1, 5, fr. 12); 3º) e o que nasce até 300 dias depois da separação dos cônjuges, por morte de um deles, desquite ou anulação do casamento, presume-se, igualmente, concebido ao tempo da legítima coabitação (Cód. Civil, art. 338, D, 38, 16, fr. 3, 11). O primeiro desses prazos é, segundo a opinião corrente, a duração mínima da gestação da mulher, desde o momento da fecundação até o parto; e o segundo é a duração máxima, sobre a qual, entretanto, não existe pleno acordo entre os competentes.

É óbvio que a presunção do concubito dos cônjuges, ao tempo da concepção, é a base de todos esses princípios²⁵⁵.

O sistema de presunções construído é fruto da própria história do direito, que sempre se valeu da presunção, em razão da natural dificuldade de regular a própria convivência humana. No trato das relações familiares, a forte tendência ao matrimonialismo e ao patriarcalismo, aliada aos preconceitos morais históricos que as envolvem, o direito nos legou um extenso rol de presunções. Inicialmente, como visto, temos a presunção mediante a qual o filho da mulher casada é, também, filho de seu marido – *pater is est quem nuptia demonstrant*; e a presunção *mater semper certa est*, voltada a impedir que se promova a investigação de maternidade contra mulher casada. Mais adiante, quando os filhos decorrentes de relações não matrimoniais passaram a ser albergados, ainda que precariamente, por nossas leis, produzimos outras tantas presunções, como a voltada a atribuir a paternidade àquele que teve relações sexuais com a genitora, no período da concepção. Comporta registrar que essa presunção sofre a oposição de outra presunção, a da *exceptio*

²⁵⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 302-303. O autor do Código tem o cuidado de asseverar que tais prazos têm por base a mais alargada teoria acerca da legitimidade e legitimação dos filhos, constante dos Códigos Cíveis da Áustria, França, Itália, Espanha, Portugal, Argentina, Suíça, Chile, Colômbia, Uruguai, México e Bolívia. Na Alemanha, o termo de natividade legítima também era bastante aproximado ao do Código Civil Brasileiro, sendo de 180 dias, a contar da celebração do casamento e de 302 dias, a contar da separação, p. 304.

plurium concumbentium. Temos, ainda, a presunção de paternidade positivada para determinar a legitimação de filhos concebidos fora do casamento e que nascessem após 180 dias de estabelecida a convivência conjugal, juntamente com a presunção de paternidade do marido, nos casos de nascimento do filho dentro em 300 dias contados da dissolução da sociedade conjugal²⁵⁶.

Boa parte dessas presunções, inclusive a *pater is est*, permanece presente em nosso atual Código Civil, apesar de se ter defendido que a Constituição Federal não as teria recepcionado. Na verdade, a presunção *pater is est* consiste em regra essencial do matrimônio. Absurdo ocorreria se toda mulher casada tivesse que provar que seu filho é de seu marido. O problema, na verdade, está na matriz de extensão que se deu, ainda nos primórdios do direito, a essa presunção. Para sua própria estabilidade e eficácia, o marido tinha um prazo para insurgir-se contra a sua contundência. Em outras palavras, pelo Código Civil de 1916, o marido tinha um prazo bastante exíguo – dois ou três meses, a depender do caso²⁵⁷ – para contestar a paternidade a si imposta com relação aos filhos nascidos de sua esposa. Findo esse prazo, tido por decadencial, a paternidade seria indiscutível e consolidada.

Como veremos mais adiante, onde se discutia prazo e oportunidade para confrontar uma presunção, já era possível discutir a filiação sob outros aspectos, bem mais caros às relações sociais e de família.

Todavia, nosso sistema jurídico não lançou mão apenas de tais presunções para sobrepor o que chamamos de imputação jurídica da paternidade, ou maternidade, ao fato natural da procriação ou filiação. Foram instituídas, também,

²⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da Afetividade**, p. 1.

²⁵⁷ Dispõem os parágrafos terceiro e quarto do artigo 178 do Código Civil de 1916, respectivamente: “prescreve em 2 (dois) meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher; a mesma ação do parágrafo anterior, prescreve em 3 (três) meses se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento, contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo”.

expressivas hipóteses legais de óbices para a desconstituição dessas presunções, como forma de garantir a sua eficiência, a exemplo das constantes dos artigos 340, inciso I²⁵⁸, 342²⁵⁹, 343²⁶⁰, 344²⁶¹ e 346²⁶², “tudo em prol da manutenção da então família legítima, mesmo que tal proteção implicasse em ocultar a realidade que estava por detrás da aparente verdade”²⁶³.

Podemos afirmar, nesse ponto, que a filiação era categorizada de acordo com a situação jurídica dos ascendentes: os filhos gerados por pais casados entre si eram considerados legítimos; os filhos resultantes de relações não matrimoniais eram tidos como ilegítimos, não merecedores da tutela legal ou do Estado, destinada apenas à família legítima, fundada no matrimônio²⁶⁴.

É interessante notar que, para a sua época, o Código Civil de 1916 avançou em certas questões, permitindo, por exemplo, a legitimação de filhos adulterinos, através de subsequente casamento dos pais, deferindo aos mesmos, assim como aos filhos incestuosos, na expressão do artigo 405²⁶⁵, o direito a alimentos. Ademais, autorizou-se a investigação de paternidade em condições bem mais amplas, nos termos do artigo 363²⁶⁶. Não obstante, mesmo a prova do adultério da esposa não seria, por si só, suficiente para destruir a presunção legal de legitimidade da filiação

²⁵⁸ “Artigo 340. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar provando-se: I- que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho; (...)”.

²⁵⁹ “Artigo 342. Só em sendo absoluta a impotência, vale a sua alegação contra a legitimidade do filho”.

²⁶⁰ “Artigo 343. Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal de legitimidade da prole”.

²⁶¹ “Artigo 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, parágrafo terceiro)”.

²⁶² “Artigo 346. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade”.

²⁶³ ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade: do Elo Fictício ao Elo Construído**, p. 233.

²⁶⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade: do Elo Fictício ao Elo Construído**, p. 231-232.

²⁶⁵ Artigo 405 do Código Civil de 1916: “O casamento, embora nulo, e a filiação espúria, provada quer por sentença irreversível, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade, somente para o efeito da prestação de alimentos”.

²⁶⁶ Artigo 363 do Código Civil de 1916: “Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I- se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai; II- se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; III- se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente”.

ou da paternidade, porque o filho ainda poderia ser do marido, devendo prevalecer, na dúvida, a presunção em favor da legitimidade da filiação e da estabilidade da família²⁶⁷. Quanto à investigação de maternidade, só foi proibida nas situações em que tivesse por fim atribuir à mulher casada prole ilegítima ou incestuosa à solteira, conforme o artigo 364²⁶⁸²⁶⁹.

Entretanto, negava-se terminantemente o reconhecimento de filhos adulterinos ou incestuosos, salvo se houvesse casamento posterior. Repetia-se, assim, uma fórmula bastante comum nos ordenamentos jurídicos ocidentais de então. Ocorria, por exemplo, na Itália, que o filho seria legítimo se concebido por genitores unidos pelo matrimônio; quando isso não acontecia, sua ilegitimidade era inafastável. Naqueles tempos, a legitimidade do filho era concebida quase como um título, dada a relevância social atribuída ao *status* de filho legítimo²⁷⁰. Nesse ambiente, o pátrio poder, complexo de direitos e deveres atribuídos à figura do pai, somente existia nas relações legítimas²⁷¹.

A família no Código Civil de 1916, tal e qual ocorreu com a pessoa, recebeu tratamento preponderantemente patrimonialista. Mais da metade de seus artigos tem conteúdo patrimonial²⁷². Sob o mesmo fundamento – segurança das relações jurídicas – a família era considerada um nicho de relações pessoais que tinha, no patrimônio, a garantia de sua sobrevivência. Questões como os impedimentos matrimoniais, ausência, tutela, curatela e até mesmo as condições para o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, foram concebidas, em grande medida, para proteger o patrimônio das pessoas. A família tinha, de par com a finalidade eminentemente

²⁶⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 303.

²⁶⁸ Artigo 364 do Código Civil de 1916: “A investigação da maternidade só se não permite, quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira (art. 358)”.

²⁶⁹ PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, p. 201-202.

²⁷⁰ TORRENTE, Andréa. **Manuale di Diritto Privato**, p. 766-767, tradução nossa.

²⁷¹ TORRENTE, Andréa. **Manuale di Diritto Privato**, p. 771, tradução nossa.

²⁷² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Relações de Família**, p. 64.

procriacional e religiosa, como a mais evidente das funções, a garantia de estabilidade econômico-patrimonial de seus membros²⁷³.

Apesar de tratar da posse do estado de casado, como forma de atender aos interesses da sociedade de então, sobreleva notar que o Código de Beviláqua não se ocupou da posse do estado de filho. Mesmo sendo conhecida da doutrina da época, constando, por exemplo, do Código Civil dos franceses (art. 345) e da Itália (art. 235), a posse do estado de filho foi eliminada do Código Civil Brasileiro²⁷⁴. Esse instituto, como será demonstrado, ganhará larga importância na doutrina civilística e na jurisprudência atual, porquanto é autorizador de uma interpretação mais personalizada das relações de filiação, razão pela qual, provavelmente, não figurou no texto do Código Civil de 1916.

A trajetória do Código Civil de 1916, principalmente em seus últimos momentos de vigência, foi sobremaneira acidentada²⁷⁵. Ainda vigente em tese, nosso Código Civil foi confrontado com a Constituição de 1988, que modificou a sua forma de interpretação e aplicação, inclusive no sentido de não recepcionar inúmeras de suas disposições. No Código Civil, o marido recebia poderes para chefiar a família – então considerada um valor em si mesma – bem como para definir, em grande parte, o próprio destino de seus membros. Já a Constituição de 1988 considera a família um ambiente para o desenvolvimento da dignidade e personalidade de seus membros, de forma harmoniosa, apagando do universo jurídico a figura do chefe de família²⁷⁶.

O Código Civil de 1916 teve um papel primordial na organização normativa brasileira, bem como na própria construção de nosso sentimento de nacionalidade,

²⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da Afetividade**, p. 3.

²⁷⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 310.

²⁷⁵ Vale trazer o argumento de Carmem Lúcia Silveira Ramos: “No Brasil, a transição da sociedade agrária, em que a família era uma célula não apenas patriarcal, mas também econômica, produtiva, para a realidade urbana, vinculada à industrialização e ao comércio, com a conseqüente mobilidade dos indivíduos, na busca do emprego e da melhoria de vida, deu-se de forma traumática, sem nenhum preparo cultural”. *In A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras*, p. 15.

²⁷⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**, p. 34.

tanto jurídica como social. Ao entrar em nosso sistema normativo, o Código – sem embargo das largas críticas que sempre recebeu – apresentou-se como instrumento de consolidação de valores sociais e de realização das finalidades do bem comum. Essa característica lhe valeu certa trégua. Contudo, os próprios fatos sociais e a modificação do comportamento da sociedade foram atropelando a autoridade do Código. Esse foi um processo longo, que se estendeu por praticamente todo o século XX, no Brasil. Com a Constituição Federal de 1988, deu-se o grande rompimento da ordem jurídica com o Código Civil²⁷⁷, mediante a transformação paradigmática do tratamento normativo oferecido à família e aos demais institutos do direito civil, bem como dos critérios hermenêuticos que seriam empregados no direito privado, notadamente no direito de família.

Quanto ao mais, devemos lembrar que a segunda metade do século XX foi assolada por um forte movimento de reação aos Códigos. Entrementes, ao mesmo tempo em que se afirmava ser o século XX uma verdadeira era da descodificação, com a eclosão dos chamados microssistemas no Brasil – como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente – justamente no intervalo temporal compreendido entre 1948 e 1983 foram elaborados mais de trinta códigos no Ocidente. Esse movimento de retomada da codificação teve continuidade mais recente, como ocorreu em Quebec (Canadá), Holanda, Bélgica e no Brasil, que tem novo texto desde 2002. Empiricamente, temos uma contradição com a doutrina; a atualidade do fenômeno codificatório, sob essa ótica, é inegável²⁷⁸. Devemos lembrar, entretanto, que nenhum desses códigos tem sido apresentado com perspectiva totalizante, como ocorria anteriormente, ao tempo em que Clóvis Beviláqua apresentou seu trabalho de codificação.

²⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. *O Direito de Família Gauche*, p. 63.

²⁷⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Sistema e Direito Privado: Panorama Histórico e Perspectivas para uma Racionalidade Construtiva*, p. 177.

A estrutura do Código Civil, pautada em presunções e desafiando a própria realidade, condicionou em grande parte o direito brasileiro. Esse é um dado inegável. Ao declarar que um filho ilegítimo não poderia ser reconhecido, nos mesmos moldes do que dispunham, por exemplo, os códigos civis da Alemanha e da Itália, o Código Civil Brasileiro denunciou o arbítrio próprio dos juristas, desafiando os dados biológicos e sociais envolvidos na questão. O direito atropelava, assim, os próprios fatos naturais²⁷⁹.

Sobreleva notar que o filho ilegítimo é tratado como “filho”, ao mesmo tempo em que lhe é negado o reconhecimento dessa condição. Em outras palavras: apesar de ser filho, por ser ilegítimo, para o direito, não pode ser *considerado* filho. É interessante trazer a crítica de Karl Engisch a disposições dessa natureza, constantes do BGB alemão: “A idéia do legislador não podia ser a de que os filhos ilegítimos não são parentes de sangue de seu pai, do ponto de vista *natural*; mas antes a de que o filho ilegítimo não deve ser *equiparado* ao filho legítimo *juridicamente, melhor: do ponto de vista do direito civil*”²⁸⁰.

A filiação, enquanto instituto jurídico, aparece como uma imputação do direito, em moldes idênticos ao tratamento conferido à personalidade. Isso nos condicionou a operar a questão da paternidade, ou da maternidade, como um tema próprio do reconhecimento jurídico, que não necessariamente precisa estar identificado com os fatos. Esse um legado histórico do direito de família que, como assinalaremos oportunamente, não tem horizonte próximo de superação.

²⁷⁹ ENGISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 16-17.

²⁸⁰ ENGISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 21-22.

2.3 A Capacidade como Atributo Específico da Personalidade

Conforme afirma Carvalho Santos, em uma construção tradicional do direito civil, “a personalidade constitui o mais importante ‘estado’ de pessoa; basta lembrar que ela existe de direito em qualquer pessoa natural, como corolário necessário para a capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações”²⁸¹.

Em Clóvis Beviláqua, somente seriam sujeitos de direitos as pessoas. Para ele, ao refletir as noções de sua época, as idéias de pessoa e sujeito de direito somente não coincidiriam porque aquela oferece dois aspectos, um ativo e outro passivo, ao passo em que os sujeitos de direitos seriam as pessoas em condição unicamente ativa²⁸².

A noção de personalidade no direito esteve atrelada, historicamente, à idéia de capacidade jurídica, pois a pessoa sempre foi entendida como o sujeito ou titular de direitos e a personalidade nada mais era que “a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções”²⁸³. A capacidade, por sua vez, acabou por tornar-se um atributo próprio, específico das pessoas, sobretudo em um ambiente em que somente os entes dotados de personalidade poderiam ser sujeitos de direito e, portanto, titulares de capacidade. A diferenciação entre esses institutos não se fazia relevante. Essa é uma perspectiva própria de um período em que a capacidade somente era conferida ao homem, para ter direitos e obrigações²⁸⁴, na qual a idéia de sujeito de direitos, afastada da idéia de personalidade, não havia sido sequer concebida.

²⁸¹ CARVALHO SANTOS, J. M. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, vol. I, p. 245.

²⁸² BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 101.

²⁸³ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**, tomo I, p. 155.

²⁸⁴ DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Teoria Geral, p. 136.

Essa é uma visão superada pela doutrina civilística contemporânea. Não é necessário ser pessoa, nos próprios termos de nosso Código Civil atual, para que um ente seja sujeito de direitos. Exemplo disso é a proteção conferida ao nascituro, ao embrião humano, ao cadáver, bem como ao meio ambiente e aos animais. Atualmente, temos trabalhado com a idéia de que um ente que mereça proteção pode ser sujeito de direitos, independentemente do fato de não ser pessoa. É que os próprios direitos da personalidade estão assentados nessa premissa. Por mais paradoxal que pareça, os direitos da personalidade são conferidos também a entes desprovidos de personalidade, como o homem morto que, apesar de não mais ser pessoa, posto que a personalidade termina com a morte, tem seus direitos da personalidade, como a honra e a proteção ao nome, definitivamente resguardados em nosso sistema jurídico²⁸⁵.

Sendo assim, concordamos com o fato de que a personalidade humana é própria da condição existencial do homem, mas esse não pode ser um entendimento restritivo. Em outro sentir: isso não obsta a hábil proteção jurídica de tantos outros entes, humanos ou não humanos.

A personalidade outorga ao homem um complexo de *status*, dentre eles a condição de ser sujeito de direitos. Tradicionalmente, esses *status* serviram, por exemplo, para resguardar o homem em si e a pertinência dele à família e ao Estado. Com efeito, a capacidade deve ser entendida apenas como uma consequência dessa condição da pessoa, ao contrário do que ocorria anteriormente, quando a personalidade era entendida como um atributo da capacidade.

²⁸⁵ Nesse sentido, dispõe o artigo 12 do nosso atual Código Civil: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau”.

Não obstante, durante séculos a personalidade, confundida sempre com a capacidade, esteve na raiz de todos os direitos subjetivos. Veio daí que os direitos subjetivos assumiram uma feição bastante própria do personalismo, dando lugar à idéia de liberdade e de vontade, construída pelos antigos e sistematizada, dentro dos parâmetros da razão, na Idade Média. Modernamente, pouco se fez com vistas a modificar essa relação. Conseqüentemente, podemos constatar que os direitos subjetivos continuam sendo compreendidos, como sua própria designação revela, com alta carga de subjetividade, o que é uma decorrência lógica do entendimento segundo o qual a capacidade seria um atributo específico da personalidade.

Isso condicionou os juristas da modernidade a entender os direitos subjetivos como intangíveis. Qualquer negação ao exercício dos direitos subjetivos podia ser rapidamente identificada como degradação da própria pessoa humana, porquanto incidente em sua esfera de autonomia e liberdade. Esse é um ponto fundamental para a compreensão de nossas dificuldades em operar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares²⁸⁶.

2.4 Direito Subjetivo e Personalidade – O problema da mitigação da idéia de sujeitos de direito

A noção de personalidade e a de direito subjetivo têm origem naquilo que os antigos entendiam como estado de liberdade da pessoa humana. Com o intuito de

²⁸⁶ STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, p. 21.

garantir o próprio desenvolvimento do homem, essas noções foram recebendo novas informações, sendo moldadas de acordo com recentes ideologias. Mas, de algum modo, nelas permaneceu o sentido de existirem como forma de afastar intrusões na esfera privada dos homens, garantindo-lhes a faculdade jurídica de defenderem seus interesses²⁸⁷. Essas garantias surgem na ordem do que se convencionou chamar de direitos objetivos, que lançam, na esfera das situações existenciais das pessoas, direitos subjetivos com base nos quais estas mesmas pessoas irão pretender a realização de sua proteção jurídica.

Existe uma relação bastante intrincada entre o que se tem compreendido como direito objetivo e como direito subjetivo, sobretudo em países de língua portuguesa, onde a estreita relação entre os dois institutos apresenta-se até mesmo através da utilização de uma única palavra (direito) para qualificá-los. É interessante notar que esse problema é bastante mitigado no sistema de *common law*, ou nos países de língua inglesa, em razão de sua possibilidade lingüística de utilizar dois vocábulos distintos: *right*, que equivale a nosso direito subjetivo, ou, classicamente, *facultas agendi*, faculdade jurídica de agir nos casos de violação ou inobservância do comportamento descrito; e *law*, para o direito objetivo, ou, em sentido clássico, *norma agendi*, norma geral e prescritiva de comportamentos sociais²⁸⁸.

A titularidade de direitos e a personalização do homem apresentam uma vinculação tão estreita que, como vimos, durante bastante tempo o direito subjetivo somente podia ser concebido quando houvesse uma pessoa, compreendida como único sujeito de direito, para exercê-lo. Devemos observar, ainda, que essa vinculação acabou por tornar o próprio direito subjetivo também um atributo da ordem jurídica, após o que a pessoa foi perdendo gradativamente sua relevância e

²⁸⁷ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade**, p. 49.

²⁸⁸ MIRANDA, Custódio da Piedade U. **Teoria Geral do Direito Privado**, p. 181.

prestígio dentro do direito, passando a ser considerada apenas um simples elemento da relação jurídica²⁸⁹.

A partir de então, passamos a conviver com uma idéia de direito subjetivo que nos acompanha até os dias presentes e que tem causado extensos e graves prejuízos à própria idéia de personalidade e, o que é mais grave, à própria compreensão e efetivação da dignidade humana nas relações jurídicas.

O direito subjetivo, enquanto faculdade de obrigar outrem a cumprir certa determinação legal fica evidente, sob a égide das relações obrigacionais, na doutrina de Kant:

Portanto, se dissermos que um credor tem o direito de exigir do devedor o pagamento de seu débito, isso não significa que ele possa demonstrar-lhe que sua própria razão o obriga a essa prestação, mas apenas que uma coação que obriga cada um a fazer isso pode muito bem harmonizar-se, segundo uma lei externa e geral, com a liberdade de cada um e, por conseguinte, também com a sua. Direito e faculdade de obrigar significam, então, a mesma coisa²⁹⁰.

Admitindo-se correta a preleção, o direito subjetivo ao crédito e o direito de exigir o pagamento do crédito seriam, em verdade, um único direito. Essa dedução nos revela, ao mesmo tempo, o sentido simplificador da idéia de direito subjetivo, ao lado da necessidade que se tem – decisiva para a concepção do direito subjetivo – de aliar duas fases para a sua concreção. Na primeira, que é estática, o direito é pertinente a um sujeito, não chegando a emergir do chamado direito objetivo. A segunda é dinâmica, caracterizada pela possibilidade de atuação de seu titular com vistas à sua realização²⁹¹.

Como a concepção de direito subjetivo desponta em um quadro no qual a idéia de sujeitos de direito é mitigada, quando não inexistente, como foi referendado,

²⁸⁹ MEIRELLES, Jussara. **O Ser e o Ter na Codificação Civil Brasileira: do Sujeito Virtual à Clausura Patrimonial**, p. 88 e 94.

²⁹⁰ KANT, Emmanuel. **A Metafísica dos Costumes**, p.214-215.

²⁹¹ MIRANDA, Custódio da Piedade U. **Teoria Geral do Direito Privado**, p. 180.

o direito subjetivo acaba por carregar consigo uma impressão muito forte do personalismo, principalmente com relação à sua intangibilidade. Subsumida a noção de sujeitos de direito, produziu-se uma crise sem precedentes no plano jurídico, quando se fez necessária a proteção de entes não personalizados. Esse, outro e mais um problema a ser enfrentado pelo jurista da contemporaneidade.

2.5 O Instituto da Personalidade e suas Relações com as Noções de Direito Subjetivo

2.5.1 Personalidade: uma imputação jurídica ou um fato?

São inúmeras as acepções do termo *personalidade*, tanto que a expressão mereceu o qualificativo de polissemia, uma vez que já lhe foram assinalados mais de dez diferentes sentidos, ainda no século XVII²⁹².

Inicialmente, pode ser considerada como critério distintivo dos homens, marcando as diferenças entre eles²⁹³ e servindo como expressão voltada a estabelecer o temperamento de cada ser humano. Bem assim, de ordem psicológica ou antropológica, essa espécie de definição da personalidade, apesar de sua vasta importância, não será nosso objeto de investigação. Interessa-nos, nesta oportunidade, analisar a personalidade na ambiência do direito.

Os códigos civis ocidentais reconhecem no homem uma peculiar natureza e destino, postura que tem raízes tanto na própria filosofia que lhes é subjacente, como

²⁹² BRAVO, Federico de Castro y. **La Persona Jurídica**, p. 137-138.

²⁹³ INGENIEROS, José. **O Homem Mediocre**, p. 44 e 45.

na ampla influência do Cristianismo e, principalmente, no personalismo ético kantiano, que atribuiu ao homem a condição de pessoa, um valor em si mesmo, decorrente de sua dignidade inata²⁹⁴.

Estamos definitivamente obrigados a reconhecer que a personalidade, juridicamente, nada mais é que uma convenção socialmente necessária e aceita. Entretanto, nos domínios do direito, nós superdimensionamos essa idéia, operando tal convenção enquanto imputação jurídica. Foi justamente assim que nosso ordenamento jurídico, assentado nas codificações do século XIX e em toda a história da concepção de pessoa no direito, “estabeleceu uma categoria jurídica abstrata a que designou por pessoa natural, em cujo enquadramento encontra-se a condição necessária para que o ser humano seja considerado sujeito de direito”²⁹⁵.

Se, para Kelsen, em sua teoria normativa, o direito equivale a norma, este jamais poderá ser admitido como uma realidade natural. A relação que se constitui em seu objeto não é mais, como na natureza, de causa e efeito, mas de condição e consequência. Esse o postulado central da Teoria Pura: a imputação^{296 297}. Isso nos conduz, irreversivelmente, a concluir que, em Kelsen, a personalidade nada mais é que uma imputação do direito. Em suas palavras:

O conceito da pessoa (em sentido jurídico) é outro conceito geral usado na apresentação do Direito positivo e intimamente relacionado aos conceitos de dever jurídico e direito jurídico. O conceito de pessoa (em sentido jurídico) – quem, por definição, é sujeito de deveres jurídicos e direitos jurídicos – vai ao encontro da necessidade de se imaginar um portador de direitos e deveres. O pensamento jurídico não se satisfaz com o conhecimento de que certa ação ou omissão humana forma o conteúdo de um dever ou direito. Deve existir algo que “tem” o dever ou o direito²⁹⁸.

²⁹⁴ LARENZ, Karl. **Derecho Civil – Parte General**, p. 44-45.

²⁹⁵ MEIRELLES, Jussara. **O Ser e o Ter na Codificação Civil Brasileira: do Sujeito Virtual à Clausura Patrimonial**, p. 87-88.

²⁹⁶ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**, p. 58.

²⁹⁷ No dizer de Kelsen: “O que transforma este facto num acto jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objectivo que está ligado a esse acto, a significação que ele possui”. *In A Teoria Pura do Direito*, p. 20.

²⁹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 135.

Para Pontes de Miranda, a personalidade também é uma imputação jurídica: “o ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que nascer é o núcleo”²⁹⁹. A personalidade, desse modo, seria a possibilidade de ser sujeito de direito; de se encaixar em suportes fáticos que, em virtude da incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos³⁰⁰.

A primeira crítica pertinente ao magistério de Kelsen pode tomar por base suas próprias palavras, constantes do prefácio da primeira edição de sua *Teoria Pura do Direito*³⁰¹. Com efeito, Kelsen revela seu intento de construir uma teoria jurídica completamente desvincilhada dos raciocínios de política jurídica, com objetivo claro de conduzir o conhecimento do direito à condição de ciência do espírito. Por via lógica de consequência, para Kelsen, a Justiça, enquanto valor, é indiferente; “toda valoração, todo juízo sobre o direito positivo deve ser afastado”³⁰².

A questão pode ser vista de outra forma: Kelsen, apesar de não subtrair ao direito a possibilidade de que ele venha a ser objeto de uma Sociologia Jurídica, acaba por inferir que um estudo desta natureza não tem qualquer relação com o

²⁹⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, tomo I, p. 153.

³⁰⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, tomo I, p. 153. Continua o autor: “O conceito de pessoa surgiu no sistema lógico acima do sistema jurídico, que contemplava a esse: de lá se viu que A *podia* ser sujeito de direito; e viu-se isso, porque, no sistema jurídico, de algum fato jurídico emanou efeito, direito ou pretensão, ou direito e pretensão, ou direito, pretensão e ação, em que A apareceu como sujeito de direito, isto é, termo ativo da relação jurídica. Poder-se-ia conceber o sujeito de deveres, nem ser sujeito de direito, e esse sujeito seria pessoa. Posteriormente, os sistemas jurídicos importaram os enunciados do sistema que os contemplava, para fazer enunciados seus; e esses enunciados, por serem acima dos seus enunciados sobre efeitos, passaram a ser tratados da Parte Geral”, p. 154.

³⁰¹ Nessa oportunidade, manifestou-se o autor: “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objecto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente- se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência de espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objectividade e exactidão”. In *Teoria Pura do Direito*, p. 7.

³⁰² GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, p. 57.

próprio fenômeno do direito. A retirada de todo e qualquer conteúdo ideológico do direito acaba por subtrair dos juristas as possibilidades de compreenderem o fenômeno do direito e, portanto, as normas jurídicas, em uma perspectiva ética e social, ou mesmo referente à natureza do estado social em que se inserem. Essas perspectivas, como já tivemos oportunidade de comprovar, são absolutamente necessárias para a compreensão da idéia de dignidade humana – precisamente ideológica em sua essência –, bem como da personalidade e dos direitos subjetivos, estes, inclusive, inexistentes para Kelsen.

Apesar de Pontes de Miranda e Kelsen representarem posturas antagônicas na compreensão do fenômeno jurídico, ambos merecem a mesma crítica com relação às suas percepções acerca da personalidade, que não pode ser entendida como mera imputação do direito. No que se refere à pessoa humana, há todo um universo de relações e implicações que não podem ser resumidas à proposição que apresentam: ser pessoa é ser capaz de direitos. Independentemente do fato deles discordarem com relação à possibilidade de existência de direitos inatos da pessoa³⁰³, negada por Kelsen, eles enfrentam o tema da personalidade como um conceito com que se alude à possibilidade, na área jurídica, de ser sujeito de direitos e deveres, o que nos conduz a entendê-la em um plano abstrato. Ambos nos conduzem a um sistema que desnaturaliza a pessoa, para considerá-la um conceito normativo, jurídico, que apenas reconhece a pessoa como ente apto a ser titular de direitos e obrigações. Assim, o reconhecimento da condição de pessoa, com relação ao próprio ser humano, estaria arbitrariamente vinculado ao ordenamento jurídico. Saímos do campo do naturalismo para uma esfera de normatividade, o que, entretanto, não resolve o problema essencial da compreensão do personalismo.

³⁰³ Sobre a possibilidade de existirem direitos inatos, em Pontes de Miranda, *vide Tratado de Direito Privado*, tomo I, p. 155.

A discussão sobre o personalismo parecia superada com sua universalização. Se todos os homens eram considerados pessoas, nada mais haveria para ser discutido. Discutir se o homem, naturalmente, é ou deve ser sujeito de direitos e obrigações, ou se essa condição é uma imposição do direito, deixaria de ser importante na medida em que essa condição, natural ou jurídica, seria reconhecida ou deferida a todos. O resultado prático de tal querela, sob essa ótica, seria nenhum.

Essa é, porém, uma visão limitada do problema e, mais ainda, de suas conseqüências. Ainda que existam, atualmente, duas concepções da pessoa humana, ambas voltadas a fundamentar a idéia de sua dignidade, a questão renasce todas as vezes que discutimos a dignidade humana e os direitos subjetivos.

Com efeito, na concepção insular sobre a pessoa humana, compreende-se o homem como um complexo de razão e vontade, ou como ente dotado de autoconsciência. Permanecendo dominante, essa concepção gera inúmeros problemas, sobretudo por não oferecer resposta às questões que envolvem seres humanos que não sejam ainda dotados de autodeterminação ou que a tenham perdido. Ao conspecto dessas considerações, somos conduzidos a perceber a dignidade humana como um reflexo e, ao mesmo tempo, como um fundamento da autonomia individual, sendo, pois, mais uma derivação do racionalismo iluminista que se instalou tão fortemente no direito civil que, mesmo nos tempos atuais, tem uma pousada tranqüila. Sob outra ótica, a pessoa humana pode ser entendida como ente integrado à natureza, que não tem na razão ou na vontade sua nota essencial ou específica. Em verdade, quebrando a dualidade própria da concepção insular – onde homem e natureza encontram-se em níveis distintos –, compreende o homem como ente integrado à natureza, envolvido em toda a complexidade de sua condição,

afastando, pois, aquele caráter eminentemente subjetivista e antropocentrista da primeira concepção³⁰⁴.

Devemos lembrar, ademais, que a própria concretização da idéia de dignidade humana exige uma tomada de posição sobre o que é a “pessoa humana” e sobre sua capacidade jurídica, geradora da própria concepção de direito subjetivo. Na emergência do debate jurídico travado na contemporaneidade sobre questões como os direitos fundamentais e os direitos humanos, a discussão sobre o personalismo está no centro das preocupações dos juristas³⁰⁵.

No direito civil, a personalidade continua sendo entendida, preponderantemente, como um atributo, uma condição deferida ao homem, através dos sistemas jurídicos. No âmbito do direito, desse modo, a pessoa natural é uma idéia própria de suas construções abstratas, como as presunções e situações jurídicas subjetivas. Definida pela técnica jurídica, a pessoa natural tem traçados os seus limites de atuação, sendo considerada sujeito de direito não em razão de sua natureza humana, ou de sua dignidade, mas em virtude de suas faculdades e obrigações designadas pelo próprio ordenamento jurídico³⁰⁶.

2.5.2 Direitos Subjetivos *Prêt-a Porter* – a resistência da perspectiva liberal

Como tivemos a oportunidade de ver, os direitos subjetivos radicam na necessidade de garantia do estado de liberdade dos homens, de onde também surgiu a

³⁰⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**, p. 04-05.

³⁰⁵ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A Normatividade da Pessoa Humana** – O Estatuto Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002, p. 02-03.

³⁰⁶ MEIRELLES, Jussara. **O Ser e o Ter na Codificação Civil Brasileira: do Sujeito Virtual à Clausura Patrimonial**, p. 89.

idéia de personalização dos mesmos. A partir daí, os institutos cruzaram um longo caminho, sempre atrelados a esse tronco comum.

Quando do aparecimento de ambos os institutos, a idéia de liberdade humana a ser garantida estava intimamente ligada a questões patrimoniais. Podemos inferir, conseqüentemente, que tanto a personalidade como o direito subjetivo foram elaborados sobre a categoria do “ter”³⁰⁷.

Como modo de garantia da estabilidade patrimonial das pessoas –acreditava-se que a proteção seria plena – atribuía-se ao homem a condição de titular de direitos subjetivos. Em sendo o patrimônio algo explicitamente individual, os direitos subjetivos receberam, igualmente, por essa razão, mais um influxo de individualidade.

A procura por segurança jurídica, própria da perspectiva liberal do direito, levou os juristas a idealizarem os direitos subjetivos como verdadeiras fórmulas de antecipação de faculdades jurídicas das pessoas. Esses ideais, formações naturais dos juristas daquela época, surgiram justamente quando sua função de pensar alcançou um desenvolvimento tal que passaram a crer ser possível antecipar o direito às experiências humanas propriamente ditas³⁰⁸.

Sob essa ótica, o direito subjetivo nada mais seria que uma artificialidade. A utilização de artifícios jurídicos, como a noção de direito subjetivo, já estava presente, como vimos, no direito romano, que criou uma ordem prática de organização jurídico-política, fundada amiúde em uma perspectiva sicofântica, voltada a legitimar uma sociedade desigual³⁰⁹.

³⁰⁷ Sobre a questão aventada acerca do direito subjetivo, vide PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**, p. 155.

³⁰⁸ INGENIEROS, José. **O Homem Mediocre**, p. 4.

³⁰⁹ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seu Legado**, p.149.

Enquanto artifício jurídico, os direitos subjetivos podem ser considerados simples mecanismos de redução da complexidade das relações humanas, para tornar possível uma regulação mais abrangente, eficiente e inteligível de sua convivência, permitindo a formulação de proposições normativas claras.

Com efeito, Alf Ross nos aponta um evidente exemplo de utilização desse artifício, que teria encontrado em uma tribo primitiva. Lá, a violação de um determinado tabu faz surgir o *tû-tû*, ou melhor, aquele que viola o tabu fica *tû-tû*. Em tal situação, essa pessoa deve ser submetida a uma cerimônia de purificação. Note-se que o *tû-tû* serve de conexão entre as inúmeras situações compreendidas como violadoras de tabus – como comer a comida destinada ao chefe, encontrar-se com a sogra ou matar um animal totêmico - e a resposta jurídica que se entendeu necessária para tais situações³¹⁰. Alf Ross identifica a idéia de direitos subjetivos com o *tû-tû*.

Os direitos subjetivos seriam, então, um mecanismo facilitador da própria construção do direito, sendo totalmente desprovidos de significado em si mesmos, mas exercendo uma função lingüística muito importante. Todo um feixe de condutas humanas, assim, não levaria diretamente a um resultado, mas conduziria seus agentes a um determinado *status* que, por sua vez, recebe um tratamento jurídico uniforme³¹¹. De outro modo, se alguém compra uma casa, um automóvel ou um livro, em qualquer uma dessas situações terá direito a exigir a entrega do bem adquirido, sendo reconhecido como titular de um direito de crédito.

O ordenamento jurídico, desse modo, não precisa descrever cada um desses casos para prescrever o direito subjetivo de que o credor será titular. Primeiro, outorga-lhe o *status* de credor; em sendo credor, independentemente do que adquiriu ou como se deu o contrato que realizou, terá o direito de exigir a entrega da coisa.

³¹⁰ ROSS, Alf. *Tû-tû*, p. 7-8.

³¹¹ CUNHA, Clarissa de Oliveira Gomes Marques de & LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Alexy no Jardim?*, p. 4.

Assim, haveria, em tais casos, “um simples exemplo de redução pela razão a um ordenamento sistemático. É, por certo, tarefa do pensamento científico empreender esse processo de simplificação”³¹². A vantagem técnica da utilização da noção de direitos subjetivos é evidente, tanto assim que, ao longo da história do direito, foram utilizados como “meio voltado tanto à sistematização do direito como, sobretudo, à indicação das situações nas quais se pretende assegurar às pessoas a proteção de seus interesses”³¹³.

Apesar de ser um termo desprovido de qualquer significado em si mesmo, é larga a carga semântica que os direitos subjetivos carregam consigo. Da concepção inicial de direitos subjetivos como artifício jurídico, o homem passou a estilizá-lo, inflando em tal medida a sua relevância na realização de seus interesses que, a partir de um dado momento – que pode ser percebido na Idade Média – passou a “confundi-lo com a própria noção geral do Direito, voltado a regular a inserção do homem em seus grupos sociais”³¹⁴. Além disso, o direito subjetivo atravessou o processo evolutivo do direito mantendo-se na condição de prerrogativa do homem individualmente considerado³¹⁵. Assim, o direito subjetivo foi designado como ambiente de realização dos interesses do indivíduo, intimamente ligado à tutela de sua liberdade e vontade.

O foco no sujeito, longe de querer significar um sentimentalismo conceitual, reflete uma estruturação de raciocínio e uma proposta de organização do sistema

³¹² ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, p. 206. Argumenta também o autor que os direitos subjetivos seriam “um meio que torna possível – de uma maneira mais ou menos precisa- representar o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, a saber, aquelas que ligam certa pluralidade disjuntiva de fatos condicionantes a certa pluralidade cumulativa de consequências jurídicas”, p. 208.

³¹³ CUNHA, Clarissa de Oliveira Gomes Marques de & LEAL, Larissa Maria de Moraes. **Alexy no Jardim?**, p. 5.

³¹⁴ CUNHA, Clarissa de Oliveira Gomes Marques de & LEAL, Larissa Maria de Moraes. **Alexy no Jardim?**, p. 5.

³¹⁵ VILLEY, Michel. **Leçons D’Histoire de la Philosophie du Droit**, p. 222.

jurídico voltadas, justamente, a afastar incertezas³¹⁶. E, para afastá-las, o jurista foi obrigado a operar cada vez mais com base nessa categoria (os direitos subjetivos), o que gerou, evidentemente, um distanciamento das situações fáticas que envolvem os homens, situações essas que teriam condicionado a própria gênese da idéia de direitos subjetivos.

Nesse ambiente, apesar de ser apenas um recurso de linguagem, o direito subjetivo acabou por receber uma definição material, confundindo-se com a própria noção de interesse jurídico. Foi, assim, supervalorizado e individualizado, que o direito subjetivo chegou à modernidade, caracterizado como guardião das vontades e interesses individuais de tal maneira que passou a reclamar mecanismos estabilizadores.

Entretanto, na busca de tais mecanismos, voltados à estabilidade dos direitos subjetivos, os juristas acabaram recrudescendo seu sentido individualista. A opção foi puramente legislativa. Os direitos subjetivos, em um plano liberal, passaram a ser elaborados com alta especificidade. Para evitar conflitos, bem como tentar antecipar as decisões judiciais, os juristas optaram por descrever um longo rol de direitos subjetivos, apresentados *prêt-a porter*, prontos para o exercício.

Não podemos deixar de notar a persistência do direito subjetivo como ambiente próprio do individualismo, apesar do homem já reconhecer que há situações nas quais apenas a garantia de interesses em sede comunitária ou social poderá realizar as finalidades do direito e da coletividade.

Numa sociedade que tornou incertas e transitórias as próprias identidades individuais e sociais dos homens, essa tentativa de preservar tal idéia acerca dos direitos subjetivos somente pode conduzir-nos a um ambiente em que a possibilidade

³¹⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Sistema e Direito Privado: Panorama Histórico e Perspectivas para uma Racionalidade Construtiva**, p. 171.

de colisão entre os mesmos é inegável. Como estão formulados de modo definitivo, “prontos para o uso”, os direitos subjetivos não admitem nenhuma harmonização de seu conteúdo no campo social, apenas atendendo aos interesses individuais.

Outrossim, devemos lembrar que a expressão *direitos subjetivos* tem sido utilizada indiscriminadamente, sem que se tenha atentado para a sua própria carga semântica.

Essa idéia de direitos subjetivos prontos para o exercício seria própria da concepção original do positivismo jurídico, que veio a revelar-se inconsistente e imprecisa diante da complexidade da convivência humana. “O direito positivo propiciaria um efeito *iceberg* no fenômeno jurídico. Aparece com pretensões de esgotar o universo normativo, mas o que ele faz não é nada mais, nem nada menos, que esboçar a solução de muitos dos casos, mas não de todos”³¹⁷.

Foi justamente através dessa brecha do sistema, nos tais casos que não puderam ter sua solução antecipada, que foram introduzidos mecanismos de abertura do sistema, como as cláusulas gerais, que, por sua vez, acabaram por colocar em xeque a própria concepção de direito subjetivo.

A idéia que temos, ou melhor, que podemos ter de direito subjetivo, nesse cenário, ainda está atrelada às noções próprias de sistemas jurídicos fechados, pautados, como ocorre com nossa Parte Geral de Direito Civil (constante de nossos Códigos de 1916 e 2002), por conceitos logicamente concatenados, que nos oferecem a possibilidade de atuarmos com direitos subjetivos *prêt-a-porter*, prontos para serem exercidos, que nos envolvem em uma falsa teia de segurança jurídica e previsibilidade lógica das decisões judiciais.

³¹⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Sistema e Direito Privado: Panorama Histórico e Perspectivas para uma Racionalidade Construtiva**, p. 176.

Mesmo diante de inúmeras evidências da inconsistência e insustentabilidade dos chamados sistemas jurídicos fechados³¹⁸, ainda operamos, no distrito dos direitos subjetivos, com os moldes que lhes são peculiares. Daí falar-se tanto em colisão de direitos fundamentais ou mesmo de direitos subjetivos fundamentais, como os direitos da personalidade, conforme veremos mais adiante.

³¹⁸ Como nos lembra Luciano de Camargo Penteado, “uma série de mudanças nas estruturas sociais levou à insuficiência do modelo-paradigma de sistema fechado. A Revolução Industrial, para exemplificar, alterou de tal maneira o regime laboral, que foi necessário destacar os contratos de prestação de serviço e de empreitada não eventual (*sic*) para serem objeto de uma análise mais específica. A despeito da igualdade formal conferida pelo conceito de autonomia da vontade, observa-se uma tendência ao domínio do trabalhador por parte do empregador, que levou à Encíclica *Rerum Novarum* e à sua doutrina protetiva”. *In Sistema e Direito Privado: Panorama Histórico e Perspectivas para uma Racionalidade Construtiva*, p. 174.

Referimos a idéias que nos são familiares, um caso extraordinário que depende dos princípios que jamais aplicamos. Assim, porque estamos acostumados a ver os delitos dos quais somos testemunhas julgados segundo as regras uniformes, somos naturalmente levados a crer que em nenhuma circunstância as nações podem, com equidade, fazer mal a um homem que violou seus direitos; e onde vemos um jurado, um tribunal, um processo, não encontramos a justiça. Esses próprios termos que aplicamos a idéias diferentes daqueles que eles exprimem no uso comum completam nosso engano. O império natural do hábito é tal que encaramos as convenções mais arbitrárias, por vezes mesmo as instituições mais defeituosas, como a regra absoluta do verdadeiro ou do falso, do justo ou do injusto. Nem mesmo imaginamos que a maioria delas ainda está necessariamente ligada aos preconceitos com os quais o despotismo nos nutriu; por tanto tempo nos curvamos sob seu jugo, que dificilmente nos reerguemos aos princípios eternos da razão; que tudo o que remonta à fonte sagrada de todas as leis parece assumir, a nossos olhos, um caráter ilegal, e que a própria ordem da natureza nos parece uma desordem.

Robespierre

Capítulo 3 – A DIGNIDADE HUMANA NA CONTEMPORANEIDADE BRASILEIRA

3.1 A Dignidade Humana no *Locus* Constitucional

3.1.1 A Constitucionalização do Direito Privado

O fenômeno da constitucionalização do direito civil é bastante recente, correspondendo à própria concepção de Estado Social de Direito, no qual as Constituições adquiriram um efetivo papel de “norma hierarquicamente superior, retirando dos códigos civis o caráter de lei fundamental das relações privadas – verdadeiras constituições dos interesses individuais – para se tornarem leis, equiparáveis às demais”³¹⁹.

Esse papel adquirido pelas Constituições da modernidade não pode nos conduzir a entender que o constitucionalismo seja uma característica peculiar do modo de vida moderno. Com efeito, todos os povos sempre tiveram o que se pode denominar de Constituição real e efetiva; a especificidade dos tempos modernos é a redação das Constituições, bem como a nova ideologia, peculiar e freqüentemente cambiante, que elas passaram a refletir³²⁰.

Historicamente, o direito civil sempre foi identificado como ambiente normativo privilegiado do indivíduo, distanciando-se largamente do direito constitucional, haja vista o fato de que as Constituições eram compreendidas como

³¹⁹ DONEDA, Danilo César Maganhoto. **Considerações Iniciais sobre os Bancos de Dados Informatizados e o Direito à Privacidade**, p. 124.

³²⁰ LASSALLE, Ferdinand. **O Que é uma Constituição?**, p. 55-56.

locus normativo dos interesses públicos, que não tocavam as questões tidas como privadas³²¹. O individualismo do século XVIII, marcado pela neutralidade do direito, teve papel fundamental na cristalização da separação entre o direito público e o direito privado.

No estágio iluminista do Direito, prestigiou-se a idéia de direito legislado. Ao lado do Código, aparecia a figura da Constituição, condicionada politicamente. Nesse momento em que surge o constitucionalismo moderno, enquanto corrente de idéias e como modelo estatal, revelou-se o caminho a ser trilhado pelo positivismo jurídico³²². Podemos inferir que o positivismo jurídico tem como dado genético as tensões entre o direito público e o privado, e a vocação para equilibrá-las.

Como os romanos, nos pareceres de seus jurisconsultos – *responsa prudentium* –, eram caracterizados pela conhecida dureza interpretativa, que impunha a literalidade na compreensão dos comandos normativos, a Escola da Exegese, certamente fundada no aludido formalismo romano, tratou de codificar conceitos, transformando-os em máximas imutáveis do direito³²³.

Atualmente, podemos reconhecer que a consequência mais clara de tal procedimento foi a descontextualização da prática das disposições normativas, bem como dos próprios princípios do direito, haja vista seu engessamento em moldes que se afiguravam, na própria doutrina e filosofia, como intransponíveis.

Não podemos esquecer que o processo de codificação serviu à consolidação da dominação européia em várias nações coloniais, a partir do século XVI, no sentido de construir sistemas jurídicos hegemônicos, especialmente para garantir a

³²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**, p. 197-198.

³²² SALDANHA, Nelson. **Sobre o “Direito Civil Constitucional”** (Notas sobre a Crise do Classicismo Jurídico), p. 189. Argumenta o autor: “Durante muito tempo a distinção entre o direito público e direito privado pareceu a muitos uma espécie de *a priori* inerente à própria estrutura da ordem jurídica positiva; depois é que surgiram estudos tendentes a relacioná-la a determinadas condições, primordialmente, a presença do Estado (como no caso romano ao tempo de Ulpiano ou no caso da Europa ao tempo de Napoleão)”, p. 190.

³²³ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seu Legado**, p. 146-147.

escravidão e seus modos de produção, sendo um marco para o conhecido etnocentrismo jurídico europeu³²⁴.

Também é lição comum a instrução subjetivista do direito privado. O homem, subjetivamente considerado, foi o objeto deste ramo do saber jurídico até meados do século XX. Como exemplo do subjetivismo inerente ao direito privado, podemos mencionar a disciplina de nosso Código Civil de 1916, onde observamos uma arraigada ligação dos princípios subjetivistas à tutela pretendida por este diploma legal.

A noção de direito privado esteve sempre ligada, pois, à idéia de subjetivismo. Era comum pensar que “o direito privado existe se e enquanto há regras jurídicas que tratam os homens somente como indivíduos em relação uns com os outros”³²⁵. O privatismo brasileiro prendeu-se sobremaneira ao personalismo disposto no Código Civil de 1916, sendo perceptível até nos tempos presentes, na própria realidade de toda a América Latina, caracterizada pelas propriedades latifundiárias e famílias dinásticas³²⁶.

Com o fenômeno de massificação social e, sobretudo, com a modificação da concepção do papel do Estado e das instituições, o direito privado passou a tutelar também entes socialmente relevantes que não têm personalidade natural, a exemplo da família e das associações chamadas não-governamentais e, bem assim, em um plano de observação individual, entes como os embriões e o cadáver.

Com essa modificação, a própria existência dos paradigmas inerentes ao direito privado clássico desapareceu. Os enfoques baseados no subjetivismo a que

³²⁴ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seu Legado**, p. 149. Nesse sentido, não podemos deixar de lembrar os argumentos já expostos, referentes à relevância da recepção do direito romano nessa época. Como o próprio direito romano externou fortemente o modo de produção escravagista de Roma, prestou-se largamente para a realização dos intentos das potências coloniais européias.

³²⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, tomo I, p. 121.

³²⁶ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**, p. 104-105.

nos referimos, predominantes no direito privado, perderam campo para uma investigação mais condizente com os anseios sociais e com a proteção de entes coletivos. Podemos afirmar, portanto, que “a ampliação do suporte fático do Direito Privado até o âmbito social e econômico nos leva a identificar normas fundamentais que ‘institucionalizam’ a sociedade civil, o mercado e o Estado. Permitem coordenar o público e o privado, a economia e o Direito”³²⁷.

Desse modo, uma nova perspectiva assentou-se na Teoria do Direito, de forma tal que passou a ser impossível visualizar uma separação exata entre o público e o privado. Em outras palavras, não se pode negar que o público e o privado se complementam³²⁸, com vistas à realização da proteção dos interesses sociais e privados.

Cânones hermenêuticos como a autonomia privada, tanto em matéria negocial como familiar, deram lugar a novas formas de interpretação e aplicação do direito, com base em interesses sociais. Contudo, nesse ponto, vale uma observação: o indivíduo não deixou de ser tutelado pela norma. Muito pelo contrário, teve ampliada a sua proteção. E uma vez que passamos a identificar os homens uns com os outros, suas necessidades passaram a ser mais evidentes, o que possibilitou um avanço na disciplina do direito privado. A positivação do Princípio da Dignidade Humana, que nada tem de subjetivo, consiste em grande exemplo dessa modificação³²⁹.

Devemos ter em mente que a unidade e a exclusividade da codificação civil no tratamento das chamadas questões entre particulares, que já vinham sofrendo

³²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**, p. 280.

³²⁸ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**, p. 119-120.

³²⁹ Nesse sentido, vale a observação de Luiz Edson Fachin: “Se o outono do Direito Civil clássico vai cedendo espaço, superando o tempo embalado pelas décadas de estrito dogmatismo, talvez ao desenho jurídico da primavera se apresente agora uma espécie de renascença que une, na crítica e na construção, as emissões da teoria e da prática no Direito Civil em movimento. Refletir ‘outros sentidos’, de forma e de fundo, a propósito do saber e da doutrina jurídica”. In **Elementos Críticos do Direito de Família**, p. 1.

inúmeros ataques, como ocorreu com a edição do Código de Menores ou com a legislação especial sobre locação, acabou por sofrer definitivo golpe com a promulgação do texto constitucional de 1988. Nesse momento, é patente o reconhecimento da contradição existente entre entender as codificações civis como normas que compreenderiam toda a regulação da chamada sociedade civil, em oposição ao Estado. Por fim, admitimos ser desarrazoado pretender proteção do Estado sem, ao mesmo tempo, submetermo-nos aos parâmetros de organização e convivência estabelecidos com base não apenas nos interesses privados, como também nos interesses públicos³³⁰.

Nada obstante, grande é a dificuldade de articulação dos interesses públicos e privados nesse novo ambiente interpretativo. Veio a ser cogitado, inclusive, que a constitucionalização do direito privado, ou seja, o tratamento constitucional de questões historicamente inseridas no contexto do direito civil, corresponderia mesmo a uma publicização desse direito. Do mesmo modo, houve quem entendesse que o direito público estaria passando por um processo de privatização³³¹. Todavia, esses são processos distintos que têm fundamentos e conseqüências distintas.

A publicização do direito civil compreende a dinâmica da crescente intervenção estatal, sobretudo através do aparato legislativo, como forma de realização dos fundamentos, premissas e objetivos próprios do Estado Social de Direito. Por esse meio, inúmeras matérias, anteriormente tratadas na ambiência dos códigos civis, migraram para um tratamento mais específico, que permitisse um maior dirigismo estatal. Nesse sentido, o direito do trabalho quedou-se na Consolidação das Leis Trabalhistas, e a proteção do consumidor foi promovida por

³³⁰ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras**, p. 8.

³³¹ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública, p. 156-157, 173 e 253.

meio do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, não podemos entender que tais matérias, assim como ocorreu com a construção do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei do Inquilinato, estejam em um regime de submissão ao direito público, porque a existência de mais ou menos normas cogentes não elimina a natureza originária da relação jurídica entre privados. Se fora assim, teríamos que dar por superada a velha dicotomia entre o direito público e o direito privado, dicotomia que persiste tanto em razão de sua utilidade didática, como em virtude da ampla construção histórica da própria percepção do fenômeno do direito³³².

Em síntese apertada, para que possa fazer sentido, “a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos”³³³.

Fala-se, com alguma persistência, em “crise do direito privado”, crise da codificação ou mesmo morte do direito civil. Antes de tudo, dizer que o direito privado está em crise nada mais é que o habilitar com modernidade. Se um ramo do direito deixa de estar em crise é porque foi abandonado ou deixou de desafiar a mobilidade da própria condição humana. Além disso, o direito civil é pródigo em cânones que, por sua vez, são correlatos da própria idéia de codificação. Se repensamos a concepção dos códigos e seu papel, isso também é muito bom, porque essa reflexão tem como subjacente a preocupação com os cânones hermenêuticos e propriamente legais do direito privado. Por fim, parece mais haver uma angústia de momento em tais críticas do que uma preocupação efetiva com os novos contornos do direito civil contemporâneo.

³³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**, p. 199-200.

³³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**, p. 200.

Como dissemos, esse é um processo longo: “a crise não ocorre como uma fratura súbita. Ocorrem crises, em diferentes pontos e em diferentes momentos. Há às vezes oscilações e retomadas, juntam-se partes anteriormente separadas, ou separam-se partes anteriormente ligadas”³³⁴. Repensar o direito privado, reinventá-lo, sobretudo personalizá-lo, tornando-o mais conformado aos interesses sociais, tudo isso é algo que deve ocorrer constantemente.

É o que tem ocorrido, razão pela qual a urgência de momento serve somente para falsear um trabalho árduo que foi imposto ao jurista, a saber: inverter o processo hermenêutico do direito privado, praticamente marmorizado por longos séculos, para que a Constituição possa exercer, no ordenamento jurídico, em sua integralidade, o seu papel, adequando questões como a própria historicidade do Direito, sua relação com a sociedade e seu eterno diálogo com o meio social, ao seu tempo e espaço³³⁵. Por conseguinte, a constitucionalização do direito civil interfere em seus institutos e na própria teoria da interpretação do direito privado³³⁶, operando, em síntese, uma profunda modificação nos processos hermenêuticos, que serão utilizados na interpretação e aplicação das normas de direito privado.

Atualmente, falar em direito civil constitucional é evidenciar seu real sentido e alcance, pois não é mais possível “divisar nenhuma parte do direito civil que fique imune à incidência dos valores e princípios constitucionais”³³⁷. Desse modo, os processos de constitucionalização de inúmeros campos do direito nada mais representam que o reconhecimento do papel que o Texto Constitucional deve exercer no ordenamento jurídico das sociedades. Isso com o ficto de que, em sendo lei

³³⁴ SALDANHA, Nelson. **Sobre o “Direito Civil Constitucional”** (Notas sobre a Crise do Classicismo Jurídico), p. 190.

³³⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, p. 22.

³³⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira**, p. 323.

³³⁷ MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**, p. 170.

fundamental, se aprofunde mais no tratamento de temas caros à sociedade, constitua o verdadeiro fundamento das demais leis, informando e engendrando as leis ordinárias e complementares, irradiando-se, por último, não apenas através delas, como também dos processos de hermenêutica e aplicação do direito como um todo³³⁸.

Desse modo, estamos condicionados a interpretar todas as normas do ordenamento jurídico em conformidade com a Constituição Federal, vedando-se quaisquer construções doutrinárias, hermenêuticas ou dogmáticas que nos possam conduzir a resultados que, imediata ou mediatemente, contrariem os valores constitucionais³³⁹.

3.1.2 A Dignidade na Constituição Federal de 1988

Tem-se como estabelecido que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”³⁴⁰. Apesar da enorme dificuldade de delimitação da dignidade humana enquanto valor da humanidade, sendo inquestionável a impossibilidade de sua conceituação, ela emana de nosso Texto Magno de modo claro e inequívoco. Em um movimento de abertura do *locus* constitucional, como forma de adaptar-se às novas realidades difusas e complexas, próprias da contemporaneidade, a consagração

³³⁸ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**, p. 40-41.

³³⁹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **A Dignidade da Pessoa e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Aproximação Latino-americana**, p. 162. Argumenta, também, o autor: “Se se quer vivificar a Constituição, exige-se entender que ela não só está conformada pelas normas positivas em que se expressa, mas pelos princípios implícitos nelas e pelos valores enunciados como objetivo de sua preceptiva; estas são instâncias supra, ainda que não extraconstitucionais, às quais é necessário referir toda interpretação e explicação das normas positivas, e de seu desconhecimento deve acarretar invalidade, inconstitucionalidade”, p. 162.

³⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Prefácio à obra de SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, p. 15.

da dignidade humana, como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, deve ser compreendida como estratégica para a consecução da própria finalidade de nossa agregação social³⁴¹.

O Brasil, nesse sentido, acompanhou a orientação geral dos sistemas jurídicos ocidentais no século XX, que reconheceram na dignidade humana um conceito jurídico de alto valor axiológico e normativo, excelente mecanismo para a realização das propostas do Estado contemporâneo. Assim ocorreu com países europeus como a Itália, a Alemanha e Portugal³⁴², que inseriram em seu contexto constitucional a dignidade humana como o mais alto valor a ser protegido. Idêntico procedimento foi adotado por outros países da América Latina, como Bolívia, Chile, Honduras e Guatemala, que trataram de assentar sua ordem jurídica na dignidade humana, tornando o fenômeno bastante abrangente em todo o ocidente³⁴³.

³⁴¹ ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja**, p. 68.

³⁴² Dispõe o artigo 3º, primeira parte, da Constituição Italiana de 1947: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e todos são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais”; o artigo 1.1 da Lei Fundamental Alemã dispõe: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”; a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 1º, após a sua terceira revisão, promana: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. In AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade Humana**, p. 4.

³⁴³ Humberto Nogueira Alcalá fez uma interessante e abrangente pesquisa nesse sentido, apontando-nos as seguintes informações: “Esta posição de princípio fundante da ordem jurídica da dignidade da pessoa está amplamente reconhecida no direito constitucional latino-americano, onde, de maneira exemplar podemos citar, entre outros textos constitucionais, a Constituição da Bolívia de 1967, reformada em 1994, cujo art. 1º sustenta que ‘a defesa da pessoa humana e o respeito a sua dignidade são o fim supremo da sociedade e do Estado’; a Constituição do Chile de 1980, art. 1º, determina: ‘as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos’; a Constituição de Honduras de 1982, art. 5º, precisa: ‘a pessoa humana é o fim supremo da sociedade e do Estado. Todos têm a obrigação de respeitá-la e protegê-la’; a Constituição da Guatemala, de 1985, estabelece em seu art. 1º: ‘Proteção da pessoa. O Estado da Guatemala organiza-se para proteger à pessoa e à sua família; seu fim supremo é a realização do bem comum’; (...) a Constituição da Colômbia de 1991, art. 1º, prescreve que ‘a Colômbia é um Estado Social de Direito (...) fundado no respeito da dignidade humana, no trabalho e na solidariedade das pessoas que o integram e na prevalência do interesse geral’; a Constituição peruana de 1993, em seu art. 10, assinala que ‘a defesa da pessoa humana e o respeito de sua dignidade são o fim supremo da sociedade e do Estado’; a Constituição da Venezuela de 1999, art. 3º, precisa: ‘O Estado tem como fins essenciais: a defesa e o desenvolvimento da pessoa e o respeito de sua dignidade’ (...).” In **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Aproximação Latino-Americana**, p. 160.

Na condição de verdadeira cláusula geral, seu sentido volta-se para a efetivação da igualdade entre os seres humanos e a extensão dessa igualdade em meio à sociedade. Consubstanciada em nossa Constituição Federal, há quem assevere que a dignidade teria sido alçada ao posto de qualidade intrínseca do ser humano, ao mesmo tempo irrenunciável e inalienável, “constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”^{344 345}. Enquanto fundamento da república brasileira, o princípio da dignidade humana reclama, como pressuposto inafastável, a intangibilidade da vida humana³⁴⁶, daí a ampla relevância que se tem conferido ao mesmo. A dignidade humana constitucionalizada, por sua vez, impõe a proteção da pessoa concreta e não da pessoa virtualmente considerada em nossos códigos, reputada como simples elemento da relação jurídica ou centro de imputação³⁴⁷. Bem de ver, pois, a sua inegável relevância no contexto da constitucionalização do direito civil, bem como na mudança de paradigmas hermenêuticos a este imposta.

Como ficou esclarecido, a dignidade, ao longo da história humana, sempre esteve ligada à noção de qualidade própria e exclusiva do homem, em contemplação ao seguinte postulado: “sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade”³⁴⁸, o que não nos permite pensar que, no Brasil, somente com o advento da Constituição Federal de 1988, a dignidade humana teria alçado a tal condição.

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p.40-41.

³⁴⁵ Dispõe o artigo 1º da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana; (...)”. *In Constituição da República Federativa do Brasil*, p. 3.

³⁴⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade Humana**, p. 14.

³⁴⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **A Responsabilidade Civil por Danos Produzidos no Curso de Atividade Econômica e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana: o Critério do Dano Ineficiente**, p. 129-130.

³⁴⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade Humana**, p. 14.

Não podemos deixar de observar que a noção de dignidade deve ser compreendida como repositório de constante evolução, estando em perene processo de construção e desenvolvimento³⁴⁹. Esse processo acompanha a própria evolução de nossa concepção de Estado, o qual, no ambiente do novo Texto Magno, chegou a superar-se enquanto fim próprio de organização da sociedade em sentido estrito, para transformar-se em um ente administrador, criador e, ao mesmo tempo, realizador do bem-estar do homem. Nasceu aí a intimidade inegável entre os dois institutos: a dignidade da pessoa e o constitucionalismo.

É fato que nossa Constituição Federal não realiza – e não deveria fazê-lo – uma definição do sentido, aplicação e efeitos da dignidade humana. Cabe aos cidadãos o desenvolvimento dessa idéia, sempre pugnando por sua concretização na medida das expectativas sociais e em consonância aos seus anseios democráticos. Enquanto a tutela dos aspectos fundamentais da dignidade humana era operada em sede das normas de direito público, nos tempos em que o direito privado estava confinado aos estreitos limites dos processos de codificação, assegurava-se a condição humana digna mediante a edição de normas essencialmente patrimoniais, que garantiam a proteção da propriedade e da liberdade de contratar³⁵⁰.

Entretanto, como já tivemos oportunidade de inferir, o constitucionalismo do Estado Social de Direito desenvolveu uma aproximação das categorias dicotômicas do direito público e privado. Assim, a dignidade humana, tratada no ambiente constitucional, serve perfeitamente à realização dos interesses sociais, bem como à proteção dos interesses próprios dos indivíduos, configurando um ambiente de

³⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 40.

³⁵⁰ DONEDA, Danilo César Maganhoto. **Considerações Iniciais sobre os Bancos de Dados Informatizados e o Direito à Privacidade**, p. 123.

garantia dos direitos da personalidade, historicamente identificados com a esfera jurídica privada.

Conforme já expusemos anteriormente, o Princípio da Dignidade Humana apresenta-se no ordenamento jurídico nacional como norma que engloba noções valorativas e principiológicas, fundamentais que são para a ordem jurídico-constitucional brasileira. Sua inserção na Constituição Federal encorpa o rol dos direitos e garantias individuais, no sentido de enfatizar a direta eficácia das normas constitucionais nas relações jurídicas sociais, tanto públicas como privadas, o que tem constituído, nos últimos tempos, um certo consenso na doutrina de países como a Alemanha, Itália e Portugal³⁵¹.

São perceptíveis, pois, pelo menos quatro funções exercidas pela dignidade humana. Além de servir de fundamento para a própria ordem jurídica dos Estados Sociais de Direito, ela norteia, ao mesmo tempo em que condiciona, a interpretação e a integração dessa mesma ordem jurídica, apresentando-se como verdadeira norma de conduta, servindo, ainda, como limite ao exercício dos próprios direitos fundamentais em algumas situações³⁵².

Existe uma certa conformidade na doutrina, voltada a compreender a dignidade humana, *prima facie*, enquanto conceito jurídico indeterminado³⁵³, face à reconhecida impossibilidade de se precisar seu conteúdo e extensão, incertos em larga medida. Contudo, como os conceitos jurídicos são, predominantemente,

³⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira**, p. 323. Nesse sentido, o autor traz a lume, no caso português, o “art. 18, I, da Constituição de 1976 (segundo o qual, como todos sabem, os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”, p. 324.

³⁵² Maria Celina Bodin de Moraes afirma que o substrato da dignidade pode ser desdobrado em quatro postulados: “i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais e ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de auto-determinação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”. In **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**, p. 85.

³⁵³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**, p. 3.

indeterminados³⁵⁴, em razão de sua própria natureza, essas noções não nos oferecem qualquer luz no cenário em que ora nos encontramos.

A dignidade humana, enquanto conceito jurídico indeterminado, também deve ser considerada como conceito normativo, visando dados que “não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos ou percepçionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis”³⁵⁵. Em outras palavras: enquanto conceito jurídico indeterminado, a dignidade humana carece de valoração, de escalonamento valorativo, caso a caso, oferecendo, por via lógica de consequência, “muitos exemplos ilustrativos da indeterminação, e ao mesmo tempo, portanto, da insegurança e relativa desvinculação na aplicação da lei”³⁵⁶.

Além de ser compreendida como conceito jurídico indeterminado, a dignidade humana foi designada como norma jurídica constitucional, em roupagem inicialmente principiológica, como registrado. Todavia, inúmeras são as regras contidas em nosso ordenamento jurídico que têm estreita relação com a dignidade humana, sendo-lhe ora subjacentes, ora fundantes e, ainda, ora descrições legais. Em razão disso, para alguns se tem imposto discutir não apenas o papel que a dignidade humana deve exercer em nosso ordenamento jurídico, mas também a sua natureza normativa. Discute-se, pois, se a dignidade humana seria uma cláusula geral, um princípio ou uma regra.

Entendemos que a noção de cláusula geral deva ser afastada de tal discussão. A clausulação geral nada mais é que uma técnica de redação³⁵⁷. As cláusulas gerais são preceitos formulados de modo semanticamente aberto, sendo proteiformes

³⁵⁴ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 208-209.

³⁵⁵ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 212.

³⁵⁶ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 210.

³⁵⁷ NEVES, Gustavo Kloh Muller. **Os Princípios entre a Teoria Geral do Direito e o Direito Civil Constitucional**, p. 11.

porque, a partir do ângulo de análise do intérprete, assumem diversificadas significações³⁵⁸.

Não há dúvidas de que a dignidade humana, em diversas situações normativas, tem ganho contornos de cláusula geral em nosso ordenamento. Entretanto, asseverar que a dignidade humana é uma cláusula geral não esvazia de legitimidade o seguinte questionamento: a dignidade humana pode ou deve ser identificada como regra ou princípio?

Contamos com inúmeros critérios de distinção entre regras e princípios, sendo bastante antiga a discussão. Há apenas talvez um ponto de convergência: tanto regras como princípios são manifestações normativas. Nesse contexto, sua distinção pode ser entendida como a diferenciação entre dois tipos de norma^{359 360}.

Esse questionamento recebeu, durante certo tempo, dentro do positivismo jurídico, uma resposta pautada por uma observação formal. Os princípios seriam espécies de normas de redação mais genérica, enquanto as regras seriam mais específicas. Essa distinção, gerada com base na forma de redação, evidenciou-se insustentável, principalmente porque há princípios que recebem não apenas redação, como também aplicação restritas. É o que ocorre no caso das imunidades tributárias.

³⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**, p. 273 e 518.

³⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 83. Nas palavras do autor: “La distinción entre reglas y principios no es nueva. A pesar de su antigüedad y de su frecuente utilización, impera al respecto confusión y polémica. Existe una desconcertante variedad de criterios de distinción. La delimitación con respecto a otras cosas tales como los valores es oscura; la terminología, vacilante. A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí, las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, le permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”, p. 83.

³⁶⁰ Apesar da uniformidade no reconhecimento da normatividade dos princípios, é interessante observar a postura de Claus-Wilhelm Canaris, que aponta as vantagens de um sistema como ordem de princípios gerais e as vantagens de formação desse sistema perante normas, conceitos, institutos jurídicos e valores. Assim, Canaris identifica os princípios como fundamento das normas. In **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. 66-102.

Ao mesmo tempo, há regras de redação e aplicação mais genérica³⁶¹, como, por exemplo, as regras referentes à tutela dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002.

Para Dworkin, tanto as regras como os princípios podem exercer papéis semelhantes nos ordenamentos jurídicos, sendo a diferença entre eles reduzida a quase uma questão de forma³⁶². Na ótica do doutrinador, os princípios são tipos particulares de padrões, *standards* que atuam com todo o seu vigor nas questões judiciais difíceis – *hard cases* – desempenhando “um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares”³⁶³, não condicionando a decisão, mas apenas apontando fundamentos para a solução dos conflitos. Já as regras devem ser aplicadas ao modo do *tudo ou nada*. Se uma situação fática revela a hipótese de incidência de uma regra, sempre que esta for válida, deverá ser aplicada³⁶⁴.

Em uma análise de conteúdo normativo, a distinção entre regras e princípios foi apontada por Alexy como situada em suas finalidades: os princípios são normas que determinam que algo seja realizado, na maior medida do possível, atendendo-se às condições de ordem fática e jurídica, ao passo em que as regras são normas que somente podem ou não ser cumpridas, não funcionando, portanto, como fontes de otimização do ordenamento jurídico³⁶⁵. Nesse sentido, enquanto os princípios podem

³⁶¹ NEVES, Gustavo Kloh Muller. **Os Princípios entre a Teoria Geral do Direito e o Direito Civil Constitucional**, p. 11.

³⁶² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 44.

³⁶³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 46.

³⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos, p. 28.

³⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 86-87, tradução nossa. Nas palavras do autor: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen

comportar contornos diferenciados, em cada uma das situações em que estejam envolvidos, as regras, em sendo válidas, deverão ser, apenas, aplicadas³⁶⁶.

Humberto Ávila, enfrentando a questão, apresentou uma proposta conceitual das regras e dos princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁶⁷.

A diferenciação entre regras e princípios, como podemos ver, é importante e necessária, sobretudo nos chamados casos difíceis, que nos apresentam situações que têm sido caracterizadas como de colisão de direitos fundamentais. Nesse sentido, o trabalho dos doutrinadores com vistas à construção de critérios diferenciadores entre regras e princípios é de primordial relevância para a própria construção da racionalidade a ser aplicada em tais casos.

Contudo, nosso objeto de investigação, nessa oportunidade, é a dignidade humana enquanto cláusula geral de nosso ordenamento jurídico. Consubstanciada na condição de princípio em nossa Constituição Federal, a dignidade humana reflete-se – e deve refletir-se – em todo o nosso sistema jurídico, apresentando-se ora como princípio, ora como regra, razão pela qual a distinção de sua natureza, caso a caso, além de extenuante, pouco valor agregaria às questões que por nós são tratadas.

determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”.

³⁶⁶ Com esse argumento, não se pretende inferir que as regras deixem de carecer de interpretação ou, ainda, conceder aos princípios uma condição de maior relevância dentro do sistema jurídico. Nesse sentido, *vide* CUNHA, Clarissa de Oliveira Gomes Marques da. **Liberdade de Iniciativa e a Necessidade de um Contorno Ambiental**, p. 73.

³⁶⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos, p. 70.

Na hipótese de investigação de paternidade, aquele que, reputando-se filho, pretende o reconhecimento de sua paternidade, protesta pela realização de exame de DNA, com vistas a produzir prova de sua vinculação genética com aquele que considera ser seu pai. Como fundamento de seu pleito, o autor pode apresentar seu direito a conhecer o pai, seu direito à identidade biológica e tantos outros próprios do direito de família, todos esses, em maior ou menor medida, reflexos diretos da dignidade humana.

Aquele que é tido como pai, por sua vez, poderá recusar-se à realização do exame, alegando não ser obrigado a produzir tal prova, com base, por exemplo, em seu direito à integridade física, uma outra manifestação da dignidade humana. Vem daí que, como realçamos alhures, os critérios diferenciadores entre regras e princípios não parecem hábeis a esclarecer, ou mesmo a justificar o tratamento que se tem dado a tais questões.

Na hipótese de buscarmos a solução para um caso como o acima descrito por meio de caminho que passe pela distinção entre regras e princípios, seriam três as respostas possíveis: quanto ao reputado filho, seu direito a pretender a realização de exame de DNA seria uma regra ou um princípio, o mesmo ocorrendo com o reputado pai. Assim, estaríamos diante de três embates possíveis:

a- o direito do filho como *regra* oposto ao direito do reputado pai, também como *regra*. Nesse caso, depararíamos com um conflito de regras que reclamaria, inicialmente, a introdução de uma cláusula de exceção – inadmissível em matéria de dignidade humana – ou a declaração de que uma das regras seria inválida, o que também nos conduziria, por via lógica de consequência, a declarar inválida uma

regra que é uma manifestação da dignidade humana, qualquer que seja a regra a ser declarada inválida³⁶⁸.

b- o direito do filho como *princípio* oposto ao direito do reputado pai, também como *princípio*. Nessa hipótese, um dos princípios teria que ceder em relação ao outro³⁶⁹, de acordo com a dimensão de peso de cada um deles, preponderando, em alguma medida, um sobre o outro. Entretanto, como tratamos do mesmo princípio, essa também não seria uma solução aceitável ou, pelo ao menos, uma solução nessas bases não seria aceitável.

c- Por fim, temos o direito do filho como *regra* oposto ao direito do pai como *princípio*, ou vice-versa. Toda a construção acerca da diferenciação entre regras e princípios nos aponta no sentido de impossibilidade de verificação dessa hipótese, em razão da própria natureza do que se tem entendido por princípios e regras. Por serem aqueles normas *standard*, não poderiam entrar em rota de colisão com as regras, normas dotadas de baixa generalidade.

De fato, a distinção entre regras e princípios parece bastante adequada apenas para resolver os casos de colisão de princípios e conflito de regras, o que nos leva a concluir que somente exista em razão dessa possibilidade. Em outras palavras, a possibilidade de colisão de princípios ou de conflitos de regra seria um *a priori* fundante da discussão, servindo para justificar, por exemplo, a não incidência de certa norma em um determinado caso concreto ou para fixar a dimensão de peso dos princípios, mediante processos de ponderação.

³⁶⁸ Essa a solução para conflitos entre regras apresentada por Robert Alexy: “Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas. Un ejemplo de un conflicto de reglas que puede ser eliminado a través de la introducción de una cláusula de excepción es el que se da entre la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendio. Si todavía no ha sonado el timbre de salida y se da alarma de incendio, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre sí. Este conflicto se soluciona introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio”. In **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 88.

³⁶⁹ Nesse sentido, vide LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 575 e ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 89.

Com efeito, tanto nossa jurisprudência, como a doutrina, têm identificado em casos como o exposto – a pretensão de realização de exame de DNA frente à resistência da parte adversa – uma colisão de direitos fundamentais entre seus atores. A solução dessa colisão, desse modo, reclamaria a classificação dos direitos fundamentais como regras ou princípios. Todavia, esse seria um caso de colisão de direitos fundamentais pautados pela dignidade humana, sob a ótica que apresentamos. Independentemente de serem tomados como regras ou princípios, ainda estaríamos em um ambiente de colisão de uma mesma norma, que é a dignidade da pessoa humana, o que nos autoriza, pois, a afastar a discussão pautada na distinção entre regras e princípios.

Impõe-se lembrar que, nesse ponto, temos como objeto de observação a ordem normativa da dignidade humana, como objeto imediato, e a comunidade humana, ou cada indivíduo em sua integralidade, como objeto mediato. Nesse sentido, podemos dizer que a percepção da condição humana, em sua totalidade, é objeto e condição do conhecimento jurídico necessário à compreensão de casos dessa natureza³⁷⁰. Discutir se a dignidade humana em tais casos se encontra afigurada como regra ou princípio em nada contribuirá para sua solução.

3.2 Direitos Fundamentais, Direitos da Personalidade e a Dignidade Humana

3.2.1 Os Direitos Fundamentais - A superação da idéia de gerações ou dimensões de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais surgem na seara jurídica como decorrentes de uma nova forma de compreensão do papel do Estado, que passou a desenvolver princípios

³⁷⁰ FELIPPE, Márcio Sotelo. **Razão Jurídica e Dignidade Humana**, p. 109-110.

organizativos voltados a assegurar a liberdade dos indivíduos e a autonomia privada frente aos abusos praticados pelos governantes³⁷¹. Surgiam, assim, os chamados direitos fundamentais individuais ou de primeira geração, ou dimensão³⁷², como produtos do pensamento liberal e burguês do século XVIII, que elaborou o Estado Liberal, voltados especificamente, em sua gênese, a oferecer ao cidadão mecanismos jurídicos para que este pudesse proteger-se do Estado e de seus governantes³⁷³.

Justamente por isso aparecem, “fundamentalmente, como liberdades, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer na vida social”³⁷⁴. Em tempos tais, a Constituição passou a ser considerada a lei fundamental de um país, em sede da qual se situavam os fundamentos e objetivos da organização do direito público dessa nação³⁷⁵, consistindo em ambiente normativo limitador da esfera de atuação do Estado.

Desde então, se tem entendido que a expressão direitos fundamentais, bem como a sua própria definição, para aqueles que acreditem ser possível defini-los, reservam-se aos direitos das pessoas que se encontrem positivados no ordenamento jurídico de um certo Estado, em seu Texto Constitucional³⁷⁶. Elegeu-se, desse modo,

³⁷¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **A Dignidade da Pessoa e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Aproximação Latino-americana**, p. 156.

³⁷² Ingo Sarlett, a propósito da utilização dos termos geração ou dimensão no contexto dos direitos fundamentais, argumenta: “Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais”. *In A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 49. Sem embargo da legitimidade desse argumento, como iremos defender a necessidade de superação da idéia de gerações ou dimensões de direitos fundamentais, iremos utilizar as expressões como sinônimas ao longo de nosso texto.

³⁷³ Também nesse sentido, afirma Antônio Enrique Perez Luño: “A partir del siglo XVIII se considera un postulado fundamental del régimen liberal reservar al poder constituyente, en cuanto titular de la soberanía popular, el privilegio de fijar dos derechos básicos de la convivencia social, bien mediante su inserción en el preámbulo de las constituciones, o en su texto articulado o, incluso, en una declaración específica de tales derechos”. *In Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 65.

³⁷⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 43.

³⁷⁵ LASSALLE, Ferdinand. **O Que é uma Constituição?**, p. 37.

³⁷⁶ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **A Dignidade da Pessoa e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Aproximação Latino-americana**, p. 161.

a técnica dos *standards* de direitos humanos como um instrumento dotado de razoável operacionalidade prática, no complexo campo da efetividade dos direitos, nos moldes das prescrições norte-americanas, que funcionam como medidas prescritivas de comportamentos juridicamente relevantes, não obstante serem dotados de grande nível de abstração³⁷⁷, justificado para possibilitar ao jurista a sua adequação aos casos concretos.

A partir do século XIX, a classe trabalhadora vai adquirindo importância histórica, na medida em que avançava o processo de industrialização, tornando necessária uma nova formulação de direitos fundamentais, em virtude da reivindicação do proletariado de garantia de direitos econômicos e sociais³⁷⁸.

Essas circunstâncias reclamavam do Estado um comportamento mais ativo, voltado à realização de justiça social. Ademais, a própria aceitação de valores como liberdade e igualdade, entre os homens, supunha uma limitação do próprio poder estatal³⁷⁹, razão pela qual veio a tornar-se inexorável um avanço de perspectiva dos direitos fundamentais. É nesse ambiente que são formulados os chamados direitos fundamentais de segunda geração, direitos de natureza econômica, social e cultural. A nota distintiva destes direitos é que, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira geração, de dimensão negativa, verdadeiros direitos individuais de defesa frente ao estado, esses de segunda geração têm dimensão positiva, não mais voltados a evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, ao contrário, reclamando deste um papel ativo na realização do bem-estar social³⁸⁰. Os direitos fundamentais de segunda geração, até os tempos atuais, caracterizam-se “por

³⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, p. 154-155.

³⁷⁸ Cf. LUÑO, Antônio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*, p. 65, tradução nossa.

³⁷⁹ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales – Teoria General*, p. 349, tradução nossa.

³⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 51.

outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais, estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”³⁸¹. Nesse contexto, estabeleceu-se um crescente intervencionismo estatal nas relações sociais, voltado à tutela dos mais fracos, como ocorreu com as normas trabalhistas, que passaram a ser entendidas como estratégicas para os próprios interesses da sociedade. É nesse momento, também, que, “no direito privado, multiplicam-se as normas de ordem pública, ampliando-se as hipóteses de limitação à autonomia da vontade das partes em prol dos interesses da coletividade”³⁸².

Propõe-se, entretanto, que os direitos econômicos, culturais e sociais, em sede do constitucionalismo social, próprio do Estado Social e Democrático de Direito, sejam compreendidos como posições subjetivas dos indivíduos, agentes de afirmação dos princípios da igual dignidade e igualdade substantiva básica, comum a todos os seres humanos³⁸³. Isso porque, apesar de sua dimensão social, persiste em sua estrutura uma clara vinculação à titularidade dos mesmos. Dessa forma, quando o Texto Constitucional garante direitos dos trabalhadores, em grande medida esses direitos serão exercidos individualmente, por cada trabalhador, nas circunstâncias de sua própria vivência³⁸⁴.

Todavia, logo foi percebida a necessidade de tratamento da coletividade enquanto grupo, necessidade essa que sedimentou a normatização de direitos fundamentais tidos como de terceira geração, ou direitos de solidariedade ou fraternidade. Esses direitos fundamentais trazem, como traço distintivo, a evidência

³⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 51.

³⁸² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 35.

³⁸³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *A Dignidade da Pessoa e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Aproximação Latino-americana*, p. 157.

³⁸⁴ Nesse sentido, argumenta Ingo Sarlet: “Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido), se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. *In A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 52.

de que se desprenderam “em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”³⁸⁵. Os direitos à paz, do consumidor e ao meio ambiente equilibrado são exemplos desses direitos fundamentais de solidariedade.

Fala-se em direitos fundamentais de quarta ou quinta geração. Contudo, existe em todas essas gerações ou dimensões uma similitude: todos os direitos fundamentais podem ser considerados, em maior ou menor medida, emanações do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua subdivisão em gerações, que inicialmente é justificada até mesmo para efeitos didáticos, tem, atualmente, gerado confusões hermenêuticas e complicações em sua própria aplicação e eficácia.

Com efeito, os direitos fundamentais, precisamente por sua origem comum, que revela claramente a intenção dos juristas em realizar o princípio da dignidade humana, não podem ser entendidos isoladamente. Sua raiz comum gera uma interdependência inafastável entre suas gerações, porquanto seja a dignidade humana, assim como valores como a liberdade ou a solidariedade, indivisível³⁸⁶. Um consumidor, lesado em sua honra, irá lançar mão de garantias constitucionais que estão arroladas, tanto como direitos fundamentais de primeira geração, como de terceira.

Para o tema que nos interessa nessa oportunidade, a subdivisão dos direitos fundamentais também traz alguns prejuízos. As relações de filiação e paternidade interessam tanto à tutela da família – e, portanto, à garantia de direitos fundamentais de terceira geração – como de seus membros, individualmente considerados, que

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 52.

³⁸⁶ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales** – Teoria General, p. 361, tradução nossa.

teriam suas garantias efetivadas sob a ótica da primeira geração de direitos fundamentais.

Esse não é, porém, o único fator que nos impõe reclamar a superação da idéia de gerações ou dimensões de direitos fundamentais. No trato de questões como a investigação de paternidade, há uma forte tendência à interpretação dos direitos subjetivos ali envolvidos como sendo de primeira geração. Daí a relevância que se tem dado à integridade física dos investigados, que deságua no entendimento de que não seria possível compeli-los a realizar exame de DNA.

Enquanto direito subjetivo, a garantia à integridade física já traz consigo toda a carga de subjetividade e individualismo que agrava a noção predominante que se tem acerca dos direitos subjetivos, como tivemos oportunidade de demonstrar anteriormente. Entendida enquanto direito fundamental de primeira geração, de forma estanque, a integridade física tem sido considerada um hábil óbice à efetivação dos próprios interesses da família, porquanto estejam arrolados como direitos fundamentais de terceira geração. Parece haver, tanto em nossa jurisprudência, como na doutrina, uma certa hierarquização dos direitos fundamentais, segundo a qual os de primeira geração seriam entendidos como conteúdo mínimo necessário à garantia da condição humana. Sob essa perspectiva, os direitos da personalidade têm encontrado inúmeras dificuldades de efetividade, porque têm sido confundidos, amiúde, com os direitos fundamentais de primeira geração, tendo a si, por via lógica de consequência, agregada alta carga de subjetividade e individualidade. Essa é uma visão dos direitos fundamentais que tem prejudicado a interpretação que se tem dado à temática da paternidade e da filiação, que não têm sido investigadas como de interesse social ou difuso, mas apenas como de interesse puramente individual.

3.2.2 Os Direitos da Personalidade como Direitos Fundamentais

A teoria dos direitos da personalidade surgiu nos fins do século XIX, sendo contemporânea da própria instauração de regimes jurídicos voltados à garantia dos direitos fundamentais do homem, confundindo-se com os mesmos, tanto em sua ordenação, como em sua finalidade, que é a efetivação da dignidade humana³⁸⁷. Para Adriano de Cupis, todos os direitos, porque estão destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam denominar-se direitos da personalidade. Entretanto, em reverência à técnica jurídica, a expressão seria “reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo um *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo”³⁸⁸.

A consagração normativa dos direitos fundamentais modificou a própria condição do ser humano no seio da sociedade, alterando o rumo do reconhecimento dos direitos da personalidade, deslocando-os da esfera anteriormente identificada como eminentemente privada, para um ambiente afetado pelos interesses sociais. Nessa perspectiva, os direitos da personalidade passaram à condição de direitos positivados na esfera legal, sobretudo constitucional, marcando, mais uma vez, a transição do regime patrimonialista, próprio do direito privado clássico, para uma visão contemporânea, fundada na preocupação com a pessoa humana, restaurando sua

³⁸⁷ Há quem entenda que os direitos da personalidade surgiram dentro de um contexto de pluralismo de valores próprio do Estado Democrático de Direito, como reação à tendência de homogeneização e à destruição da individualidade. Assim, teriam por finalidade a supressão das lacunas existentes na formulação dos direitos fundamentais do século XVIII, no que se refere à preservação dos inúmeros bens essenciais à formação e desenvolvimento da personalidade humana. Cf. CUNHA, Alexandre dos Santos. **A Normatividade da Pessoa Humana**. O Estatuto Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002, p. 66.

³⁸⁸ CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**, p. 23-24.

primazia, em um processo de clara personalização do direito³⁸⁹. Existe, atualmente, uma clara preocupação referente à tipificação dos direitos da personalidade, que tem sua origem justamente na categorização desses direitos como direitos subjetivos³⁹⁰.

Independentemente desse aspecto, os direitos da personalidade continuaram caracterizados por uma essencialidade que deriva da própria condição humana, atrelados ao reconhecimento da dignidade humana enquanto juízo *a priori*. Nesse sentido, contemporaneamente é comum afirmar-se que “a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si”³⁹¹, sendo os direitos da personalidade a espinha dorsal de toda a proteção do homem e, portanto, do próprio instituto da personalidade³⁹².

Contudo, o tratamento legal dos direitos fundamentais é uma contundente prova de abertura da consciência humana, mediante o reconhecimento de que a humanidade exige toda uma reorganização da vida social, com base no respeito absoluto à pessoa humana³⁹³. A par disso, temos o reconhecimento da “necessidade de tutela dos valores existenciais da pessoa humana, outrora relegados a uma proteção indireta, quando existente”³⁹⁴.

O pluralismo contemporâneo e a pressão social relativa à necessidade de garantia dos direitos da personalidade têm elevado o grau de generalidade com que estes, assim como os próprios direitos fundamentais, têm recebido positividade³⁹⁵. Essa generalidade está fundada em um novo chamamento histórico e social do direito

³⁸⁹ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana**, p. 63.

³⁹⁰ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade**, p. 45.

³⁹¹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade**, p. 32.

³⁹² DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, p. 122.

³⁹³ COMPARATO, Fábio Konder. **A Humanidade no Século XXI: A Grande Opção**, p. 219.

³⁹⁴ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade**, p. 31.

³⁹⁵ DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, p. 124.

civil, que não mais pode aquietar-se “na rígida moldura codificada ou no pouso pretensamente seguro da exegese escrita”³⁹⁶.

Enfatize-se que os direitos da personalidade, sob a ótica que temos, não têm sua gênese no momento do nascimento com vida, nem terminam com a morte, mas acompanham a própria humanidade como um todo, transformando a dignidade – irrefutável axioma de natureza jurídico-filosófica – em um comando positivo hierarquicamente superior, que condiciona a atuação do homem individualmente considerado, da sociedade e do próprio Estado³⁹⁷. Daí porque entendemos que os direitos da personalidade não podem ser identificados como simples direitos fundamentais de primeira geração, haja vista serem de interesse não apenas dos homens individualmente considerados, mas de toda a sociedade.

Além de reclamar, como imperativo categórico pressuposto, a proteção à vida, a dignidade humana também impõe, como forma de garantir sua própria concretização, o respeito às chamadas *condições mínimas de vida*³⁹⁸, tanto morais como materiais. Emerge, assim, a noção de dignidade humana como uma garantia geral da personalidade, com implicações referentes à tutela da integridade física, moral e psíquica da pessoa humana³⁹⁹, com reflexos em toda a estrutura de direitos e garantias da sociedade, com a finalidade clara de conciliar os interesses dos indivíduos e dos grupos sociais, como a família.

³⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**, p. 44.

³⁹⁷ Nesse ponto, cumpre trazer o posicionamento de Ana Paula de Barcellos: “As pessoas devem ter condições dignas de existência, aí incluindo-se a liberdade de desenvolverem-se como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livre da indignidade, aspecto que mais diretamente interessa a este estudo; não apenas porque isso é desejável, mas porque a Constituição, centro do sistema jurídico, norma fundamental e superior, assim determina. Ao jurisdicizar, através de princípios, valores fundamentais e ações políticas que entende decorrerem de forma direta e imediata de tais valores, a Constituição coloca a seu serviço o instrumental jurídico do direito constitucional, retirando-os do debate meramente político”. *In A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade Humana*, p. 26-27.

³⁹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**, p. 18. Nesse sentido, *vide* também FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**, *passim*.

³⁹⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **A Responsabilidade Civil por Danos Produzidos no Curso de Atividade Econômica e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana: o Critério do Dano Ineficiente**, p. 131.

É comum pensar os direitos da personalidade como direitos subjetivos absolutos, oponíveis *erga omnes* e de conteúdo estritamente não patrimonial⁴⁰⁰. Entretanto, apesar de serem direitos essenciais, indissolúveis e ilimitáveis, não podem ser compreendidos como direitos inatos⁴⁰¹. Sempre que modificada a consciência moral e social sobre a dignidade humana e sua condição, alterando-se a posição do homem enquanto ser social, o âmbito dos direitos da personalidade, correlativamente, será modificado, como forma de adequar-se a essa nova realidade⁴⁰².

Dentre os direitos da personalidade, interessa-nos, mais especificamente, tratar do direito à integridade física, consubstanciado tanto em nossa Constituição Federal, como em nosso Código Civil, por via de que a incolumidade do corpo da pessoa tem sido protegida. Esse direito acompanha o ser humano desde a sua concepção, até após a morte, ultrapassando as próprias barreiras do personalismo jurídico⁴⁰³. Não obstante sua natureza, ao contrário do que sucede com outros direitos da personalidade, via de regra indisponíveis e irrenunciáveis⁴⁰⁴, o direito à integridade física é disponível, “sob certos condicionamentos, ditados pelo interesse geral”⁴⁰⁵. É claro o fundamento da garantia da integridade física das pessoas: evitar-lhes o sofrimento físico, prejuízo à saúde e, também, à perturbação de suas faculdades psíquicas, de modo que a Constituição Federal, ao consagrá-la como

⁴⁰⁰ Nesse sentido, *vide* BURDESE, Alberto. **Manuale di Diritto Privato Italiano**, p. 57-58.

⁴⁰¹ Vale trazer, também, o argumento de Maria Celina Bodin de Moraes: “Tampouco há que se falar apenas em ‘direitos’ (subjetivos) da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjetivos, mas sim através de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado – enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante”. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**, p. 118.

⁴⁰² DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, p.122-123.

⁴⁰³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**, p. 76.

⁴⁰⁴ Convém trazer a disposição constante do artigo 11, do Código Civil: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

⁴⁰⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**, p. 76.

direito fundamental, dispõe, em seu artigo 5º, inciso III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

A disponibilidade da integridade física somente pode ocorrer naqueles casos em que haja claro interesse social. Desse modo, por exemplo, está consentida, pelo Código Civil, para fins de transplante de órgãos, onde a finalidade altruística é inegável⁴⁰⁶, autorizando-se alguém a doar, em vida, órgãos como os rins.

Sobreleva notar, nessa oportunidade, que o direito à integridade física tem sido utilizado como fundamento, ainda que subliminar, do entendimento judicial acerca da impossibilidade de coerção para a realização de exame de DNA nas ações que versem acerca do reconhecimento jurídico da paternidade. Tem-se, desse modo, considerado o direito à integridade física como absoluto e intangível.

Essa linha de raciocínio nos conduz a entender que o direito à integridade física tem sido compreendido enquanto direito fundamental de primeira geração, tocado, portanto, de individualidade e fundado na garantia de liberdade do homem. Como dissemos, a necessidade de superação da idéia de gerações ou dimensões de direitos fundamentais se faz urgente em questões assim, para que se possa ter uma compreensão menos individualista dessa garantia fundamental.

O principal argumento utilizado para defender a impossibilidade de realização coercitiva de exame de DNA nas ações de investigação de paternidade tem por base a idéia de inviolabilidade da pessoa humana, tomada como absoluta. Contudo, caso fosse analisado o direito à integridade física como passível de restrições, em virtude da incidência dos próprios princípios constitucionais, como o da solidariedade e da paternidade responsável, facilmente chegar-se-ia à conclusão de que a simples coleta de material para a realização do exame, o que não acarreta

⁴⁰⁶ Cf. artigo 13, do Código Civil: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

nenhuma lesão ou risco para a saúde humana⁴⁰⁷, poderia ser admitida, em razão dos demais interesses envolvidos em tais questões.

Desse modo, as relações entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais devem ser norteadas por uma perspectiva de otimização de ambos os institutos, com base no princípio da dignidade humana, a fim de garantir sua efetividade e realização dos interesses não apenas individuais, como também sociais.

3.2.3 As Relações entre a Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais – o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

A discussão sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais iniciou-se na segunda metade do século XX, mais especificamente a partir da década de 50, tempo em que, consagrados os direitos fundamentais da primeira à terceira gerações, os conflitos de interesses entre particulares fizeram-se notar sob outra ótica. Na Alemanha, passou-se a discutir em que medida os direitos fundamentais vinculariam os particulares⁴⁰⁸. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais serviu, inicialmente, para sublinhar que tais prerrogativas não regulavam apenas as relações verticais de poder, estabelecidas entre o Estado e os cidadãos, mas também as relações intersubjetivas, entre pessoas e entidades não-estatais, ou, ainda, no jargão popular, as relações jurídicas entre iguais⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ MARTINS, José Renato Silva & ZAGANELLI, Margareth Vetis. **Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade: Direito à Intimidade ou Direito à Identidade?**, p. 153.

⁴⁰⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p. 4.

⁴⁰⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p. 5.

Ficou estabelecido, desse modo, que as normas de direitos fundamentais influem tanto nas relações entre o cidadão e o Estado, como naquelas entre cidadãos, tendo, nesta última hipótese, um efeito horizontal, dada a paridade com que os particulares são tratados no ordenamento jurídico⁴¹⁰. Afirmou-se, de pronto, haver uma ambivalência na ordem jurídica: de um lado, apresentando-se como condição indispensável a toda convivência pacífica; de outro, nos casos concretos de relações entre particulares, funcionando como coação esmagadora, que colocava à prova a própria dignidade humana⁴¹¹.

Sob essa ótica, a discussão em torno da medida em que os direitos fundamentais exercem influência entre os particulares foi entendida como um problema de construção da norma, que geraria um problema material, um problema de colisão⁴¹². Operando em uma seara na qual ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, não restaria outra alternativa ao jurista senão detectar a colisão desses direitos e, portanto, dirimi-la, mediante um procedimento entendido como ponderação de interesses, método hermenêutico que tem na dignidade humana o seu principal critério substantivo⁴¹³.

A ponderação, apresentada como estrutura de argumentação racional para a solução dos conflitos entre particulares, está formulada no conhecido princípio constitucional da proporcionalidade, que tem três manifestações claras, a saber: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o próprio princípio da

⁴¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 510-511.

⁴¹¹ BRUSSIN, Otto. **O Pensamento Jurídico**, p. 124-125.

⁴¹² ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 511. Nas palavras do autor: “Lo que se discute es como y en qué medida ejercen esta influencia. En la cuestión acerca de *cómo* las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un *problema de construcción*. La cuestión acerca de *en qué medida* lo hacen formula un problema material, es decir, un *problema de colisión*. Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales”, p. 511.

⁴¹³ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição**, p. 74.

proporcionalidade em sentido estrito⁴¹⁴. Sendo assim, o jurista, lançando mão da ferramenta da ponderação, estará autorizado, nas circunstâncias do caso concreto, a determinar o grau de satisfação oferecido pelo direito fundamental em questão, aliando-o a seu grau de importância para, ao depois, demonstrada a importância de sua realização em comparação à não-realização do outro direito fundamental colidente, apontar qual deles deverá preponderar⁴¹⁵. Essa é a solução que Robert Alexy nos aponta para as hipóteses de colisão de princípios. Desse modo, identificados como princípios no caso concreto, os direitos fundamentais colidentes deverão receber esse tratamento⁴¹⁶.

Entrementes, há uma questão que não pode ser esquecida. A dignidade humana é considerada como fundamento primeiro da própria formulação dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões. É que está intimamente ligada às garantias de intimidade e privacidade, que figuram entre as mais problemáticas, quando tratamos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e de sua efetivação entre os chamados “agentes privados”.

Com relação à privacidade, inicialmente identificada, nos fins do século XIX, com o “direito a ser deixado em paz” ou o “direito a estar só”, há quem já tenha asseverado que deveria ser considerada como o mais abrangente dos direitos fundamentais do homem. Impõe-se lembrar, no entanto, que essa garantia de isolamento não consubstanciava a realização de exigências naturais do homem, mas da classe burguesa, que reclamava a efetivação de seu direito à privacidade, na mesma ordem em que defendia seu direito à propriedade⁴¹⁷.

⁴¹⁴ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**, p. 211-214.

⁴¹⁵ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**, p. 214.

⁴¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 89-98.

⁴¹⁷ DONEDA, Danilo César Maganhoto. **Considerações Iniciais sobre os Bancos de Dados Informatizados e o Direito à Privacidade**, p. 111-113.

Essa perspectiva absoluta de garantia da privacidade do homem, ou de sua família, contudo, não pôde resistir incólume ao passar dos tempos. É certo que, hodiernamente, não podemos mais confundir a privacidade com a garantia de isolamento ou segredo. Transmutou-se, por conseguinte, o “direito de ser deixado em paz” em uma nova fórmula: “o direito de controlar o uso que outros fazem das informações que lhe digam respeito”⁴¹⁸. Esse um aspecto que será de relevância primordial nos casos que envolvem investigação de paternidade, nos quais a indecisão problemática acerca da dignidade humana, bem como de inúmeras cláusulas gerais de proteção que dela decorrem, aparecem de forma clara e inequívoca. O mesmo destino teve o direito à integridade física. Essa garantia fundamental, antes absoluta, evoluiu para comportar certas restrições, um reflexo da contemporaneidade e do desenvolvimento do direito, notadamente no campo das relações entre particulares.

É inegável que temos, atualmente, um problema com relação aos direitos fundamentais. Enquanto manifestações que sustentaram, ainda que de maneira pouco refletida, uma cristalização da idéia clássica de direito subjetivo, eles acabaram por incorporar a já mencionada indecisão problemática acerca da dignidade humana. Estudar os direitos fundamentais, passando ao largo da necessária preocupação com as noções de direito subjetivo, equivale a tentar sustentar um castelo de cartas que tem em sua base um elemento desestruturante.

Noutro dizer, nada que se proponha, em matéria de efetivação ou robustecimento dos direitos fundamentais, será eficiente, sem que seja enfrentada a pungente questão do necessário redimensionamento das noções de direito subjetivo e da indecisão problemática da dignidade humana. De outro modo, restar-nos-ia apenas

⁴¹⁸ DONEDA, Danilo César Maganhoto. **Considerações Iniciais sobre os Bancos de Dados Informatizados e o Direito à Privacidade**, p. 120.

transitar ao longo das teorias funcionalistas do direito, que foram apresentadas como forma de introduzir elementos de racionalidade nas decisões judiciais, mas que vieram a tornar-se fonte para justificação da própria arbitrariedade nos julgados, através da tão propalada teoria de colisão de direitos fundamentais. Em consequência, se não manifestarmos uma reação incisiva, estaremos condenados a tão-somente reconhecer que o castelo vai cair, a despeito das relevantes contribuições trazidas pelas inúmeras teorias acerca dos direitos fundamentais.

Garantindo, precipuamente, a intangibilidade da vida do homem, a dignidade humana tem como consequência direta o respeito à integridade física e psíquica da pessoa natural, o que nos conduziu, a largos passos, a conceber a dignidade humana como uma trincheira voltada à defesa de uma sacralidade do corpo do homem, assemelhada à intangibilidade de sua vida. Sob essa premissa, tão comum nas letras jurídicas, o exame de DNA, na esfera civil, jamais poderia ser imposto *manu militari*. O interesse privado voltado ao conhecimento do genitor não parece, desse modo, suficiente para quebrar o preceito da não invasão física. Diz-se, ainda, que compelir alguém a, forçosamente, realizar o exame de DNA consistiria em precedente de grande gravidade, valendo como brecha para a prática de abusos posteriores que agravem a dignidade do homem⁴¹⁹.

Entretanto, na esfera penal, face ao interesse público dirigido à apuração de um crime, entende-se que o exame forçado pode ser admitido, sob o seguinte argumento:

A vedação da intervenção corporal, invocando-se a necessidade de respeitar os direitos personalíssimos, inviabilizaria, por um lado, toda

⁴¹⁹ Nesse sentido, vide AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade Humana**, p. 14-15.

investigação criminal quando fossem necessárias tais provas, do ponto de vista do fato de que se deve preservar a sociedade dos delinquentes⁴²⁰.

Devemos lembrar que está assente, tanto na doutrina como na jurisprudência, que o tratamento dado à questão da realização do exame de DNA na esfera civil não deve acompanhar o entendimento já estabelecido na área penal. A proteção da pessoa humana contra toda sorte de agressões e atentados tem obtido maior consistência da esfera do Direito Penal, sobretudo porque “é de se notar que a proteção penal tinha (e tem) por básico fundamento a perseguição da paz e harmonia sociais. A pessoa é então protegida por ser membro de uma sociedade que, para seu desenvolvimento, precisa de segurança”⁴²¹.

Na busca da autoria de um crime, a realização do exame de DNA, nas provas coletadas, tem encontrado ampla consonância em nossos Tribunais, sobretudo quando são considerados os interesses sociais no deslinde de tais situações. Devemos lembrar, inclusive, que uma testemunha, tanto no processo penal, como no civil, por estar obrigada a prestar um serviço à justiça, pode ser conduzida à sala de audiências literalmente debaixo de vara⁴²²⁴²³. Sua condução coercitiva deverá ser feita, por determinação do magistrado, por oficial de justiça ou por autoridade policial, a depender das circunstâncias do caso⁴²⁴.

⁴²⁰ MARTINS, José Renato Silva & ZAGANELLI, Margareth Vetis. **Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade: Direito à Intimidade ou Direito à Identidade?**, p. 154.

⁴²¹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade**, p. 34.

⁴²² Dispõe o artigo 412 do Código de Processo Civil: “Art. 412. A testemunha é intimada a comparecer à audiência, constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da causa. Se a testemunha deixar de comparecer, sem motivo justificado, será conduzida, respondendo pelas despesas do adiamento. (...)”.

⁴²³ Convém trazer as disposições constantes dos artigos 206, 218 e 219 do Código de Processo Penal: “Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor (...)”. “Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar que seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública”. “Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453 sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência”.

⁴²⁴ JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**, p. 154.

Parece haver, pois, uma clara contradição entre o tratamento dado às questões penais e processuais quando comparado com aquele destinado às questões da família. Tudo indica que, no presente estágio, não alcançamos todo o sentido das normas constitucionais que têm tratado da família e dos temas que lhe são inerentes, como a filiação e a dignidade humana, considerados como estratégicos para nossa organização social.

Tudo isso reforça nossa tese sobre a existência de uma indecisão problemática da dignidade humana. Por que não reconhecemos que há interesse público na aferição da paternidade? Por que a realização do exame de DNA, na esfera civil, atenta contra a dignidade humana, sendo inaceitável e, na esfera penal, é não apenas aceitável como, até, recomendável?

Tem-se como definitivo que a dignidade humana, consagrada como princípio fundante de nossa organização social e valor básico em que se assentam nossos direitos fundamentais, nos teria conduzido a um novo patamar de proteção da pessoa. Ora, se todos os homens e mulheres, em razão da universalização da personalidade, são reconhecidos como pessoas, então todos estariam, pois, situados nesse mais alto plano de respeito à pessoa humana. Em outras palavras: se todos são pessoas, todos têm dignidade, dignidade que deveria ser respeitada de forma intransigente.

Isso resolveria, aparentemente, o problema da tutela dos direitos humanos, civis, da personalidade e fundamentais. Entretanto, o que fazer quando os interesses de pessoas, individualmente consideradas, se opõem? Mais especificamente, no que nos interessa: seria essa construção hábil a solucionar os casos de investigação de paternidade, onde aquele que se considera filho busca sua origem genética e constituição judicial de paternidade, enquanto o pretenso pai alega a inviolabilidade

de seu corpo, negando-se a realizar exame técnico científico que possa aferir um possível parentesco genético entre as partes?

Como os direitos que têm por fundamento a dignidade humana não podem, ao nosso ver, ser entendidos de forma isolada, o simples fato de que os mesmos estejam garantidos não nos conduz a facilmente resolver tais questões. Contudo, dentro de uma perspectiva pautada pela ponderação de princípios e direitos fundamentais, defende-se a possibilidade de investigá-los separadamente, para, ao final, concluir-se qual deles deve preponderar.

Por fim, reiteramos que, em sua primeira concepção, os direitos fundamentais apresentaram-se como direitos naturais, já fortemente iluminados por uma perspectiva de dignidade humana também natural. Além de naturais, nessa fase, foram compreendidos como absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes mesmo à própria condição de humanidade de seus titulares. Além do interesse histórico dessa perspectiva, sobreleva notar que apesar da modernização da concepção de direitos fundamentais – e, portanto, de direitos subjetivos e da própria dignidade da pessoa humana – essa primeira inteligência não desapareceu, sendo utilizada até os dias presentes, sempre que há dificuldades na aplicação das normas que positivam os direitos fundamentais. Isso ocorre porque é exatamente nesse núcleo irrestringível de direitos, todos decorrentes da dignidade humana, que podemos encontrar a dimensão fundante dos direitos individuais, que legitima o próprio conteúdo dos preceitos constitucionais e mesmo de direito internacional acerca dos direitos fundamentais⁴²⁵.

Hodiernamente, contudo, entendemos que as relações da dignidade humana com os direitos fundamentais devem ocorrer sob duas premissas básicas. Na primeira, devemos reconhecer a dignidade humana como elemento fundante dos

⁴²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 15.

direitos fundamentais; na segunda, como elemento que otimiza as relações entre os titulares dos direitos fundamentais, funcionando como agente facilitador do necessário diálogo entre os mesmos, de modo a permitir-lhes uma harmonização de conteúdo e finalidade.

3.2.4 Seria possível falar em Colisão de Direitos Fundamentais?

Teorias como a de Robert Alexy estão definitivamente consagradas em nosso ordenamento jurídico. Admitimos a possibilidade de que haja colisão entre direitos fundamentais. Sendo assim, nos encaminhamos a passos largos para a busca de solução desses conflitos. Nesse desiderato, recorreremos à conhecida técnica da ponderação, procedimento elevado à condição de princípio, que tem como pressuposto regularmente assentado que os valores e bens constitucionais, ou os direitos fundamentais, quando de seu exercício, apareçam como contrapostos e colidentes⁴²⁶. Assim, a ponderação ou a proporcionalidade operaria como um freio ao exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que figuraria como limite para as próprias restrições dos direitos essenciais. Entretanto, impõe-se asseverar que, no ambiente em que nos encontramos, que envolve a dignidade humana, as concepções de direito subjetivo e de relações de família, não é conveniente buscar respostas tranquilizadoras nesse procedimento, independentemente de sua larga consagração.

⁴²⁶ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **A Dignidade da Pessoa e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Aproximação Latino-americana**, p. 179.

A vida em sociedade nos tem impregnado de um sentimento de constante angústia diante de nossa impotência em efetivar todos os direitos fundamentais, que consideramos necessários. Também nesse contexto, temos a considerar que os tempos atuais são caracterizados por uma ampla insegurança, que nos abriu as portas para a construção e disseminação da Teoria da Argumentação, voltada, sobretudo, para a busca de garantia de racionalidade nas decisões judiciais⁴²⁷. Ousamos inferir que a técnica da proporcionalidade foi construída para justificar a limitação de direitos fundamentais, apresentando-se como mecanismo de garantia de que tais limitações fossem justificadas e não realizadas ao bel prazer do jurista, quer no aparato jurisdicional, quer no âmbito legislativo⁴²⁸. Entretanto, apesar de parecer existir apenas para justificar as restrições aos direitos essenciais, a proporcionalidade ou ponderação tem, certamente, justificado arbitrariedades e interpretações legislativas falaciosas.

Como exemplo disso e também da dissonância de nossa jurisprudência, temos um mesmo Tribunal, em um mesmo contexto social e temporal, julgando, com base na técnica da proporcionalidade, de forma diametralmente oposta. Em 1999, ao discutir ação negatória de paternidade, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

PATERNIDADE. CONTESTAÇÃO.

As normas jurídicas hão de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a

⁴²⁷ Nessa ordem, Alexy afirma: “Todo esse percurso para a *determinação*, no caso concreto trazido ao *procedimento judicial*, de *direitos definitivos* a partir de direitos *prima facie* apenas se faz *discursivamente*, seguindo-se de maneira imprescindível as formas e regras da *argumentação jurídica* para ser tida como *racional*, ou seja, como *correta* – a despeito, mais uma vez, de não se afirmar como a única necessariamente possível. Formalmente, a *controlabilidade* da decisão somente pode ser feita então pelo exame do *procedimento racional de justificação* efetivado, pelo que se afasta no maior grau possível a perigosa arbitrariedade de um *decisionismo* na esfera dos três poderes estatais e, em especial, no órgão judicial dotado de *autoridade máxima* em um Estado Democrático de Direito, o Tribunal Constitucional”. In **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 30-31.

⁴²⁸ Com relação à limitação de direitos fundamentais na esfera legislativa, vide ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 13-64.

sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos. Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação.

Decadência. Código Civil, artigo 178, parágrafo terceiro.

Admitindo-se a contestação da paternidade, ainda quando o marido coabite com a mulher, o prazo de decadência haverá de ter, como termo inicial, a data em que disponha ele de elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa.

Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, RESP 194866-RS, DJ. 14-06-1999, a unanimidade⁴²⁹.

Como podemos verificar, o julgador reconhece na realização de exame de DNA um método científico adequado à solução de conflitos que envolvam a contestação de paternidade presuntiva. Entretanto, na mesma época, o mesmo Superior Tribunal de Justiça decidiu ser dispensável a realização do exame de DNA em ação de investigação de paternidade:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME HEMATOLÓGICO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. A recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA induz presunção que milita contra sua irresignação.
2. Decisões locais que encontram fundamento em caudaloso conjunto probatório.
3. Ausência de contrariedade à lei federal.
4. Dissídio jurisprudencial não configurado, ante a diversidade das bases empíricas das hipóteses colocadas em confronto.
5. Recurso Especial não conhecido

Relator Min. Bueno de Souza. Quarta Turma. RESP – 55958-RS, DJ 06-04-1999, a unanimidade⁴³⁰.

A ponderação dos interesses dos filhos, ou reputados filhos, em contraposição aos interesses dos pais, ou considerados pais, realizada no ambiente da técnica da proporcionalidade conduziu o mesmo órgão julgador a decidir de maneira diametralmente oposta nos casos em tela. Efetivamente, a ferramenta da ponderação parece ter autorizado o julgador a decidir de forma distanciada dos reais interesses

⁴²⁹ Disponível em <http://www.stj.gov.br>, capturado em 28-10-2005.

⁴³⁰ Disponível em <http://www.stj.gov.br>, capturado em 28-10-2005.

envolvidos, como os da família, do princípio da paternidade responsável e da estabilidade social.

Nesse ínterim, pode-se dizer que, paradoxalmente, falar de colisão de direitos fundamentais nos conduz a um retorno à familiaridade de conceitos predeterminados e restritos, com a conseqüente construção de um abrigo para os efeitos que a pluralidade contemporânea nos tem imposto. A total impossibilidade de realizar uma subsunção judicial absoluta, estreita, aos nossos comandos legais, nos carcomidos moldes da Escola da Exegese, e a ambivalência com que a interpretação das normas contemporâneas tem se debatido, em todas as suas fases, juntamente com a própria diversidade de seus métodos interpretativos – bem assim a própria pluralidade de sentidos da idéia de interpretação⁴³¹ – acabaram por nos conduzir de volta a um caminho pautado pela preocupação com o reencontro com a segurança jurídica.

Assim, parafraseando Benedetto Vecchi, ignorar a teoria da argumentação é tão perigoso quanto sujeitar-se a ela⁴³². Entretanto, devemos correr esse risco. É conveniente lembrar que, nos dias atuais, qualquer esforço voltado para aplacar ou fazer diminuir ou “a inconstância e a precariedade dos planos que homens e mulheres fazem para as suas vidas, e assim explicar essa sensação de desorientação exibindo certezas passadas e textos consagrados, seria tão fútil quanto tentar esvaziar o oceano com um balde”⁴³³.

Em Alexy, as relações entre os direitos fundamentais, em sua efetivação e exercício, nos parecem um grande quebra-cabeças, onde nos cabe apenas encontrar os encaixes perfeitos, pautados pela ponderação. Isso nos conduz à conclusão de que, então, os direitos fundamentais, como as peças do tal quebra-cabeças, teriam formas,

⁴³¹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 205.

⁴³² Expressão utilizada em VECCHI, Benedetto. **Introdução** in BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**, p. 12.

⁴³³ VECCHI, Benedetto. **Introdução** in BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**, p. 9.

desenhos e dimensões preestabelecidas. Todo o processo de compreensão e análise dos direitos fundamentais consistiria apenas em apreender essas características antecedentes dos direitos fundamentais.

Falar em colisão de direitos fundamentais é impor à teoria do direito um retorno ao século XVIII, no qual a operacionalidade jurídica estava condicionada à divisão dos direitos. Há uma contradição inegável na própria expressão *colisão de direitos fundamentais*, tanto sob a ótica semântica, como procedimentalista. Porquanto sejam fundamentais, são impassíveis de redução, não podendo, pois, colidirem.

A resposta ao questionamento proposto poderia ser singela e objetiva, nas palavras de Kant: “o direito é o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode harmonizar-se com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal da liberdade”⁴³⁴. Entretanto, não acreditamos mais no chamado “arbítrio humano”, intimamente ligado ao peso que a vontade tinha na época em que Kant desenvolveu suas idéias. Tampouco podemos continuar acreditando em leis universais ou na liberdade como um eficiente meio de harmonizar os interesses na sociedade.

Notamos que a sistemática legislativa contemporânea, sobretudo em tempos de reconhecimento da pluralidade de interesses, caracterizada pelo reconhecimento da vulnerabilidade jurídica de certos entes – como o consumidor, o trabalhador, o inquilino, a criança e o idoso – optou pela introdução de conceitos jurídicos indeterminados, bem como cláusulas gerais de cunho legal.

Como consequência dessa nova postura do legislador, percebemos um movimento que pode ser denominado de fuga para o judiciário. Sobre os ombros do magistrado pesa a obrigação de recriar a própria norma, como forma de adaptá-la aos

⁴³⁴ KANT, Emmanuel. **A Metafísica dos Costumes**, p. 212. Ao desenvolver seu raciocínio, Kant afirma também: “Qualquer ação é conforme ao direito quando, por meio dela ou segundo sua máxima, a liberdade do arbítrio de cada um puder coexistir com a liberdade de todos os outros, segundo uma lei universal”, p. 212-213.

casos concretos. Esse é um movimento claramente contemporâneo, que se opõe diretamente aos comandos do liberalismo, pautados na absoluta confiança na lei, por um lado e, de outro, na total desconfiança do juiz. Naquele tempo, essa tensão se fez presente de forma clara na Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791, que sacralizou a lei como expressão da vontade social, dispondo: “Não há na França autoridade superior à lei”⁴³⁵.

Assim, restava ao juiz apenas a condição de mero aplicador da legislação, estando a ela completamente submisso, não podendo, inclusive, interpretá-la, posto que, a voz corrente pronunciava que a lei já trazia, em si, a resposta do Direito para os litígios entre as pessoas, nos exatos ditames da Escola da Exegese. Reduzia-se o direito à letra fria da norma escrita em texto legal, enquanto o juiz era visto, tão-somente, como a boca da lei⁴³⁶. Em todas as situações nas quais o jurista recorria à equidade na formulação de seu pensamento jurídico, a esquematização consagrada na lei era rompida, situação em que o homem espontâneo, natural, dotado de sensibilidade ética aparecia como inimigo da esquematização do direito⁴³⁷.

Por outro lado, o direito, em tal vertente individualista, apresentava ao jurista uma previsibilidade quase absoluta de seus atos, através de uma técnica legislativa estreita, mediante a utilização de conceitos jurídicos pautados em descrições fechadas, voltados a reduzir a carga discricionária de seus intérpretes⁴³⁸. O tempo do Iluminismo, em síntese apertada, pode ser considerado uma época em que o jurista norteava-se pela idéia de que seria possível estabelecer clareza e segurança jurídicas absolutas, mediante a formulação rigorosa de leis, que garantiriam, por sua

⁴³⁵ Vide o texto de Edvaldo Brito, em Nota Prévia à obra de Orlando Gomes. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**, p. XII.

⁴³⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Constituição e Codificação: Primórdios do Binômio**, p. 62.

⁴³⁷ BRUSSIN, Otto. **O Pensamento Jurídico**, p. 124.

⁴³⁸ KATAOKA, Eduardo Takemi. **Declínio do Individualismo e Propriedade**, p. 458.

vez, uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais. É possível inferir, assim, que o postulado central de tais tempos era a vinculação do juiz à lei⁴³⁹.

No século XIX, essa estranha “ligação” artificial entre o juiz e a lei começou a apresentar inequívoca vacilação. Nas questões penais, por exemplo, o magistrado, atrelado à lei, não tinha à sua disposição qualquer mecanismo de graduação da pena, o que evidenciou não ser esta exigência de vinculação absoluta à lei uma situação ideal. Rapidamente, tornou-se claro ser impraticável o postulado de estrita vinculação do juiz à lei, haja vista ser, também, impossível a elaboração de leis que fossem tão rigorosas, que trouxessem já em si o espírito desejado para a sua interpretação, de modo exato e esgotante, de forma a exterminar toda a dúvida que pudesse resultar de sua aplicação. Na mesma direção, ficou evidente que as leis não mais poderiam ser tidas como que suficientemente abrangentes para delimitar a vida humana em toda a sua pluralidade⁴⁴⁰.

Houve, então, como vimos, uma abertura nos sistemas de direito, sobretudo mediante a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, que proporcionou ao estudioso do direito um mundo cambiante e complexo. As cláusulas gerais como a dignidade humana, boa-fé objetiva e a função social da propriedade e dos contratos são totalmente desprovidas de conteúdo em si mesmas. São tomadas apenas enquanto orientação genérica, até que encontrem a lide, o caso concreto, quando, então, refertas de conteúdo, oferecerão ao magistrado um importante mecanismo para a solução das contendas judiciais. Daí serem reconhecidas como cambiantes, porque assumem, independentemente do ângulo de análise a que sejam submetidas, diversas significações⁴⁴¹.

⁴³⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 206.

⁴⁴⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 206-207.

⁴⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**, p. 273.

Nesse quadro, entretanto, devemos lembrar uma lição comum na doutrina dos direitos fundamentais. “A pedra angular da defesa dos direitos essenciais encontra-se no controle jurisdicional, somente quando existe tal controle pode sustentar-se a existência de uma proteção dos direitos”⁴⁴². A inserção de cláusulas gerais no ordenamento legal foi uma resposta do legislador à reconhecida necessidade de consagração de prescrições, narrativas e prescritivas, que dispusessem expressamente novos critérios interpretativos. Ao prescrever enquadramentos axiológicos dotados de normatividade e eficácia imediata, o legislador cuidou de garantir uma interpretação homogênea, pautada por conteúdos objetivamente definidos de todas as demais regras de sistema⁴⁴³.

Não há nenhuma distorção no alargamento das possibilidades hermenêuticas conferidas ao magistrado. Muito pelo contrário, é justamente na “elasticidade que o espaço jurídico principiológico propicia que a jurisprudência reafirma seu papel de construção”⁴⁴⁴. Nas atuais condições, é inegável que não podemos mais esperar da lei, ou do legislador, ou da vontade popular consubstanciada nos textos legais, a previsão rígida de soluções para os conflitos sociais. Isso é impossível na atualidade. Orlando Gomes, em 1959, afirmava que há tempos já não restava muito do esforço realizado a fim de conter o Direito nos limites apertados do normativismo lógico, confirmando o desaparecimento quase integral do entusiasmo que tal simplicidade despertara inicialmente⁴⁴⁵.

O grande problema talvez resida na forma com que se tem utilizado esses novos horizontes hermenêuticos. Nesse sentido, a dignidade humana tornou-se

⁴⁴² ALCALÁ, Humberto Nogueira. **A Dignidade da Pessoa e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Aproximação Latino-americana**, p. 181.

⁴⁴³ TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os Chamados Microssistemas e a Constituição: Premissas para uma Reforma Legislativa**, p. 11.

⁴⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. **O Impacto das Mudanças Sociais no Direito de Família (Singrando entre Dois Brasis: Do Casamento Codificado às Famílias não “Matrimonializadas” na Experiência Brasileira)**, p. 190.

⁴⁴⁵ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**, p. 54.

moldura para qualquer retrato, qualquer tela. Tudo pode caber em suas balizas. Daí ser interessante discutir quais os mecanismos que têm sido utilizados na interpretação e aplicação do princípio da dignidade humana por nossos pretórios. Empregando o comentário feito por Orlando Gomes sobre o direito natural, em matéria de dignidade humana, a extrema elasticidade que sua própria idéia nos impõe, permite que sua inteligência seja abarrotada de noções éticas de inúmeros matizes. Haveria, portanto, dignidade humana “para todos apetites – dos que têm muita fome de eticidade aos que se contentam em enganar o estômago”⁴⁴⁶.

Por força da própria indecisão problemática acerca da dignidade humana, bem como das concepções sobre a personalidade do homem, que são refletidas no bojo dos direitos subjetivos, chegamos a situações de completo absurdo jurídico: por vezes, o mesmo texto legal, quer constitucional, quer ordinário, pode ser usado tanto para fundamentar a prática de certos atos, como, paradoxalmente, para negá-los. Nas questões que têm envolvido a realização de exame de DNA, para a verificação da existência ou não de laços de consangüinidade, as disposições constitucionais acerca da dignidade humana têm recebido, no confinamento de um mesmo tribunal, interpretações diametralmente opostas, conforme demonstramos.

Na apresentação de mecanismos voltados à solução das hipóteses de colisão de direitos fundamentais, é paradigmático o caso do atirador de anões, julgado em 1995, na França. Uma produtora de espetáculos apresentava à sua clientela uma espécie de jogo bastante diferente, no qual os espectadores eram convidados a participar da seguinte competição: quem lançaria, por meio de um canhão, à maior distância, o Sr. Wackenheim, um anão. Ao tomar conhecimento dessa atração, as autoridades municipais de Morsang-sur-Orge proibiram a realização dessa atividade,

⁴⁴⁶ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**, p. 96.

por meio de decreto, sob a alegação de que ela seria atentatória à moralidade pública e à dignidade humana. A questão foi levada ao Judiciário e, após atravessar várias instâncias e desafiar diferentes posicionamentos, recebeu julgamento final no Conselho de Estado, que entendeu pela legalidade da proibição, confirmando que tanto a empresa como o anão, com suas condutas, atentavam contra a ordem pública e à dignidade da pessoa humana⁴⁴⁷.

Esse caso é muito conhecido porque, apesar de aparentar envolver apenas uma relação entre um cidadão e o Estado, o que nos conduziria, facilmente, a uma solução com base nos estreitos mecanismos de garantia dos direitos fundamentais de primeira geração, na verdade apresenta um novo tratamento conferido à dignidade humana. Na discussão judicial do caso, tanto o anão, defendendo seu direito a participar do show, como o Estado, defendendo a necessidade de proibição do espetáculo, elaboraram seus argumentos com base no princípio da dignidade humana. O Estado argumentava que o arremesso do anão era atentatório à condição do homem e desrespeitoso com a condição dos portadores de deficiência física. Por sua vez, o anão reclamava a proteção de sua autonomia, bem como argumentava que aquele trabalho lhe oferecia as condições materiais necessárias para prover sua subsistência, sem o que a sua dignidade restaria agredida.

Um olhar menos atento pode nos conduzir a entender que o caso envolveria colisão de direitos fundamentais, onde a dignidade humana estaria colidindo com a própria dignidade humana. Entretanto, as questões envolvidas estão tangenciadas pela análise e definição tópica do papel que a dignidade humana deve ter na vida privada. Assim, decidiu-se que homem algum tem o direito de denegrir sua imagem,

⁴⁴⁷ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A Normatividade da Pessoa Humana**. O Estatuto Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002, p. 93-101.

ainda que seja para garantir sua sobrevivência, porque os homens têm obrigações recíprocas com relação à garantia da dignidade humana.

Desse modo, não há qualquer colisão de direitos fundamentais no referido caso, apesar das inúmeras interpretações que corroboram esse entendimento. Ali, a questão central consistia na análise da autonomia da vontade enquanto garantia dos cidadãos em cotejamento com suas obrigações sociais decorrentes de sua própria condição. A dignidade humana funciona, então, como agente de otimização da solução.

O caso do atirador de anões tem inúmeros correlatos, todos apresentados, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, como hipóteses de colisão de direitos fundamentais. Parece ocorrer, desse modo, o que podemos chamar de superinterpretação do princípio da dignidade humana, transformado em superprincípio. Esse é um problema próprio dos novos caminhos trilhados pela estruturação do raciocínio hermenêutico contemporâneo, nos quais podemos ter a impressão de que os direitos dos intérpretes foram exagerados⁴⁴⁸. Nos tempos mais recentes, notadamente na esfera jurídica, tem-se defendido que o sentido dos textos poderia ser conduzido a uma semiótica ilimitada. Caberia ao intérprete, portanto, diante das disposições normativas, fixar o seu sentido, independentemente de todo e qualquer condicionamento prévio. Umberto Eco nos aponta uma interessante reflexão sobre tal postura interpretativa: “Se Jack, o Estripador, nos dissesse que fez o que fez baseado em sua interpretação do Evangelho segundo São Lucas, suspeito que muitos críticos voltados para o leitor se inclinariam a pensar que ele havia lido São Lucas de maneira despropositada”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação**, p. 27.

⁴⁴⁹ ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação**, p. 28.

O próprio autor reconhece que seu exemplo é um tanto forçado ou exagerado, mas ele nos serve para inferir que, mesmo na interpretação de disposições normativas como a dignidade humana, a interpretação não pode ser ilimitada. Existem condicionamentos de ordem cultural, social e jurídica que devem ser atendidos.

Nesse sentido, a teoria da colisão, não obstante seu papel relevante no reconhecimento e garantia do pluralismo jurídico, tem levado os juristas a interpretações distanciadas de qualquer condicionamento, o que entendemos não ser adequado, sobretudo em matéria de dignidade humana. No trabalho de revisão de conceitos jurídicos fundamentais, absolutamente necessário, os juristas parecem estar autorizados a entender o direito livremente, desde que justifiquem esse entendimento. Daí porque afirmamos ser a teoria da colisão uma ferramenta que possibilita ao jurista, principalmente ao magistrado, justificar qualquer compreensão acerca das normas.

A revisão de conceitos estabelecidos ao longo de tantos anos de história humana é sempre muito difícil. A análise dos “novos processos” aplicados à resolução dos casos entendidos como de colisão de direitos fundamentais, nos conduz a uma decepcionante conclusão: preferimos, por vezes, confessar nossa impotência diante do novo e, através de mecanismos complexos, voltar a enfrentar tais casos à luz do que já conhecemos, reproduzindo, de maneira subliminar, o velho entendimento a que estamos acostumados, de modo a tentar garantir segurança jurídica e previsibilidade em nossos julgados. Ainda que admitamos que os novos processos são inadequados, porque carcomidos pela expressão do velho, nos negamos

a empreender sua revisão e reajustamento de seus princípios⁴⁵⁰. Não temos coragem para limpar os estábulos de Álgias.

Nesse ínterim, é sempre conveniente lembrar que existe “a dificuldade lógica, ainda que não impossibilidade, de tentar fazer uma ciência ou teoria do direito entendendo-o como algo fadado a ou passível de desaparecimento, ou mesmo algo circunstancial, contingente”⁴⁵¹. Com esse propósito, operar em sistemas como os de direitos da personalidade, direitos fundamentais ou de família, que têm na mutabilidade de seu objeto um aspecto primordial, bem como na contingência, que opera sensíveis modificações nas convicções dos estudiosos, resultaria em um grande problema para todos aqueles juristas preocupados em afirmar a cientificidade do direito. A própria idéia de colisão de direitos fundamentais pode ser entendida apenas como mais uma das inúmeras manifestações do modo de produção de alternativas hermenêuticas do racionalismo ocidental, a partir de si mesmo, com a criação de uma nova individualização dos estilos de vida e “uma variedade multicultural acompanhada de novos endurecimentos fundamentalistas”⁴⁵². Dá-se, pois, um retorno da própria locução geradora dos direitos fundamentais para o ambiente dos interesses privados, o que, por sua vez, justifica considerar a existência de possibilidade de colisão entre direitos fundamentais.

Se entendermos que a dignidade humana, enquanto norma de claro conteúdo axiológico, está na base dos chamados direitos fundamentais, só nos resta concluir que a dignidade humana, portanto, colidiria consigo mesma em casos tais de colisão de direitos fundamentais. Parece claro que tal postura desafia frontalmente as próprias perspectivas mais atuais da ciência do direito, que não mais se contenta com

⁴⁵⁰ Essa análise, realizada em contexto um tanto distinto do que, nessa oportunidade, o inserimos, consta em LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas Elementares do Parentesco**, p. 61.

⁴⁵¹ ADEODATO, João Maurício. **Pressupostos e Diferenças de um Direito Dogmaticamente Organizado**, p. 157.

⁴⁵² HABERMAS, Jurgen. **Passado como Futuro**, p. 81.

os chamados conceitos axiológicos puramente formais, passíveis de utilização retórica em qualquer tese⁴⁵³. Ademais, essa natureza de mecanismo burocrático de solução de conflitos tem demonstrado ser bastante hábil a destruir, inclusive, a própria lógica das condições de equilíbrio entre os interesses públicos e privados, na medida em que tem conduzido as questões acerca dos direitos fundamentais a uma esfera de alta individualidade e subjetividade.

Alexy afirma, de modo peremptório, que “valores como princípios são propensos a colidir. Uma colisão de princípios somente por ponderação pode ser resolvida”⁴⁵⁴. Entendemos em sentido diverso. Se não utilizarmos a possibilidade de colisão de princípios, ou das regras, como um *a priori*, restará espaço para que operemos em um ambiente no qual seja possível ao jurista, notadamente ao magistrado, realizar um trabalho de harmonização das normas nos casos concreto e, por via lógica de consequência, dos interesses das partes no processo judicial.

Não são os princípios ou os direitos fundamentais que tendem a colidir, mas os interesses dos homens, das partes processuais. Nesse sentido, não estamos autorizados a fazer um recorte *a priori* de estruturas de direitos subjetivos⁴⁵⁵, pretensamente válidos, que tenderiam, obrigatoriamente, à colisão, porque, desse modo, o próprio modelo de ponderação tomaria dos direitos fundamentais a sua força normativa.

É de Alexy a reflexão de que o ponderar conduz a inúmeros e graves problemas, apesar de entender que a ponderação dos direitos fundamentais ainda seja o mecanismo mais adequado de solução dos complexos conflitos da sociedade atual⁴⁵⁶. Em direção oposta, compreendemos que os conflitos de interesses que

⁴⁵³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**, p. 8.

⁴⁵⁴ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**, p. 335.

⁴⁵⁵ Essa expressão é utilizada por Canotilho em **Canotilho e a Constituição Dirigente**, p. 36.

⁴⁵⁶ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**, p. 337.

envolvam os direitos fundamentais devem receber do jurista, quer no legislativo, quer no judiciário, um atento olhar voltado a harmonizá-los. Essa harmonização não é trabalho de pouco tomo. Muito antes pelo contrário. Para fazê-lo, faz necessário um ajustado manejo das normas constantes do ordenamento jurídico, a partir da Constituição, a fim de que, em lugar de colisão e, conseqüentemente, de arbítrio nas decisões judiciais, tenhamos a efetiva realização dos nossos direitos e princípios fundamentais.

3.3 A Dignidade Humana nas Relações de Família

3.3.1 O Novo Direito de Família

Os romanos pontificavam: *omnis definitio in jure civile periculosa est* (toda definição, em direito civil, é perigosa)⁴⁵⁷. Dentro do contexto de constitucionalização do direito privado e, em especial, do direito de família, as definições tornaram-se ainda mais perigosas, senão definitivamente ilegítimas sempre que dissociadas de uma atenta observação das relações sociais e familiares sobre as quais deverão incidir⁴⁵⁸. Esse raciocínio é próprio do novo modelo epistemológico aplicado ao direito privado, que nos impõe uma estreita vinculação entre lei e realidade, distanciando-se do modelo liberal, pautado pela anterioridade dos conceitos e

⁴⁵⁷ PESSÔA, Eduardo. **História do Direito Romano**, p. 111.

⁴⁵⁸ Convém aduzir, inicialmente, a sempre atual lição de Pontes de Miranda: “quando se trata de direito privado contemporâneo, poucos se dão conta de que há mais de dois mil anos se vem elaborando toda a doutrina de que desfrutamos. Em verdade, foi como se, através desses milênios, estivesse o homem a descobrir o que seria – melhor ou é melhor – para regular as relações inter-humanas. ‘Descobrir’ é o termo; pouco se criou: revelou-se nos livros de doutrina, nas elaborações de regras jurídicas e nas críticas, o que se presta a resolver os problemas do interesse humano. Às vezes por muitos séculos se procurou solução. No final, o direito, ainda o direito não-costumeiro, é obra de milhares e milhares de inteligências. Daí ter-se de colher, aqui e ali, a verdade”. In **Tratado de Direito Privado**, tomo I, p. 22-23.

fórmulas de solução de conflitos. Ao hermenêuta resta reconhecer que os resultados de seu trabalho não mais poderão ser únicos; o jurista não está mais autorizado a criar novas ficções jurídicas, divorciadas da realidade ou das exigências dos grupos sociais e dos indivíduos⁴⁵⁹. Esse é o ambiente em que se encontra inserido, com especial destaque, o direito de família.

No início deste terceiro milênio da era cristã, notamos uma completa quebra dos fundamentos do direito privado, com ênfase para o direito de família. A procriação humana, bem como a instituição familiar, não mais podem ser entendidas como fetiches atemporais.

Verifica-se, sobretudo, um retorno da afetividade, em outra roupagem, como fundamento das relações intersubjetivas no meio familiar. Outrossim, a possibilidade de criação da vida humana a partir de técnicas desenvolvidas pelo homem fez surgir, isso mesmo, surgir um novo ente que merece proteção: o embrião humano.

A consagração da dignidade humana como alicerce de nosso sistema jurídico passou a funcionalizar as relações de família em razão da dignidade de cada um de seus integrantes. Não se pode negar que a dignidade do homem encontrou nas relações familiares “o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie”⁴⁶⁰.

Sob esse aspecto, é conveniente inferir que a Constituição Federal de 1988, chamada Constituição cidadã, apresenta-se como divisor de águas com relação ao tratamento da família contemporânea. Somando o princípio da dignidade humana – como fundamento de nossa convivência social – ao princípio da solidariedade,

⁴⁵⁹ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras**, p. 14.

⁴⁶⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e Reprodução Assistida**, p. 520.

podemos partir a passos mais largos rumo à tão esperada personalização das relações parentais⁴⁶¹.

A idéia contemporânea de família, gradativamente construída ao longo da segunda metade do século XX, deslocou-se da desigualdade entre seus membros, de sua matrimonialização e forte preocupação patrimonial, para uma atenção maior aos aspectos humanos e igualitários de seus membros^{462 463}. Nesse sentido, merece destaque a disposição constante do artigo 23, número 01, do Pacto Internacional de direitos civis e políticos, firmado em dezembro de 1966, em Nova York: “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”⁴⁶⁴.

A família, entendida como sociedade natural, recebeu especial tratamento em praticamente todas as Constituições Ocidentais recentes, justamente por servir, de modo inigualável, à realização das exigências do homem e ao desenvolvimento da pessoa⁴⁶⁵. A doutrina tem denominado esse fenômeno de repersonalização do direito de família, “tendência contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para a regulação de seus direitos”⁴⁶⁶.

Sem embargo, devemos lembrar que o direito de família somente agora está pautado por tais fundamentos personalistas, sendo conveniente lembrar que jamais foi personalizado, jamais teve como núcleo central a pessoa humana, aspecto que nos autoriza a entender tal fenômeno como uma personalização do direito de família,

⁴⁶¹ ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade: do Elo Fictício ao Elo Construído**, p. 235 e 236.

⁴⁶² CARBONERA, Silvana Maria. **O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família**, p. 290.

⁴⁶³ Esse processo gradativo encontra-se retratado, no Brasil, ao longo de nossas Constituições. A matéria civil foi sendo introduzida aos poucos, revelando, em cada uma delas, a ideologia e valores sociais da época. A Constituição Federal de 1937, por exemplo, em seu artigo 126, determinava que a lei assegurasse a igualdade entre os filhos legítimos e reconhecidos, quanto aos direitos e deveres em relação aos pais, o que, para aqueles tempos, revelava um claro progresso no tratamento constitucional da filiação. *In* BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p. 326.

⁴⁶⁴ Cf. DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, p. 29.

⁴⁶⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional, p. 243.

⁴⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da Afetividade**, p. 4.

movimento inédito e relevante para o tratamento das questões familiares. Não haveria, por esse modo, repersonalização, mas, sim, personalização do direito de família nos tempos atuais.

Tratou-se, pois, de realizar a proteção da família como um todo, desde os seus aspectos eminentemente pessoais, até as questões patrimoniais, consideradas relevantes para a garantia do chamado mínimo existencial. Desse modo, o lar familiar, por exemplo, recebeu uma eficiente proteção legal, assegurando-se, desse modo, a estabilidade necessária à convivência dos membros da família.

O lar da família, desde a época feudal e, sobretudo, a partir do surgimento da burguesia, nos fins da Idade Média, representa o espaço de intimidade de seus integrantes, o ambiente que lhes permite a separação da vida pública, com vistas à realização de seus interesses mais íntimos e pessoais⁴⁶⁷. Temos aqui uma íntima relação com os primórdios do direito que reconhecia o lar familiar como sagrado. Com o advento da Lei n. 8.009/90, protegeu-se a residência da família. A contradição sugerida pelo tratamento de um tema carregado de patrimonialismo é apenas aparente. Em verdade, ao proteger o lar familiar, o legislador tratou de oferecer às pessoas uma efetiva proteção da família e de sua manutenção, como forma de preservar o que se reconhece como mais relevante entre os familiares: sua estabilidade emocional, a solidariedade e projeto de vida em comum, permitindo o desenvolvimento tanto dos indivíduos como de seu grupo⁴⁶⁸.

No Brasil, somente com a Constituição Federal de 1988, a mulher conseguiu ver garantido para si o princípio da isonomia. Dessa garantia decorreram inúmeras modificações no tratamento legal da família: desaparece o cabeça do casal e chefe da família e instaura-se a coordenação de ambos os cônjuges na direção da entidade

⁴⁶⁷ DONEDA, Danilo César Maganhoto. **Considerações Iniciais sobre os Bancos de Dados Informatizados e o Direito à Privacidade**, p. 112-113.

⁴⁶⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e Reprodução Assistida**, p. 520.

familiar. Sensíveis também foram as modificações de 1988 com relação ao instituto da filiação. O texto constitucional garantiu a isonomia dos filhos, havidos ou não sob a égide de um casamento civil. Merece ainda menção o reconhecimento da união estável como entidade familiar⁴⁶⁹.

É sempre interessante lembrar que as conseqüências resultantes do tratamento conferido à família pelo artigo 226, da Constituição Federal, notável instrumento em razão de seu poder de síntese e riqueza de enunciados, ainda estão sendo percebidas, dada a sua amplitude. Ao considerar a família como base da sociedade, o legislador constitucional operou uma completa mudança de rumo no tratamento legal ofertado às relações familiares. Com efeito, no direito brasileiro antecedente à Constituição de 1988, apenas a família formada pelo casamento recebia proteção legal, o que já contrastava largamente com a pluralidade vigente no meio social⁴⁷⁰.

Merece especial atenção o fato de que a Constituição Federal introduziu em nosso ordenamento jurídico uma nova noção sobre a paternidade, que também deve valer com relação à maternidade: a *paternidade responsável*, nos moldes do parágrafo sétimo, do artigo 226. Assim, constitucionalmente, as relações entre pais e filhos devem ser conduzidas por absoluta responsabilidade daqueles, tanto no que diz respeito à procriação, como ao sustento e guarda dos filhos, priorizando-se o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, em conjunto com todos os direitos fundamentais que lhes são garantidos⁴⁷¹.

Essa tutela constitucional da família foi ao encontro da modernização do direito privado geral e cumpriu um importante papel para a efetivação do retorno da

⁴⁶⁹ Vide o artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

⁴⁷⁰ REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**, p. 71.

⁴⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípio da Paternidade Responsável**, p. 28.

afetividade como fundamento da convivência familiar e de seu reconhecimento na esfera legal.

Na redação do novo Código Civil, uma das premissas de sua formulação pautou-se na necessidade de atendimento da nova estrutura dada, pela própria sociedade, à família, “reconhecendo-se a igualdade dos cônjuges e dos filhos, o que os elaboradores do anteprojeto já haviam levado em conta, e que a Constituição de 1988 veio proclamar com admirável amplitude”⁴⁷². Nesse sentido, foram abandonadas expressões como pátrio poder – legitimadora da desigualdade entre o homem e a mulher –, bem como de ilegitimidade de filhos. A diminuição do *quantum* despótico próprio do poder outorgado ao chefe de família, que o exercia perante todos os familiares, foi uma constante no desenvolvimento do direito civil. Como vimos, o *patria potestas* romano era bastante extenso, abrangendo, inclusive, o poder de vida e morte sobre os filhos. Esse poder foi sendo diminuído, encontrando notável transformação no ambiente da Constituição Federal de 1988. Assim, passou-se a entender que o pátrio poder, anterior denominação de poder familiar, “deve ser exercido com afeição e não com atrocidade”⁴⁷³.

Há quem assevere que a Constituição de 1988, ao apontar mudanças substanciais no tratamento legal da família, teria exterminado o sistema de estabelecimento das chamadas “filiações fictícias”, por tornar superado o paradigma

⁴⁷² REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**, p. 37.

⁴⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do Poder Familiar**, p. 143. O autor critica a utilização da expressão poder familiar, nos seguintes termos: “O poder familiar é a denominação que adotou o novo Código para o pátrio poder, tratado no Código de 1916. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres. A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão ‘pátrio poder’, mantida, inexplicavelmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores deram-se antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação”, p. 141-142.

matrimonial de legitimidade da filiação⁴⁷⁴. Contudo, como veremos mais adiante, a indecisão problemática que agravou o instituto da dignidade humana e a própria noção de personalidade no Direito, longe de estar superada, aparece, atualmente, com toda a sua contundência das relações de filiação. Retirado o verniz de legitimidade matrimonial e garantida a igualdade entre os filhos, deparamo-nos com as dificuldades resultantes do reconhecimento de paternidade e maternidade, em tempos nos quais os pruridos morais já não silenciam a questão, e a ciência apresentou-se como titular de mecanismos hábeis a determinar, com segurança, os vínculos genéticos existentes entre pais e filhos.

Nosso espaço jurídico contemporâneo é vasto e elástico, marcado por novas perspectivas principiológicas que, como vimos, permitem à jurisprudência operar uma reafirmação de seu papel de construção do direito, pondo em relevo o chamado direito sumular⁴⁷⁵. Os recentes contornos jurídicos oferecidos à família, como a afirmação do valor da afetividade, elevada à condição de princípio, que deve atuar no âmbito das relações familiares, juntamente com a dignidade humana e a solidariedade, têm reclamado extenso e árduo trabalho dos juristas, no que se pode chamar de novo direito de família.

3.3.2 Filiação e Dignidade Humana

A filiação sempre foi tratada como ponto de fundamental importância para o Direito. Consiste no reconhecimento das relações de maternidade e paternidade, bem

⁴⁷⁴ Nesse sentido, *vide* FACHIN, Luiz Edson. **O Direito de Família Gauche**, p. 66.

⁴⁷⁵ Nesse sentido *vide* FACHIN, Luiz Edson. **O Direito de Família Gauche**, p. 67.

como de seus efeitos nas esferas pessoal, social e patrimonial. A riqueza e complexidade do tratamento legal e doutrinário desse instituto, ao longo do tempo, é inegável.

No Brasil, uma das primeiras demonstrações legais de ligação entre o instituto da filiação e da dignidade humana encontra-se ainda no Período Imperial. O filho da mulher escrava era considerado, também, escravo, até o advento da Lei do Ventre Livre. Admitia-se, contudo, que tal filho nascesse livre na hipótese de seu pai ser o senhor de sua genitora. “O fundamento de tal posição era, desde Roma, o direito natural em sua interpretação estóica e cristã: repugnava à consciência alguém ter como escravo o próprio filho”⁴⁷⁶.

Pela Carta Magna Nacional, não se há de falar em filiação espúria, ilegítima ou legitimada. Interessa tão somente reconhecer a condição substantiva de filho a alguém. Se, no passado, com o Código Civil de 1916, a filiação era categorizada de acordo com a situação jurídica dos genitores, com a atual dissociação entre casamento e filiação, a chamada paz doméstica e proteção da família aproximaram-se mais da garantia da dignidade humana que da manutenção de uma estabilidade familiar, pautada, em muitas situações, pelo sacrifício da realização pessoal de seus integrantes⁴⁷⁷. Ainda que nossa Constituição não houvesse textualmente consagrado a igualdade dos cônjuges e filhos, a simples introdução de valores como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade em seu texto já seria suficiente para que chegássemos ao mesmo resultado. Contudo, devemos lembrar que, ao fazê-lo, o legislador constituinte robusteceu o próprio sentido que se pode dar a tais princípios e garantias legais, impondo ao jurista, de modo mais urgente, a reformulação de suas perspectivas acerca do direito de família.

⁴⁷⁶ WEHLING, Arno. **O Escravo ante a Lei Civil e a Lei Penal no Império (1822-1871)**, p. 379.

⁴⁷⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade: do Elo Fictício ao Elo Construído**, p. 234.

Todavia, em todo o ordenamento pátrio, a filiação ainda é tratada em duas dimensões que se apresentam de modo completamente diacrônico: ora com intrínseco biologismo, ora como decorrência de afetividade, ou da comprovação da existência de vínculo socioafetivo, como ocorre, por exemplo, nos casos de adoção. Parece haver uma forte tendência à contraposição absoluta entre o biologismo e a afetividade, não obstante serem, ambos, fundamentos legítimos para o reconhecimento de existência de vínculo de filiação, o que pode ser compreendido como uma diminuição da própria efetividade que se tem buscado do princípio da dignidade humana.

A filiação é um instituto nuclear na esfera da tutela dos interesses da sociedade, pois representa uma forma de garantia do reconhecimento da existência da pessoa, sendo um direito fundamental, inerente à própria condição humana, que toca tanto aos pais, como aos filhos. É com base na incidência da dignidade humana que, atualmente, podemos dizer que há, no estrato familiar, reciprocidade nas relações de filiação. Como vimos, no direito antigo os filhos por pouco não eram confundidos com o patrimônio do *pater familias*. Ao longo do desenvolvimento do direito de família, os filhos sempre estiveram em condição de menor importância com relação aos seus pais; os privilégios paternos envolviam, inclusive, a possibilidade de um filho não ser reconhecido.

Entretanto, com o estreitamento das relações entre a dignidade humana e a filiação, podemos inferir que finalmente estamos em um plano de equiparação de todos os membros da família. Ademais, pela imposição do princípio da paternidade e maternidade responsável, aos pais resta o dever de possibilitar o integral desenvolvimento de seus filhos, em uma nova perspectiva do que vem a ser a realização do homem contemporâneo no seio familiar. Nessa ordem, “realizar-se na

vida também significa compartilhar alegrias, constituir família, doar-se aos filhos, tendo em vista alcançar uma meta, vencer o desafio de saber educá-los, sustentá-los, fazê-los felizes”⁴⁷⁸.

É justamente nesse sentido que se tem afirmado o que, com certeza, é uma das grandes conseqüências da incidência da dignidade humana no contexto das relações familiares: a partir de então, os filhos passaram a ser substantivo pleno, que dispensa, terminantemente, qualquer adjetivação.

⁴⁷⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**. O Crepúsculo do Dever e a Ética Indolor dos Novos Tempos Democráticos, p. 146.

Então o que é a verdadeira vida? A verdadeira vida é, em suma, o ato de sentir ânsias, esperanças, angústias e temores. Geralmente, procuramos enfrentar essas nuances que formam o direito radical e a esperança presente e decisiva de nossa vida, ou, o que é a mesma coisa, esforçamo-nos por falsificar a vida, suplantando-a com um repertório fictício de movimentos inócuos, sem entusiasmo e sem pesares.

Ortega y Gasset

Capítulo 4 – A DECRETAÇÃO DA PATERNIDADE POR PRESUNÇÃO COMO VIA REDUTORA DA DIGNIDADE HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – UMA CRÍTICA À SÚMULA 301 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.1 A Paternidade – Um Fato ou uma Imposição Jurídica? – o retorno da discussão acerca do personalismo

Dispõe a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça: “*Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juristantum de paternidade*”.

A Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça reflete o processo de dogmatização do direito, característico da modernidade, que pode ser verificado no próprio conceito de justiça que tem emanado dos tribunais modernos, reconhecidos como os verdadeiros responsáveis pela realização e efetivação do direito, tornando-o real⁴⁷⁹.

Ao receber questões que suscitam a discussão acerca da condição de filiação e paternidade, o papel do Judiciário impõe-se tanto na interpretação dos mecanismos legais de que dispomos atualmente, como na própria adequação dos mesmos ao caso concreto. Ademais, reclama-se, ainda, um processo de construção e reconstrução do direito, em razão de um novo ambiente sócio-cultural das relações de família e da ciência.

⁴⁷⁹ ADEODATO, João Maurício Adeodato. **Pressupostos e Diferenças de um Direito Dogmaticamente Organizado**, p. 162. Sobre a dogmatização do direito, argumenta o autor: “Basta que se observe o conceito de justiça advindo dos tribunais modernos, que são de fato responsáveis pela realização, no sentido literal e filosófico de ‘tornar real’, do direito e da norma jurídica. ‘Justa’ é a decisão que toma por base as regras de um sistema dogmático positivado pelo poder, seja pelo Talibã, seja pelas cortes de Amsterdã. ‘Injustiça’ permanece, em termos jurídicos, um conceito interno ao próprio direito positivo”, p. 162.

Todo um cabedal de presunções, construídas ao longo da história humana, apresenta-se ao magistrado para a solução da lide. Por outro lado, há controvérsia com relação à receptividade da contribuição científica, com relevo para a possibilidade de realização do exame de DNA, que pode aferir a existência de vínculos biológicos entre as partes. Assim, “por um lado, é justificável a tradição dos povos ocidentais, preferindo o jogo de presunções”⁴⁸⁰. Essa uma herança antiga do direito romano, que revela uma tendência à caracterização das relações de família como uma imputação jurídica. De outra banda, há quem entenda que o direito de família e, portanto, as relações de filiação, vivem hoje um renascimento científico porque, se sua prática continua atrelada a valores como a personalidade e a estabilidade social, essa mesma prática reclama o reconhecimento de que “novos sujeitos apareceram juridicamente, a tecnologia mudou, a família internacionalizou-se e esta mistura passou a chamar a atenção dos juristas nova e profundamente”⁴⁸¹.

Nesse ponto, cabe ao magistrado, utilizando tais ferramentas, decidir acerca do reconhecimento judicial da paternidade. Para tanto, pode considerar a paternidade um fato inicialmente não jurídico, cabendo ao direito apenas reconhecê-lo; ou, de outro modo, operar na esfera das imputações próprias do direito. Essa questão guarda clara similitude com a discussão acerca do personalismo. Como vimos anteriormente, durante séculos discutiu-se a natureza da personalidade: seria ela um fato recepcionado pelo direito ou seria uma imputação do próprio direito? Antes que se pudesse chegar a qualquer resultado conclusivo, a universalização da personalidade estancou todo o processo de investigação criativa existente, restando falseada a pergunta diante da aparente ociosidade da resposta ou respostas que pudessem ser apresentadas.

⁴⁸⁰ MELO, Albertino Daniel de. **Filiação Biológica – Tentando Diálogo Direito-Ciências**, p. 3.

⁴⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Visões sobre o Teste de Paternidade através do Exame do DNA em Direito Brasileiro – Direito Pós-Moderno à Descoberta da Origem?**, p. 28-29.

Entretanto, a questão reaparece na discussão acerca da natureza da paternidade ou maternidade. Se, como dissemos anteriormente, o personalismo, ao longo da história, sempre tendeu a ser mais uma imputação do direito do que um simples reconhecimento, em razão da condição humana, isso também tem ocorrido nas relações de família.

Diante de um processo de adoção, por exemplo, cabe indagar se o vínculo de filiação existe porque a adoção foi realizada de acordo com a lei, ou se o procedimento de adoção, longe de ser constitutivo das relações de família, seria apenas um reconhecimento da vinculação entre as partes. Essa discussão pode ocorrer no campo processual, o que não está em foco nesta oportunidade. Interessamos discutir o papel que o direito tem exercido, materialmente, nas relações de família, de modo a repensarmos como se tem conduzido, mais especificamente no campo judicial, temas como a filiação e a paternidade.

Resta-nos, pois, discutir se a filiação e a paternidade são fatos reconhecidos pelo direito ou seriam meras imputações jurídicas. Em passado recente, ficou claro que a condição de filho era tratada como uma imputação do direito, pois o Código Civil de 1916 impedia o reconhecimento de filhos ilegítimos. Em outras palavras, e para usar uma vetusta dicotomia da ciência jurídica, os ilegítimos eram filhos no mundo dos fatos, mas não no mundo do direito. Se, pois, o universo do direito desafiava os fatos, somente podemos concluir que a condição de filiação, nos moldes que conhecemos desde a antiguidade mais remota, continuava a ser uma imputação jurídica.

As transformações ocorridas no direito de família, como vimos, são profundas e irretroativas, mas a sua efetividade tem reclamado de todos os juristas uma outra onda de esforços. Problemas candentes acerca da filiação, por exemplo,

têm recebido tratamento nos moldes que esse mesmo “novo direito de família” pretendia sepultar. A presunção, em matéria de filiação, voltou a ocupar lugar de destaque, justamente em um momento no qual ocorre uma corrida para o Judiciário e quando há um reclame geral de que se tenha, por parte deste, uma nova construção da natureza e significado próprios do direito. Podemos utilizar, nesse ponto, a expressão de Habermas: “o futuro é apreendido na forma de passado, de acordo com o lema: enfrentemos a nova situação do modo como já o fizemos antes!”⁴⁸².

Nesse ambiente, convém lembrar que, “com a decisão irreversível que uma pessoa toma em relação à constituição ‘natural’ de outra, surge uma relação interpessoal desconhecida até o presente momento”⁴⁸³. A descoberta de que é possível aferir, com precisão quase absoluta, os vínculos genéticos entre pais e filhos, impõe-se sobre todos nós, ferindo “nossa sensibilidade moral, pois forma um corpo estranho nas relações de reconhecimentos legalmente institucionalizadas nas sociedades modernas”⁴⁸⁴.

Assim, são dois os fatos que se impõem ao jurista para a determinação da paternidade, a saber: as relações socioafetivas, que estão na base da própria estruturação da família, e o vínculo biológico, agora plenamente acessível mediante a utilização de métodos científicos, como o exame de DNA.

Desse modo, resta claro que não mais podemos conviver com a filiação ou a paternidade entendidas como manifestações de imputação jurídica, sob pena de falsearmos completamente a própria estrutura do direito. Tanto a filiação como a paternidade são fatos que se impõem ao jurista, não podendo ser desconsiderados.

⁴⁸² HABERMAS, Jorgen. **Passado como Futuro**, p. 69. É preciso lembrar que Habermas proferiu esse entendimento em outro contexto, ao discutir a situação da política na Alemanha.

⁴⁸³ HABERMAS, Jorgen. **O Futuro da Natureza Humana**, p. 20.

⁴⁸⁴ HABERMAS, Jorgen. **O Futuro da Natureza Humana**, p. 20.

4.2 A Incidência da Dignidade Humana nas Relações de Filiação – em busca de um suporte fático para a solução de conflitos nas ações de investigação de paternidade

A história da busca de incidência da dignidade humana nas relações de família e, especificamente, nas relações de filiação, pode ser vista, inicialmente, como uma desapontadora saga de construção de normas capazes de captar o espírito daquilo que é mais caro e íntimo do ser humano – o afeto com que ele se relaciona com seus entes familiares. Mas, depois dessa visão inicial e, sem dúvida alguma, superficial, pode-se falar também da própria busca como algo edificante, construtivo, interessante no sentido jurídico.

O fato é que, em verdade, na atualidade, temos um dado novo, que é a aparente segurança do biologismo, que pode ser representada pelo desenvolvimento da ciência geneticista, que nos impõe a todos o reconhecimento de que a descendência biológica, agora, pode ser aferida em moldes exatos. Isso conduziu um sem número de cientistas e juristas a proclamarem o fim das tensões que envolveriam o reconhecimento judicial das relações de paternidade e maternidade. O laboratório, que sempre é lembrado por sua esterilidade e profissionalismo, poderia nos oferecer a resposta há tanto tempo esperada. Diante da pergunta – quem é o pai ou a mãe?, a resposta seria igualmente absoluta, estéril e concreta: a relação de filiação está configurada pela concessão de carga genética. Contudo, é de conhecimento ordinário que as relações de filiação não podem ser pautadas somente pela transmissão de caracteres por via genética. Há, também, todo um universo de afetos que deve ser considerado.

O debate entre aquilo que preferimos chamar de fundamentos fáticos do estado de filiação não é fácil. Está permeado de concepções ideológicas arraigadas no próprio espírito humano, bem como em nossas normas, de há muito conhecidas. Entretanto, pensamos que seja necessário fazê-lo, até porque, como proposta final de nosso trabalho, pretendemos realizar, na verdade, um diálogo entre essas fontes da filiação⁴⁸⁵, tarefa urgente, à qual nos lançaremos nesta oportunidade.

4.2.1 A Multiplicidade de Fundamentos Fáticos no Estado de Filiação

São dois os fundamentos fáticos das relações de filiação que têm se apresentado na contemporaneidade: o biologismo e a afetividade. Por biologismo entendemos a transmissão de carga genética dos pais para os filhos naturais. Na filiação socioafetiva, pautada na afetividade, alçada a inquestionável princípio na esfera do direito privado, a percepção da relação de paternidade ou maternidade transcende o dado genético, para encontrar fundamento na relação estabelecida entre pais e filhos. Se tais fundamentos, descendência genética e afetividade, andam juntos, tratam de complementar-se e densificar a relação jurídica de filiação. Se, ao contrário, aparecem dissociadas, podem, inclusive, contrapor-se⁴⁸⁶.

Na ordem jurídica, três são os enfoques dados à relação paterno-filial ao longo da história. A paternidade puramente jurídica ou presumida, assentada em

⁴⁸⁵ Nesse sentido, argumenta Paulo Luiz Netto Lobo: “Nos anos mais recentes, parece que outra configuração de família relacional está se delineando, em forma estelar, que tem ao centro o menor, sobre o qual convergem relações tanto de tipo biológico quanto de tipo social, com os seus dois genitores em conjunto ou separadamente, inclusive nas crises e separações conjugais”. *In Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial*, vol. XVI, p. 40.

⁴⁸⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade – Relação Biológica e Afetiva*, p. 59.

imposições da ordem do direito, como na hipótese de paternidade presuntiva do filho da mulher casada; a paternidade científica – biológica ou genética – dado revelado pela recente descoberta da possibilidade de conhecimento do material genético humano; e, por fim, a paternidade socioafetiva, pautada por dados culturais e históricos, construída em consonância com a ordem axiológica de um determinado local em uma determinada época⁴⁸⁷.

É justamente na contraposição e justaposição desses fundamentos fáticos e jurídicos das relações de filiação que percebemos uma clara consequência da indecisão problemática da dignidade humana. Porquanto seja um instituto voltado à realização integral da condição humana, a dignidade do homem lançou inúmeras e valorosas luzes no tratamento jurídico de questões como as garantias e direitos fundamentais. Entretanto, também gravou questões como o reconhecimento da paternidade de sua indecisão, sobretudo com relação à tão reconhecida contraposição entre o biologismo e a afetividade, enquanto fundamentos fáticos para o reconhecimento jurídico das relações de filiação.

Ao apresentar a multiplicidade de fundamentos fáticos para a determinação da filiação, demonstraremos que, em lugar de contraposição, é possível e necessário o diálogo entre os mesmos. Para Pietro Perlingieri, “o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”⁴⁸⁸. Por outro lado, não podemos esquecer que o vínculo de filiação pode estabelecer-se também a partir do dado genético.

⁴⁸⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade: do Elo Fictício ao Elo Construído**, p. 231.

⁴⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional, p. 244.

Antes de abordar o estudo do biologismo e da afetividade, convém lembrar que a disciplina jurídica das relações de filiação “não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos. É uma moldura a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos”⁴⁸⁹.

4.2.1.1 O Biologismo

O biologismo ou vínculo genético é um dos fundamentos utilizados para a determinação da existência de vínculo de filiação. Historicamente relevante, ainda que as possibilidades científicas de determinação de transmissão de cargas genéticas de pai para filho sejam recentes, o biologismo pode ser considerado, nos tempos atuais, como um filho do antigo *critério de sangue*.

É interessante notar que o instituto da adoção, talvez por ser antigo no universo jurídico, mesmo operando uma sensível alteração na relação de paternidade, por desconsiderar o vínculo biológico, não impactou tanto o direito de família, nem a nossa inteligência sobre as relações de filiação, como a descoberta do Exame de DNA.

Esse evento fortaleceu a perquirição da chamada ascendência genética, desafiando o complexo sistema de presunções em que o direito de família há muito se assentava, fazendo com que a paternidade, para alguns, deixasse de ser uma *verdade*

⁴⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade**. Relação Biológica e Afetiva, p. 29.

jurídica, para ser, sobretudo, uma *verdade biológica*. Construiu-se, até, um princípio em torno de tal descoberta, intitulado Princípio da Verdade Biológica da Filiação⁴⁹⁰.

O desenvolvimento científico no campo da genética tornou necessário questionar: “na era dos bancos de esperma, dos embriões congelados, da inseminação artificial e da fecundação *in vitro*, que elementos da família tradicional ainda perduram”⁴⁹¹ ? É fato que esses novos métodos de procriação muito rapidamente colocaram em polvorosa todos os conceitos tradicionais referentes à família e à filiação. Na França, há mais de trinta mil crianças geradas através de processos de inseminação artificial, tendo, pois, genitores desconhecidos; uma em cada duzentas crianças é concebida “artificialmente”, fora do ventre materno⁴⁹². Nesse sentido, os caminhos abertos pela ciência nos últimos tempos, especialmente no campo da manipulação genética, revelaram-se “tão surpreendentes como aterradores”⁴⁹³.

O biologismo, tido inicialmente como um mecanismo de reação aos elementos do tratamento jurídico tradicional da família, logo foi impactado por críticas baseadas nesses mesmos elementos, revestidos de novas roupagens. Bem sabemos que as presunções em matéria de filiação, próprias de todos os sistemas jurídicos, assentavam-se na propalada estabilidade das famílias. Com nova indumentária, essa estabilidade das famílias volta, em um contexto bastante interessante e legítimo, sob a alegação de que o biologismo não pode agredir a

⁴⁹⁰ ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade: do Elo Fictício ao Elo Construído**, p. 239. Continua a autora: “A verdade biológica rompe um compromisso arraigado pelo Código Civil brasileiro com a verdade jurídica baseada na presunção de paternidade, dando espaço para uma nova verdade, voltada agora para a revelação biológica do vínculo entre pais e filhos, possível somente com o avanço científico do DNA, pelo qual se reputa determinada paternidade com confiabilidade absoluta, desvalorizando, em muito, as decisões fundadas apenas em presunções nas lides dessa natureza”, p. 240.

⁴⁹¹ LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**. O Crepúsculo do Dever e a Ética Indolor dos Novos Tempos Democráticos, p. 138.

⁴⁹² LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**. O Crepúsculo do Dever e a Ética Indolor dos Novos Tempos Democráticos, p. 139.

⁴⁹³ DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, p. 7. Aduz ainda o autor: “A inteligência e a eficácia criadora do homem abalroaram o indivíduo para uma zona de contacto com os mistérios da sua própria origem, permitindo de algum modo o seu controle, motivando assim inevitáveis e profundas metamorfoses sociais e culturais”, p. 8.

segurança da família formada por relações socioafetivas. Percebemos, claramente, um traço evolutivo. Não mais interessa a manutenção da família tradicional, matrimonialista, corroída pelo tempo, mas sim a agregação de pessoas por afeto, por quererem, cultural e socialmente reconhecida. O argumento, como vimos, é nosso velho conhecido. Está apenas inserido em um novo ambiente de compreensão das relações de família.

Nessas críticas, parece haver uma reação desmedida ao próprio reconhecimento do biologismo ou geneticismo como fundamento das relações de filiação. Existe quase um olvido de que o nascimento, revestido de todas as suas nuances, assim como a morte, é um fato jurídico⁴⁹⁴. Assim, legar a alguém carga genética que lhe possibilite a existência também é um fato jurídico. Na verdade, um ato jurídico que tem conseqüências próprias, dentre as quais a estipulação *a priori* de relação de paternidade ou maternidade, a qual, como veremos mais adiante, deverá ser considerada não em si mesma, mas em um conjunto que também contemple os demais fundamentos que se tem reconhecido, mais recentemente, como hábeis a estabelecer relações de filiação, como a afetividade.

É bastante comum, na doutrina contemporânea, aproximar o critério biológico do modelo de família codificado e o critério socioafetivo do modelo de família eudemonista, constitucionalizada e mais condizente com a atualidade⁴⁹⁵. Interessa notar que o critério biológico, bastante recente em razão das descobertas científicas, logo foi aproximado do antigo modelo de família, como se a filiação, no Código, não fosse uma imputação do direito ou uma manifestação das inúmeras formas de presunção de que o legislador lançou mão para garantir a estabilidade das relações familiares de então. Ousamos dizer que os vínculos biológicos, em si, pouco

⁴⁹⁴ Sobre o nascimento e a morte como fatos jurídicos, *vide* MIRANDA, Custódio da Piedade U. **Teoria Geral do Direito Privado**, p. 9.

⁴⁹⁵ CARBONERA, Silvana Maria. **O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família**, p. 305.

se relacionavam com o tratamento que a filiação recebeu no Código Civil de 1916. Ali, quem apontava os desígnios das relações de parentesco era o patrimonialismo, o formalismo que determinava a formação de famílias legítimas, unidas pelo matrimônio, bem como todos os demais valores ali cristalizados. Identificar o biologismo com tais questões implicará satanizá-lo aos olhos da contemporaneidade.

Com efeito, é conveniente lembrar:

O quadro de valores psicológicos e sociais das culturas ocidentais inculca, com especial ênfase, a idéia de procriação conjugal como o meio de assegurar a perenidade não apenas de uma vasta gama de referências axiológicas mas também de uma herança genética ciosamente preservada⁴⁹⁶.

A vinculação biológica entre pais e filhos continua e continuará sendo relevante para a formação da família e realização de seus membros. Exemplo disso é a procura crescente de métodos de fertilização artificial para a geração de filhos. Isso, entretanto, não pode nos conduzir a entender que o biologismo seja uma condicionante primordial para o reconhecimento de vínculo de filiação ou de relações de família. A própria evolução científica das técnicas de reprodução robusteceu o papel da afetividade no meio familiar. Ao serem introduzidas no trato jurídico, as inseminações heterólogas reclamaram uma postura clara, no sentido de negar a paternidade do progenitor – o dador da carga genética utilizada para a concepção – para atribuí-la ao companheiro da genitora. Sem tal providência, essas técnicas de procriação artificial estariam, inexoravelmente, fadadas ao ostracismo.

Desse modo, qualquer raciocínio em que a biologia seja considerada como agente condutor do direito, e não o contrário, está deslocado. Reconhecemos na genética um patrimônio a ser protegido, uma garantia necessária à própria realização da condição humana. Porém, a resposta biológica e a certeza científica não podem ser

⁴⁹⁶ DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**, p. 33.

tomadas como verdades absolutas e excludentes na esfera das relações de filiação. Necessária, nesse ponto, a admissibilidade daquilo que os portugueses intitulam *teoria do cúmulo*⁴⁹⁷, concurso de normas ou de critérios – no caso, biologismo e afetividade – como solução natural para as questões que envolvam as relações de filiação. A fim de que tenhamos um espaço de consenso mínimo, as ligações genéticas, ou de sangue, não podem preponderar no ambiente das relações familiares, como também não devem ser desconsideradas *a priori*.

4.2.1.2 A Afetividade

Clóvis Beviláqua, tratando de seu Projeto de Código Civil, destacou que nosso direito, como um todo, seria profundamente afetivo, em vista de que, ordinariamente, seriam sentimentais as causas das disposições legais brasileiras. Também Pontes de Miranda ressaltou no ordenamento jurídico do Brasil elementos distintivos como a afetividade e a tolerância, apesar de envolvidas em sugestões de ordem patriarcal e capitalista⁴⁹⁸. Não é dessa espécie de afetividade que nos ocuparemos nesta oportunidade. A afetividade a que nos referimos é aquela designada como o elemento essencial nas relações de família, razão pela qual tratar de afeto, nessas circunstâncias, deveria ser uma redundância indesculpável⁴⁹⁹. Mas não é. Como vimos ao longo do desenvolvimento de nosso direito de família, apenas muito recentemente o tema da afetividade passou a encontrar espaço na gleba do direito, tanto em sua ordem doutrinária, como legal e jurisprudencial.

⁴⁹⁷ Vide DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 230.

⁴⁹⁸ Vide GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, p. 21.

⁴⁹⁹ CARBONERA, Silvana Maria. *O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família*, p. 273.

Resta claro que a reforma do direito de família tem por base o retorno da afetividade como fundamento inerente às relações familiares, com as seguintes consequências: o casamento perde a condição de único meio para a construção de família legalmente reconhecida; não pode haver diferenciação de tratamento entre filhos; e, sobretudo, o biologismo não é um valor inafastável em meio às relações de filiação.

Vale ressaltar, desde já, que a afetividade aqui tratada não deve ser entendida em um sentido puramente subjetivo, mas sobretudo como sentimento de ordem sócio-cultural, a exemplo do ocorrido em Portugal, através da reforma de sua disciplina civil em 1977: “a sensibilidade do legislador perante a manutenção da paz familiar e da defesa em algumas situações especiais do interesse do filho, fez ceder o ‘direito de sangue’ num sentido absoluto em favor de um critério sociologista”⁵⁰⁰.

As funções afetiva e cultural da família podem ser exercidas independentemente desse arraigado biologismo de nosso ordenamento jurídico. Essa é a conclusão a que se pode chegar diante das inovações verificadas no meio familiar, mediante o reconhecimento de que a esfera privada é o terreno em que as relações são, principalmente, de ordem afetiva, “mostrando-se mais propriamente afim com a inclinação natural à ternura, à efusão dos sentimentos”⁵⁰¹.

A afetividade vem recebendo, paulatinamente, um maior reconhecimento na ambiência das relações de família, sendo alçada à condição de princípio, mediante o reconhecimento de seu papel na esfera jurídica, passando a ter importância não

⁵⁰⁰ MARTINS, José Pedro Fazenda *et al.*: **Temas de Direito da Filiação**, p. 246. E os autores continuam asseverando que “a filiação como problema social está sem dúvida intimamente ligada com a problemática das tecnologias da reprodução artificial. Raramente se terá visto a sociedade tão apaixonada pelas ciências da vida. (...) A consciência tecnocientífica começa no entanto a dar provas de cada vez maior sensibilidade moral nesta delicada questão que se reporta à manipulação da natureza humana. As normas ‘habituais’ acerca da matéria do estabelecimento da filiação não parecem adequar-se facilmente em confronto com as novas tecnologias de reprodução”, p. 253.

⁵⁰¹ LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**. O Crepúsculo do Dever e a Ética Indolor dos Novos Tempos Democráticos, p. 146.

apenas nas relações internas da família, onde sempre foi presumida, mas também externa, produzindo inúmeros efeitos e conseqüências no meio jurídico⁵⁰². Dessa forma, a afetividade tem sido considerada um princípio fundante das relações familiares e do direito de família, garantidor da estabilidade das relações socioafetivas que lhes são próprias, de natureza cultural ou sociológica, inclusive com primazia sobre as origens biológicas dos laços de parentesco⁵⁰³.

Percebemos inúmeros julgados que têm assentado na afetividade, ainda que não a mencionem de forma textual, as bases para a determinação da paternidade. Exemplo disso ocorreu na Itália, em caso julgado no ano de 1999. Um casal, impossibilitado de conceber um filho naturalmente, procurou uma clínica de fertilização, na qual realizou uma inseminação heteróloga, por via de utilização de banco de sêmen, gerando um filho. Passados alguns anos, o casamento dissolveu-se, tempo em que o marido propôs ação negatória de paternidade, alegando ser incapaz para reprodução. Inicialmente, seu pedido foi aceito em Primeira Instância, havendo confirmação da decisão pelo Tribunal de Brescia. Entretanto, em grau de recurso, a Corte de Cassação “reformou as decisões anteriores, afirmando que o sacrifício ao princípio do *favor veritatis* se impunha, em homenagem a valores cardiais do ordenamento constitucional italiano, informados (...) pelo princípio da solidariedade”^{504 505}.

⁵⁰² CARNONERA, Silvana Maria. **O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família**, p. 274.

⁵⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da Afetividade**, p. 1.

⁵⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira**, p. 335.

⁵⁰⁵ Nesse sentido, Fachin traz inúmeros exemplos de julgamento de lides com base no princípio da afetividade: “Agravado de Instrumento 17.496-0, relator Desembargador Lair Loureiro, julgado em 02-09-93, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), no qual impediu-se a devolução da criança à mãe biológica, sob o argumento de que o menor se encontrava bem com o casal guardião; já houvera trilhado essa linha a Apelação Cível 13.281-0, julgada em 26-09-91, relator Desembargador Cezar de Moraes, o mesmo TJSP, destituindo do pátrio poder a genitora diante da impossibilidade de se tirar a menor do ambiente sadio em que vive com os atuais guardiões. Mais recentemente, em 29-06-95, no julgamento da Apelação Cível 25.099-0, perante a Câmara Especial, também do TJSP, o Desembargador Lair Loureiro remarcou a tese de proteger a família substituta quando o menor se encontra bem assistido”. E arremata o aludido autor: “Como se vê, o valor jurídico do afeto se sobrepõe ao valor jurídico do sangue. Isso de modo algum quer sugerir a dissociação entre os laços naturais e os

Note-se que o reconhecimento da afetividade não se dá textualmente. Ao contrário, sobreleva observar que a Corte de Cassação Italiana continua operando com o biologismo enquanto verdade referente à paternidade, verdade essa que deveria ser sacrificada em razão do princípio da solidariedade. É que a afetividade envolve, de fato, uma perspectiva inegavelmente solidária, que não pode ser afastada, sob pena de esvaziamento do próprio contexto em que se insere.

Sob outro enfoque, parece ainda ser difícil fixar a afetividade, de forma expressa, clara e contundente, como fundamento da relação de filiação, razão pela qual inúmeras são as estratégias retóricas que têm sido utilizadas pelos magistrados para a determinação ou reconhecimento de tal relação. Em recente palestra proferida no Congresso Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família, Giselda Hironaka pediu atenção para o fato de que é preciso, antes de tudo, ter coragem para tratar de afeto nas relações de família. Afeto, “essa coisa tão *não jurídica*”⁵⁰⁶, sobretudo em um ambiente ainda contaminado por perspectivas de cientificidade do direito, que operariam um afastamento de tais questões percebidas em uma esfera singularmente subjetiva.

Justamente nesse ambiente, vale a observação:

Para qualquer etnólogo ou antropólogo a afirmação de que a paternidade social não coincide com a paternidade biológica é de uma vulgaridade crassa; de facto, como diz uma especialista francesa, esta divergência encontra-se de uma forma patente em mais de metade do gênero humano⁵⁰⁷.

Apesar de reconhecermos no afeto a base da relação de filiação adotiva – onde antes falava mais alto a vontade do *pater familias* – parece ser realmente difícil

de afeto”. FACHIN, Luiz Edson. **O Impacto das Mudanças Sociais no Direito de Família (Singrando entre Dois Brasis: Do Casamento Codificado às Famílias não “Matrimonializadas” na Experiência Brasileira)**, p. 188.

⁵⁰⁶ Palestra proferida no V Congresso Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, em 27 de outubro de 2006.

⁵⁰⁷ OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico da Paternidade**, p. XIX.

à chamada ciência do direito reconhecer no afeto uma *verdade jurídica*, hábil a fundamentar o reconhecimento de relações de paternidade ou maternidade, quando não estamos diante do fato *adoção*. Se, por um lado, foram os afetos familiares que impulsionaram uma nova concepção de família, em um movimento a que os doutrinadores têm chamado de repersonalização do direito civil, seu viés pouco jurídico, paradoxalmente, tem posto em xeque as conseqüências do processo que o próprio afeto, ou melhor, o reconhecimento do afeto, impulsionou. De fato, nos dias atuais, “não há nada mais escandaloso do que não querer bem aos seus, descuidar da felicidade destes e de seu futuro”⁵⁰⁸. Entretanto, essa expressão não tem encontrado uma correspondência exata em nossa jurisprudência.

Conforme demonstraremos mais adiante, há inúmeras situações em que o reconhecimento da verdade biológica é inexorável, sobretudo como meio de garantir a estabilidade familiar e a segurança das relações inerentes à filiação – interesses de ordem pública. Contudo, não é mais tempo de se imputar a verdade biológica como absoluta. Parece irônico, inclusive, que tenhamos percebido os limites do biologismo justamente em um tempo no qual a ciência desenvolveu mecanismos aptos a indicar, com certeza praticamente inabalável, a verdade biológica envolvida em relações de filiação. É urgente que tenhamos por esclarecido que a paternidade, ou a maternidade, não se esgota no ato de geração, de transmissão de carga genética, mas são construídos também pelos laços de solidariedade e afeto que são próprios dos ambientes familiares, coisa que a ciência ainda não desafiou.

Se o direito apropriou-se da natureza, foi a relação biológica entre pais e filhos que forneceu a base em que foi edificado o sistema das relações paterno-filiais. É mais fácil e seguro operar em um ambiente calçado por um dado indiscutível, a

⁵⁰⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**. O Crepúsculo do Dever e a Ética Indolor dos Novos Tempos Democráticos, p. 142.

descendência genética, do que operar com a filiação socioafetiva, que não pode ser aferida com a esterilidade de processos da ciência genética. A paternidade e a maternidade sociais, por outro lado, assentadas na afetividade, são construções sociais e humanas no seio familiar. Em outras palavras, “a paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; elo inato, indissolúvel, não raro impenetrável. Ao reverso, a relação paterno filial socioafetiva se revela; é uma conquista que ganha grandeza e se afirma nos detalhes”⁵⁰⁹. Assim, nos encontramos em um ponto em que são sugeridas ao homem correções com base afetiva⁵¹⁰.

Tais correções, ao contrário do que se pode pensar, não representam uma construção puramente contemporânea. A disciplina do direito de família já operava em um universo de princípios bastante aproximados. Ao instituírem a posse do estado de casados e posse do estado de filhos, os juristas nada mais fizeram além de estipular ou, ao menos, intuir que os laços de afeto, a convivência das pessoas em um nicho familiar e o reconhecimento social dessa convivência deveriam ostentar o reconhecimento jurídico.

Apesar de não constar do Código Civil de 1916, a posse do estado de filho já era conhecida de nossa doutrina, inclusive por Clóvis Beviláqua. Resultando de uma série de fatos que, articulados e em seu conjunto, evidenciam vínculos de família e, mais especificamente, de filiação, a posse do estado de filho autoriza o reconhecimento judicial da paternidade ou maternidade.

Esses fatos podem variar com relação a cada caso concreto, mas a doutrina elenca aqueles que sobressaem mais freqüentemente: a *nominatio*, o uso corrente e constante dos apelidos de família do pai ou da mãe; o *tratactus*, a evidência de que o indivíduo foi criado, sustentado, educado e apresentado socialmente como filho; e a

⁵⁰⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade** – Relação Biológica e Afetiva, p. 59.

⁵¹⁰ BRUSSIN, Otto. **O Pensamento Jurídico**, p. 124.

reputatio, verificada quando o indivíduo é reconhecido, tanto no meio familiar, como socialmente, como filho de quem afirma ser⁵¹¹. Atualmente, essa posse do estado de filho tem autorizado, pelo menos sob ponto de vista doutrinário, o reconhecimento de relação de filiação.

Ao contrário do que vimos ao longo da história da regulação da família, que, no início, estava calcada na vontade do *pater familias*, para depois fundar-se nos critérios de sangue e imputação jurídica, hoje podemos afirmar que a proteção das relações familiares tem por fundamento jurídico o princípio da compreensão e do afeto. Eis a razão pela qual a origem genética, apesar de sua relevância, não pode mais ser determinante da filiação⁵¹². Em decorrência, as relações de parentesco foram afastadas do fundamento político da agnação e, depois, da vinculação biológica da consangüinidade, para o tratamento da afetividade como base de sua própria existência. Nesse novo ambiente, os pais passaram a exercer o pátrio poder, agora entendido como poder familiar, em prol do interesse dos filhos, abandonando-se o caráter hierático da família⁵¹³.

4.2.2 A Necessidade de Busca de Suporte Fático para as Decisões nas Ações de Investigação de Paternidade – para além da fetichização do DNA ou da afetividade

Dá-me os fatos e dar-te-ei o direito. Este talvez seja o aforismo mais conhecido e reconhecido do direito. Há muito está presente na temática jurídica;

⁵¹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**, p.310-311.

⁵¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial**, vol. XVI, p. 40.

⁵¹³ Cf. NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. **A Instituição da Família em A Cidade Antiga**, p. 111.

sempre recorrente quando a busca por segurança acabava por estrangular a necessidade de legitimação das decisões jurídicas. Entretanto, nas questões que envolvem a determinação judicial de paternidade, encontramos na jurisprudência pátria uma clara negação dessa máxima do direito. A determinação da filiação por presunção opera uma completa inversão dessa antiga máxima do direito. Ao abrir mão da prova científica, o magistrado recusa-se a perceber os fatos e, portanto, abre mão também do direito de interpretá-los, posteriormente, para sopesar-lhes a importância e, por via de consequência, oferecer uma resposta minimamente satisfatória àqueles que pretendem, em juízo, a investigação de sua paternidade. Por sua vez, quando não atenta para as relações socioafetivas construídas no campo familiar, para julgar com base em presunções jurídicas, também o julgador recusa-se a decidir com base em fatos.

Como ficou dito, os tempos modernos trouxeram consigo um agente que se tem demonstrado menos esclarecedor que complicador: o conhecimento genético. A possibilidade científica de conhecimento da carga genética de alguém e, portanto, de seus genitores, tornou-se um agente complicador na área do direito em razão de nossa impossibilidade de construir uma nova compreensão acerca de institutos como a filiação e a paternidade, que são subjacentes à idéia de indecisão referente à própria questão da dignidade humana.

Continuamos a nos perguntar: é possível chegar à verdade real com relação ao reconhecimento da paternidade?⁵¹⁴, sem discutirmos o que podemos entender por verdade real.

Estamos em plena corrida ao judiciário. Reagimos à insuficiência das iniciais propostas do Positivismo com uma clara violência, uma vez que parece que

⁵¹⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade: do Elo Fictício ao Elo Construído**, p. 231.

desistimos de construir leis destinadas a dirimir os chamados “casos difíceis” e proclamamos que a solução de tais litígios deve ser realizada através dos princípios. Nesse sentido, falamos de dignidade humana e de princípios, em razão do colapso do modelo positivista. Cabe, pois, ao judiciário, nessa ambiência, fixar o que é a verdade real nas ações que versem sobre a filiação a si submetidas.

Por um lado, “a jurisprudência, tendencialmente, tem tomado posição pela impossibilidade do constrangimento físico do réu, servindo a recusa como prova, em favor do autor, do vínculo de paternidade, a ser sopesada pelo magistrado no conjunto probatório”⁵¹⁵. Como vimos, o Superior Tribunal de Justiça sumulou essa matéria, assentando seu entendimento na necessária proteção aos direitos e garantias individuais, traduzidos como fundamentais na Constituição Federal, operacionalizando a tutela do direito natural da pessoa à sua integridade corporal e à sua esfera de privacidade.

Com efeito, em 1991, quando do julgamento do Recurso Especial nº 4.987/91, apreciado pela Quarta Turma, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no rastro do voto condutor, da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo, que o princípio da dignidade humana conferia à criança o direito de saber a verdade sobre a sua paternidade:

(...) O fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se. (...).

A Constituição Federal brasileira, invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 1º), assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito (art.227).

Saber a verdade sobre a sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma corte pode frustrar.

A menor, nestes autos, tem o legítimo e sagrado direito de obter a verdade sobre a sua paternidade, e será injusto e cruel privá-la de usar todos os

⁵¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira**, p. 337.

recursos possíveis na busca dessa verdade por frio apego a ritos e formas processuais. (...)⁵¹⁶.

É preciso ressaltar que o voto acima transcrito foi proferido em Ação Negatória de Paternidade, na qual o autor-pai pretendia a desconstituição do vínculo de filiação, sob o argumento de que sua esposa lhe teria dito que a ré era filha de outro homem. A mãe da ré, devidamente citada, não se pronunciou em representação da filha. Contudo, o Ministério Público opinou pelo prosseguimento do feito, requerendo a produção de prova genética. A partir de então, passou-se a discutir, em todos os graus de jurisdição, se cabia a aplicação da pena de confissão, em razão da situação de revelia, ou se deveria ser realizado o exame de DNA.

Apenas na aparência, esse julgado parece contemplar aquilo que se pode entender como verdade real, ao determinar a produção da prova genética. Isso porque não houve nenhuma consideração, em qualquer dos graus de jurisdição, acerca dos vínculos socioafetivos que certamente já haviam sido estabelecidos entre pai e filha. Nessa situação, a escolha do julgador deu-se em elevar a prova pericial – o exame de DNA – como hábil a demonstrar a tal verdade real que deveria lastrear a decisão. Como é bom de dizer, o sentido de verdade em matéria de filiação foi construído de modo a alijar um de seus fundamentos fáticos: a afetividade. Apenas a possível vinculação genética foi entendida como verdade, optando o legislador por, em reconhecendo ser esta prova indispensável, determinar que ela fosse produzida.

⁵¹⁶ Ementa do julgado: “Direito Civil. Ação Negatória de Paternidade. Presunção Legal (CC, art. 240). Prova. Possibilidade. Direito de Família. Evolução. Hermenêutica. Recurso Conhecido e Provido. I- Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses do menor. II- Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça. III- O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana”. (RESP 4.987-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ. 04-06-1991, por maioria. Disponível em <http://www.stj.gov.br>, capturado em 22 de setembro de 2005.

Em inúmeros julgados posteriores, os Ministros do STJ passaram a entender que a realização compulsória de exame de DNA, por parte dos investigados, seria atentatória a seus direitos e garantias individuais. Inicialmente, havia um conflito de jurisprudência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no que tange a essa matéria; atualmente, verificamos um inequívoco alinhamento de posturas.

O Supremo Tribunal de Federal tem entendido que a condução coercitiva do investigado para realizar exame de DNA seria lesiva à sua dignidade humana, mediante a agressão à sua intimidade e intangibilidade do corpo humano⁵¹⁷, entendimento esse que foi assumido também pelo Superior Tribunal de Justiça.

Temos aqui um claro reflexo da indecisão problemática que agrava a dignidade humana desde os seus primórdios. Se, por um modo, o STJ nega a possibilidade de realização compulsória dos exames de DNA, afastando dos autos a possibilidade de comprovação da filiação biológica, por outro não tem qualquer reserva em exterminar uma possível filiação socioafetiva, já existente, como veremos, em se tratando de ações negatórias de paternidade.

Nesse contexto, podemos inferir que as decisões proferidas por nossos Tribunais Superiores não estão assentadas em fato algum que evidencie a existência ou inexistência de relações de filiação.

O elo biológico tem um papel importante, que não pode ser falseado ou negado na construção da idéia de paternidade e maternidade. Ademais, a filiação não

⁵¹⁷ Decisão do Supremo Tribunal Federal, constante de *Habeas Corpus* interposto em sede de Apelação Criminal n. 92.18299-0/RJ, julgada em 8 de março de 2003: “Investigação de Paternidade – Exame de DNA – Condução do Réu “Debaixo de Vara”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório “debaixo de vara” para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”. Julgamento citado por Gustavo Tepedino, in **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira**, p. 337.

pode ser considerada como uma armadilha genética ou um determinismo biológico. Há outras questões, como a estruturação afetiva e cultural de elos entre pais e filhos, que não podem deixar de ser consideradas quando da necessidade de uma determinação judicial da paternidade ou maternidade, o que “demonstra a existência de vários modelos de paternidade, não significando, contudo, a admissão de mais de um modelo deste elo a exclusão de que a paternidade seja, antes de tudo, biológica”⁵¹⁸.

Convém lembrar que tais decisões desafiam frontalmente as disposições constantes da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que veda toda e qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação. A autorização de recusa na realização do exame de DNA, sem sombra de dúvidas, significa uma restrição ao reconhecimento da paternidade. Da mesma maneira, a falta de atenção às relações socioafetivas, no seio familiar, gera igual resultado.

Dessa forma, mesmo ao afirmarmos que a condição de pai impõe a condição de filho, isso não nos conduz a afirmar que encontrar o genitor consiste em, necessariamente, encontrar o pai. O fato biológico nos leva a uma verdade que precisa ser interpretada, da mesma forma que a paternidade sócioafetiva impõe, no contexto cultural, sua verdade. Ambas consistem em fatos que carecem de interpretação, mesmo que pareça ser uma contradição propor a interpretação de um fato⁵¹⁹.

Pode-se entender, por especificação da natureza, que é preciso haver um genitor para que o filho possa existir. Contudo, é ocioso pensar que a cultura deva inclinar-se inafastavelmente diante de tal fatalidade genética, sob pena de empreendermos uma manipulação jurídica de um dado que é irredutível apenas sob a

⁵¹⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. **Paternidade: do Elo Fictício ao Elo Construído**, p. 240.

⁵¹⁹ Nesse sentido, *vide* RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A Interpretação dos Fatos no Direito**, p. 191-192.

perspectiva da natureza. Essa cultura impotente diante da filiação biológica deve ser engrandecida através do reconhecimento de que a natureza não nos diz tudo sobre as relações de filiação. “Somente aí, mas por fim também aí, a cultura pode e deve, sob pena de não existir, afirmar *primeiro eu* e dizer à natureza: *não irás mais longe*”⁵²⁰.

Devemos nos perguntar, sobretudo, por que continuamos enfrentando tais temas, tão profundamente abalados pelas conquistas científicas e sociais dos homens, em moldes tão antigos. Por que não reconhecer a possibilidade de alguém ter mais de um pai? A resposta tem sido a de se considerar a possibilidade de haver um único pai, determinado por critérios genéticos ou socioafetivos, em uma clara manifestação de nossa tendência à unicidade em matéria de família. Tais critérios, assim como estão postos, obrigatoriamente seriam excludentes. Não há, no Judiciário Brasileiro, qualquer indicação no sentido de realizar ao menos um diálogo entre eles, ainda que fosse tão-somente no sentido de estabelecer uma diferenciação entre a figura do genitor e a do pai⁵²¹.

A idéia de biparentalidade não nos é de todo estranha. Países como Portugal já têm se posicionado no sentido de reconhecer a existência de uma multiparentalidade, ainda que esta tenha efeitos bastante reduzidos. Comporta deixar assentado que, tanto nas questões que envolvem manipulação genética, como nas de adoção, os vínculos biológicos da pessoa são quebrados em razão dos novos laços familiares e afetivos que ela passa a desenvolver. Porém, como forma de constituir impedimento matrimonial, que envolve qualquer forma de parentesco, o vínculo biológico fica não apenas preservado, como reconhecido⁵²².

⁵²⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas Elementares do Parentesco**, p. 71.

⁵²¹ Sobre a necessidade de distinção entre o pai e o genitor, *vide* LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Exame de DNA e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**, p. 242.

⁵²² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e Reprodução Assistida**. Introdução ao Tema sob a Perspectiva Civil-Constitucional, p. 532-533.

Essa também foi a solução apresentada pelo legislador pátrio, quando da formulação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Consta do artigo 41 desse texto legal: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”⁵²³.

A instrução constante do artigo 378, do Código Civil de 1916, que persistiu vigente até a entrada em vigor do atual Código Civil, no início de 2003, também reconhecia a multiparentalidade no contexto da adoção: “Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo”. Cumpre salientar que, nos últimos tempos de vigência do Código Civil de 1916, essa disposição somente incidia nas chamadas adoções contratuais, realizadas entre pessoas maiores e capazes. Entretanto, mesmo reconhecendo-se sua pouca eficácia, essas disposições normativas servem para nos lembrar que a idéia de multiparentalidade já figura em nossos textos legais há algum tempo.

Verificamos, por conseguinte, que consta do próprio ordenamento jurídico a possibilidade de se reconhecer uma multiparentalidade, em razão da preservação dos dados biológicos das crianças e adolescentes, mesmo que somente para efeito de regularidade das relações matrimoniais⁵²⁴. Essa é também a solução legal em países como a Suécia, onde a lei dispõe que toda criança tem o direito de conhecer suas origens genéticas, e a França, que incorporou à legislação a utilização dos testes de DNA nas investigações de paternidade, reconhecendo à pessoa o direito a uma dupla filiação, na contramarcha da praxe jurídica, que não admitia reconhecimentos dessa

⁵²³ Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13-07-1990.

⁵²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e Reprodução Assistida**. Introdução ao Tema sob a Perspectiva Civil-Constitucional, p. 533-534.

natureza⁵²⁵. Também na França, desde 1972, todo filho natural, ou seja, não reconhecido juridicamente, pode reclamar subsídios financeiros a quem manteve contato sexual com sua genitora durante o período reconhecido legalmente como de concepção, em virtude da possibilidade de ser o genitor. Assim, ainda que não se tenha definida a condição de paternidade, um homem pode ser responsabilizado pelo sustento daquele que se pode supor seja seu filho, em razão da simples possibilidade de que tenha ascendência genética sobre ele⁵²⁶.

Se não soubermos abandonar os antigos conceitos acerca da paternidade e da família, que persistem apesar dos tais processos de repersonalização do direito privado e do tão propalado desenvolvimento jurídico das relações de família, seremos absolutamente incapazes de compreender as necessidades das relações contemporâneas.

Devemos buscar, pois, um conceito plural de paternidade, em atendimento às próprias reclamações da sociedade contemporânea, que tanto tem empreendido esforços no sentido de realizar um pluralismo jurídico, sob a premissa de que afetividade e biologismo são pólos gêmeos das relações de família. Com essa intenção, os deveres e direitos, patrimoniais ou pessoais, reconhecidos aos pais, em um contexto plural, seriam necessariamente distintos, permitindo uma integração das questões atinentes ao biologismo, afetividade e responsabilidade das relações de filiação⁵²⁷, em um processo de realização do princípio da paternidade afetiva.

Por outro lado é de ser lembrado que, no trato dos direitos da personalidade, é inegável que o direito ao conhecimento da identidade genética não pode deixar de

⁵²⁵ LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**. O Crepúsculo do Dever e a Ética Indolor dos Novos Tempos Democráticos, p. 144-145.

⁵²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e Reprodução Assistida**. Introdução ao Tema sob a Perspectiva Civil-Constitucional, p. 534.

⁵²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e Reprodução Assistida**. Introdução ao Tema sob a Perspectiva Civil-Constitucional, p. 540.

ser albergado, ainda que desse reconhecimento não se deva aferir a existência de um vínculo de paternidade. Impõe-se, desse modo, diferenciar a figura do genitor e a do pai, sem que isso autorize a negação do reconhecimento da carga genética legada a alguém⁵²⁸.

Essas questões são sensivelmente agravadas no terreno da filiação proveniente de manipulação genética, onde é evidente a vacância legislativa. Na falta de um texto legal, tem-se utilizado a Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina. Em seu inciso IV, itens 2 e 3, assegura-se o sigilo do doador de material genético para inseminação artificial heteróloga, obrigando a instituição que manipula este material a manter em seus arquivos todos os dados referentes às suas condições de saúde, bem como acerca de problemas hereditários dos quais o mesmo possa vir a ser portador⁵²⁹. Percebemos nessa norma uma grande ênfase no reconhecimento da filiação socioafetiva. Contudo, lhe é subjacente a inequívoca negação de reconhecimento da paternidade biológica, o que nos conduz a concluir que o filho gerado desse modo, em seus termos, acabaria por não ter condições de exercer seu direito ao reconhecimento da paternidade biológica, bem como ao exercício de seu direito à identidade genética.

Do reconhecimento dessa ambivalência própria dos fundamentos da paternidade, devemos partir para a construção de um sistema de direito de família que torne possível a realização efetiva do princípio da responsabilidade paterna, próprio de cada uma das situações onde essa paternidade seja construída.

⁵²⁸ Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**, p. 17-22.

⁵²⁹ SOARES, Sônia Barroso Brandão. **Famílias Monoparentais: Aspectos Polêmicos**, p. 555.

4.3 A Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça e seus Precedentes

O Superior Tribunal de Justiça aponta sete precedentes jurisdicionais, julgados entre 1999 e 2003, que deram suporte à edição da Súmula 301⁵³⁰. Emanam de suas terceira e quarta Turmas e apresentam interessantes argumentos para justificar o posicionamento do mencionado Pretório, ao entender não ser necessária a realização do exame de DNA – ainda que este seja requerido pela parte – para a solução das lides que tenham por fundamento a discussão acerca da filiação, quer para reconhecê-la judicialmente, quer para desconstituí-la.

Entendemos ser conveniente não apenas tratar desses precedentes, porquanto apresentem os fundamentos da própria Súmula 301, mas também subdividi-los em dois grupos: o primeiro, formado por seis precedentes (os julgados correspondentes aos Recursos Especiais n. 135361, n. 55958, n. 141689, n. 256161, n. 409285 e ao Agravo Regimental n. 498398) e o segundo, formado por apenas um, o julgado correspondente ao Recurso Especial 460302.

Essa divisão torna-se necessária em virtude de haver um fato que distancia os julgados integrantes do primeiro grupo e o do segundo. Com efeito, naqueles, não havia paternidade afetiva a ser discutida ou, ainda, desconstituída. Os autores das ações de investigação de paternidade jamais conheceram a figura de um pai, quer biológico, quer socioafetivo. Por outro lado, no caso do Recurso Especial 460302, a ação proposta, ao contrário do que ocorreu nos outros casos, foi negatória de

⁵³⁰ Todos os dados e as referências aos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, bem como das instâncias inferiores, mas atinentes aos casos referidos como precedentes da Súmula 301, foram acessados no *site* do Superior Tribunal de Justiça, www.stj.gov.br, em 28 de outubro de 2005.

paternidade. Havia um vínculo de paternidade socioafetiva, que deveria ter sido considerado, o que altera, sobremaneira, as circunstâncias fáticas envolvidas.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça utilizou, para o julgamento de casos marcadamente díspares – reconhecimento e negação de paternidade – a mesma linha de raciocínio e argumentação, gerando, por via lógica de consequência, os mais diferenciados resultados, os quais, todavia, foram reunidos como precedentes para a edição da Súmula 301. A paternidade, como teremos oportunidade de verificar em todos esses precedentes, é claramente confundida com a existência de vínculos biológicos entre as partes. A dimensão socioafetiva das relações familiares não foi sequer aventada em tais julgados, todos eles assentados em proferir decisões justificadas pela recusa das partes quanto à realização de exame pericial.

Como veremos, o tratamento diferenciado dos julgados e das circunstâncias neles envolvidas – o que não ocorreu por parte do Superior Tribunal de Justiça – é de fundamental relevância para a própria compreensão e crítica dos mesmos.

4.3.1 O Reconhecimento Judicial da Paternidade por Presunção

4.3.1.1 Recurso Especial n. 135361

O primeiro precedente, assim considerado em razão de seu julgamento ter ocorrido, na Quarta Turma, em 15 de dezembro de 1998, sob a lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, tem por base um pedido de reconhecimento de paternidade feito após a morte do investigado. A ação, cumulada com petição de herança, foi proposta

quando a autora já contava 35 anos, pouco tempo após a morte do investigado, em 1990, em face dos irmãos e dos herdeiros do mesmo. Os réus, devidamente citados, contestaram ação, alegando a exceção de *plurium concunbetium*, mas recusaram-se a submeter-se ao exame de DNA, que poderia atestar o alegado vínculo genético entre a autora e o investigado⁵³¹.

Em primeira instância, o magistrado julgou procedente o pedido, tomando por base uma “farta prova testemunhal”. Em suas razões, afirmou haver insuficiência de prova da infidelidade da mãe da autora, afastando, desse modo, a exceção de *plurium concunbentium*. Argumentou o magistrado que havia prova nos autos de “certos comportamentos adotados posteriormente pelo investigado, que chegou a ter vida em comum com a mãe e assumiu despesas pessoais da filha”. Por fim, foi justamente a recusa dos réus a realizarem o exame de DNA que acabou por oferecer base para o julgamento, que foi mantido, em sua integralidade, em segunda instância, no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a seguinte ementa: “Se a *exceptio plurium concubentium* não é comprovada, a ação de paternidade deve ser julgada procedente, se a prova indiciária gera a convicção do julgador”.

Consta do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, seguido à unanimidade pelos demais componentes da Turma:

A sentença de procedência da ação, depois de confirmada em segundo grau, concluiu pela existência de prova suficiente sobre a paternidade do investigado: ‘Houve sim, além disso, um concubinato entre a mãe da autora e o investigado... E na época da concepção, como posto, era indubitoso o namoro entre o investigado e a mãe da autora, além de que, friso, nada se provou sequer quanto ao namoro desta com o outro na época da concepção.

⁵³¹ Ementa do Julgado:

“AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA. ‘EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIIUM’. DNA.

- Deve ser afastada a alegação de ‘*plurium concubentium*’ da mãe da autora, ao tempo da concepção, se os réus (irmãos e herdeiros do investigado) recusam submeter-se a exame de DNA, assim impedindo o juiz de apurar a veracidade da sua alegação.

- Elementos suficientes de convicção sobre a paternidade imputada ao investigado. Recurso não conhecido”.

Tudo ratificado depois pelo concubinato que o investigado veio a manter com Aparecida' (fl. 141)... 'Outro ponto de extremo realce na conclusão foi a imotivada negativa dos réus de realizarem o exame de impressões de DNA, já marcado e custeando a autora, o que induz quase a conclusão de que os próprios réus têm consciência dessa paternidade. Nem mesmo que desembolsar para a dispendiosa perícia teriam' (fl. 143).

O r. acórdão, após apontar para o efeito que decorre da negativa de submeter-se à prova pericial, concluiu pela veracidade da imputação contida na inicial, 'principalmente quando a prova testemunhal, em harmonia com essa presunção, tranqüiliza a consciência do julgador' (fl. 261).

Fica bastante claro que, no caso em tela, havia um reconhecimento voluntário de paternidade, ainda que não oficializado. Desse modo, ainda que não possamos considerar tal reconhecimento – que teria um fundamento biológico – podemos falar, sem qualquer dúvida, que havia uma paternidade socioafetiva. Com base nas provas constantes dos autos, o investigado, além de conviver com a investigante e sua genitora, ainda suportou as despesas necessárias à sua sobrevivência e educação. Contudo, em nenhum momento, o acórdão faz menção aos laços de afeto ali construídos, independentemente do fato de reconhecer que os mesmos existiam. Daí a necessidade de lembrarmos, mais uma vez, com Giselda Hironaka, que, paradoxalmente, é preciso ter coragem para falar de afeto em tais casos.

Não consta do referido julgado uma única menção à dignidade da pessoa humana, ou mesmo a uma possível colisão de interesses entre as partes. Essas questões parecem ter sido respondidas – se é que foram feitas – em um momento anterior, tanto assim que a decisão do Superior Tribunal de Justiça cingiu-se a reconhecer a legalidade das decisões de primeiro e segundo grau, não sendo conhecido o recurso interposto pelos réus.

O fato é que toda a discussão foi travada em torno dos efeitos que poderiam ser extraídos da negativa dos réus em submeterem-se à prova pericial e, também, da condição da mãe da autora. Sim, a mãe da autora recebeu tratamento especial.

Discutiu-se, ali, o seu comportamento e, na falta de prova do que historicamente se tratou como “infidelidade”, construiu-se uma conclusão jurisdicional pautada pela impossibilidade de aplicação da *exceptio plurium concubentium*. Essa a conclusão alcançada:

Sendo assim, o r. acórdão recorrido não violou a lei ao extrair da prova a conclusão de que Débora é filha de Bolívar, idéia reforçada pelo obstáculo oposto pelos réus à realização do exame de DNA, que seria custeado pela autora, e pelo fato de que, depois do tempo de namoro e da concepção da menor, o investigado manteve concubinato com a mãe dela⁵³².

Resta a nós, inafastavelmente, uma pergunta: caso houvesse prova de “infidelidade”, outra seria a decisão? Evidentemente que não, posto que mesmo com mãe infiel, a paternidade ainda poderia existir. Desse modo, esse argumento somente pode ser compreendido como mera estratégia de robustecimento de justificação da decisão, bem como o reconhecimento de que a questão processual, em sistemas jurídicos como o nosso, tem grande relevância. Determinado que o ônus de provar a *exceptio plurium concubentium* cabia a quem a alegou, isto é, os réus, o fato destes não terem se desincumbido do mister, conduziu à solução ora apresentada. É interessante notar que o comportamento da mãe da autora tenha recebido, em tais circunstâncias, tamanha relevância. Em lugar da necessária discussão acerca da dignidade humana, das situações subjetivas das partes e da negativa dos réus em submeterem-se ao exame de DNA, discutiu-se a fidelidade da mãe da autora.

Consta da ementa do julgado que os réus, quando se recusaram a submeter-se ao exame de DNA, impediram o juiz de apurar a veracidade de sua alegação. A conclusão do magistrado soa, pois, como uma punição ao comportamento dos réus.

⁵³² É necessário considerar que as ações de investigação de paternidade, por sua própria natureza, devem correr em segredo de justiça. Inclusive as publicações dos atos processuais devem trazer a designação das partes de forma cifrada, apresentando apenas as iniciais dos nomes e prenomes. Não obstante, constam dos votos do Superior Tribunal de Justiça os nomes das partes, em sua integralidade, razão pela qual, pontualmente, eles poderão aparecer no presente texto.

Não há, desse modo, nenhuma preocupação em encontrar um suporte fático para a decisão. Esse suporte fático tanto poderia ser o reconhecimento de uma relação de paternidade estabelecida no dia-a-dia entre a autora e o investigado, como na realização compulsória do exame de DNA. Todavia, em todos os graus de jurisdição, optou-se por tratar a paternidade a ser reconhecida como uma imputação do direito que, em sendo minimamente justificada, encontraria legitimidade suficiente para ser proclamada.

Em um dado momento, a questão recebe ares bastante subjetivos, quando os julgadores de segundo grau disseram encontrar tranqüilidade de consciência na aplicação da presunção de paternidade, assentada na recusa de realização de perícia técnica. Essa tranqüilidade, como tivemos oportunidade de argumentar anteriormente, é própria de nosso sistema jurídico, que sempre utilizou largamente as presunções na busca de segurança jurídica.

4.3.1.2 Recurso Especial n. 55958

O segundo precedente tem sede no julgamento do Recurso Especial apreciado em 6 de abril de 1999, na Quarta Turma, sob a relatoria do Ministro Bueno de Souza⁵³³. A ação foi proposta com vistas ao reconhecimento de paternidade da

⁵³³ Ementa do julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME HEMATOLÓGICO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. A recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA induz presunção que milita contra sua irrisignação.
2. Decisões locais que encontram fundamento em caudaloso conjunto probatório.
3. Ausência de contrariedade à lei federal.
4. Dissídio jurisprudencial não configurado, ante a diversidade das bases empíricas das hipóteses colocadas em confronto.
5. Recurso especial não conhecido”.

autora, sob a alegação de que o réu havia tido um relacionamento amoroso, público e notório, com a mãe da investigante.

Em primeira instância, a paternidade foi reconhecida com base em dois argumentos: a existência de documentos, fotografias e testemunhos que atestavam o relacionamento entre o investigado e a mãe da investigante e, sobretudo, em razão da negativa do réu em realizar exame de DNA, que poderia determinar a existência de vínculo genético entre as partes. Em segunda instância, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a decisão foi confirmada nos seguintes termos:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – PROVA PERICIAL – NEGATIVA AO EXAME – PRESUNÇÃO. PROVA INDICIÁRIA – CONVENCIMENTO.

A anuência do paciente em submeter-se ao exame hematológico é pressuposto para sua efetivação, mas a recusa injustificada em submeter-se à prova, constitui-se em forte presunção de paternidade, que, embora não a indique, isoladamente, gera tácita renúncia à tese da negatória. Por outro lado, convincente prova oral, associada a fotografias e documentos, formam indícios concatenados e convergentes que encaminham a certeza moral necessária para lastrear o convencimento. Apelação improvida.

Como bem podemos verificar, a exacerbada preocupação com a “tranquilidade de consciência do magistrado”, verificada no precedente anterior, reaparece, nesta oportunidade, sob a roupagem de “certeza moral necessária para lastrear o convencimento”. Ficou reconhecido que o convencimento do magistrado deve estar assentado em um argumento inteligível e aceitável; contudo, por outro lado foi utilizado o argumento da certeza moral, tão próprio dos antigos, como forma de robustecimento da fundamentação da decisão.

A discussão travada em sede de Recurso Especial teve, inicialmente, fundamento em questão tipicamente processual. Reclamava o investigado que um documento (uma carta) havia sido juntado aos autos e que ele não teria tido oportunidade de impugná-lo. Esse argumento foi afastado, de pronto, porque foi deferida vista dos autos ao réu após a juntada do mencionado documento, sem que

ele houvesse impugnado a sua juntada ou conteúdo, ocorrendo, assim, preclusão de seu direito de insurgir-se contra o mesmo. Ademais, a carta não teria sido o único, nem o mais forte, elemento de convicção do magistrado para o proferimento da decisão.

O investigado negou-se a realizar exame hematológico, mas, em sede de recurso, reclamou da falta de realização de perícia técnica, como o exame prosopográfico⁵³⁴, alegando, assim, a inconsistência da determinação da paternidade. Suas alegações foram afastadas pelo relator, nos seguintes termos:

A sentença baseou-se no forte conjunto probatório, representado por um grande número de testemunhas, além de considerar a injustificada recusa do investigado em realizar exame sanguíneo marcado por três vezes.

Da mesma forma, não restou violado o artigo 333, I e parágrafo único, I e II do CPC. Não se observou, em momento algum, a alegada inversão do ônus da prova, pois a recusa injustificada do ora Recorrente em se submeter a exame sanguíneo não foi a única prova a levar ao reconhecimento da paternidade.

O que ocorreu em verdade foi o surgimento de uma forte presunção contrária à parte que, embora negue a paternidade, não se submeteu a exame capaz de confirmá-la ou afastá-la com maior precisão.

Também não há que se falar em negativa da vigência ao CPC, artigo 130. Observe-se que a não realização de exame prosopográfico, que jamais constitui prova concludente acerca da paternidade, faz-se ainda mais desnecessária em tempos de exames mais precisos, como o de DNA, que, embora não possua confiabilidade absoluta, é o que mais se aproxima atualmente da certeza.

Consta da própria decisão que a realização do exame de DNA traria ao magistrado uma maior convicção para o exercício de seu mister. Entretanto, essa não foi uma hipótese sequer aventada pelo relator. Mais uma vez, a questão da impossibilidade de coerção para a realização do exame de DNA, além de ser figura apenas subjacente do julgado, já aparece devidamente estabelecida, não merecendo qualquer comentário.

⁵³⁴ Exame pericial que consiste na utilização de fotografias das partes, devidamente ampliadas e submetidas a justaposição. Através de cortes transversais e longitudinais, que permitem a inserção de algumas partes do investigante na fotografia do investigado e vice-versa, é um exame capaz de provar apenas haver semelhança entre as partes, não autorizando qualquer afirmação de vínculo de filiação entre as mesmas. *In* DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**, p. 403.

Certo, portanto, que a decisão foi proferida com base em um conjunto probatório que convenceu o magistrado da existência de um relacionamento amoroso entre os genitores da autora, o que consta textualmente do voto do relator, em transcrição do voto proferido pelo relator do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

(...) Despiciendo sublinhar-se que a investigação exige prova indiciária concatenada, lógica e concludente, para substratar a pretensão.

Neste caso, a prova do relacionamento entre o investigado e a mãe da autora, colegas de Curso na Escola Osvaldo Vergara, companheiros contumazes de aulas no escritório do professor Galeno Lacerda, os gestos de carinho, as intimidades públicas, são fatos que geram forte convicção que encaminha a certeza moral exigida para decidir, sobre o relacionamento durante a concepção.

O insigne professor, inclusive, declara de forma incisiva, que ao chegarem tais personagens às aulas, eram motivos de sorrisos maliciosos, quando atrasados, tendo no segundo semestre de 1980, ouvido de um relacionamento mais íntimo, resultando daí a gravidez da mãe da autora, pois, em fins daquele ano, tal estado já era aparente (fl.200).

Note-se que o investigado reclama ter havido, no caso, inversão do ônus da prova. Alega que a prova de paternidade deveria ser realizada pela autora, e não por si, insurgindo-se, desse modo, contra a determinação da paternidade por presunção. O voto nega ter havido inversão do ônus da prova, assumindo, de maneira subliminar, apenas que a prova que traria maior certeza à decisão não foi realizada.

Não houve, de fato, inversão do ônus da prova. O que tem ocorrido em questões tais é uma atenuação de um princípio geral do processo, consubstanciado legalmente, de que a prova cabe a quem alega⁵³⁵. Desse modo, por reconhecerem que a prova necessária à solução do feito é impossível para a autora – no caso, a realização de Exame de DNA –, os julgadores optam por utilizar outras ferramentas

⁵³⁵ Dispõe o artigo 333 do Código de Processo Civil: “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I- recair sobre direito indisponível da parte; II- tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

de convencimento, como as provas indiciárias e a própria recusa do réu em submeter-se à prova pericial pretendida pela autora.

Nega-se a realização compulsória do exame de DNA, ao mesmo tempo em que resta afirmado que a investigação de paternidade exige “prova indiciária concatenada, lógica e concludente”. Os indícios, desse modo, teriam que ser, mais que concatenados e lógicos, concludentes. Essa é uma visão bastante interessante. Os indícios, no conhecimento popular, sempre foram entendidos apenas como sinais aparentes, que apontam a probabilidade de que algo possa existir ou possa ter ocorrido, mas nunca foram tidos como concludentes.

Utilizar indícios de relacionamentos amorosos, caracterizados por prova testemunhal ou documental, para depois considerá-los concludentes nada mais é que mais uma afetação da necessidade de demonstrar segurança jurídica em nossos julgados. Indícios, como dissemos, não podem ser conclusivos. Mesmo indícios fortes não podem ser conclusivos. Contudo, em um ambiente no qual a prova conclusiva foi afastada de plano, afastamento esse que não mereceu sequer menção ou preocupação do julgador, parece restar, como última opção, o engrandecimento do papel dos indícios, bem como, em derradeira medida, do valor da presunção na seara jurídica.

Mais uma vez, não houve nenhuma discussão sobre a dignidade da pessoa humana. A discussão sobre a paternidade da autora e o seu reconhecimento por presunção passaram longe de qualquer consideração sobre os direitos de personalidade das partes ou da questão de direitos fundamentais envolvida. A paternidade é claramente compreendida como uma imputação do direito, bastando, para tanto, que a decisão esteja justificada, ainda que em presunções ou indícios tidos como concludentes.

4.3.1.3 Recurso Especial n. 141689

Trata-se de Recurso Especial⁵³⁶ julgado em 8 de junho de 2000, relatado pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, interposto com vistas a reformar Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Amazonas, que deixou de reconhecer a paternidade pretendida, por entender que não havia provas suficientes da relação de filiação nos autos, nos seguintes termos:

Conforme os autos, o exame dos depoimentos suscita incertezas e dúvidas, cujas provas documental, testemunhal e até indiciária não são suficientes para demonstrar de forma cabal e convincente que o apelante é o pai do menor apelado.

No caso em tela, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas que não havia “indícios conclusivos” e, diante da recusa do réu a submeter-se à realização de exame de DNA, em lugar de optar pela realização compulsória ou de determinar a paternidade por presunção, preferiu negar o pedido de reconhecimento de paternidade, por falta de provas.

Em primeiro grau, a paternidade havia sido reconhecida. Considerando que havia sido comprovado nos autos o relacionamento entre a mãe do autor e o investigado, bem como a recalcitrante recusa deste em submeter-se ao exame de DNA, o juízo monocrático, seguindo a jurisprudência já então firmada do Superior

⁵³⁶ Ementa do Julgado:

“CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA.

I- A recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA, marcado pelo juízo por 10 (dez) vezes, ao longo de quatro anos, aliada à comprovação de relacionamento sexual entre o investigado e a mãe do autor impúbere, gera a presunção de veracidade das alegações postas na exordial.

II- Desconsiderando o v. acórdão recorrido tais circunstâncias, discrepou da jurisprudência remansosa desta Superior Tribunal.

III- Recurso especial conhecido e provido”.

Tribunal de Justiça, determinou a paternidade por presunção, principalmente sob os seguintes argumentos:

Quase quatro anos decorridos após a impetração do presente feito, chegando agora ao seu final, pelo menos em termos de primeira instância, visto a intransigência, para não dizer a petulância, arrogância, menosprezo pelas ordens judiciais da parte do réu, em entravar o prosseguimento do mesmo, obstruindo as medidas legais que lhe competia cumprir, sob as mais variadas desculpas, algumas estapafúrdias e outras faltando com a verdade...(fl. 229).

Diante dos argumentos da decisão monocrática, o reconhecimento da paternidade parece ter sido uma pena aplicada ao réu em virtude de sua atitude perante o Judiciário. É interessante notar que o magistrado entende que o réu deveria cumprir as “medidas legais” que lhe competiam, as quais parecem ser o cumprimento das decisões judiciais e a realização do exame de DNA. Contudo, mesmo reconhecendo que o réu foi intransigente, arrogante e petulante, a opção do Juízo monocrático foi a de determinar a paternidade por presunção.

Consta, também, da referida decisão monocrática:

O reconhecimento da paternidade, no caso, pende dos seguintes requisitos:
 a) prova do relacionamento sexual contemporâneo com a concepção;
 b) prova da fidelidade ao tempo da concepção;
 c) prova da honestidade da mulher (...)
 (...) Pelo exposto, não havendo qualquer dúvida a respeito da paternidade ora argüida, porquanto os elementos circunstanciais convergem com clareza a conclusão e convicção deste juízo, de que o Requerido (...) é o pai do menor impúbere (...), julgo procedente (...) (fl. 239).

Parece estranho que a honestidade da mulher, no apagar das luzes do segundo milênio da era cristã, ainda seja discutida. A necessidade de comprovação da fidelidade e honestidade femininas nos conduz a um universo tipicamente romano, onde a questão da paternidade estava assentada em outros critérios, notadamente a estabilidade patrimonial da família e a necessidade de certeza da paternidade por

parte do marido. Naquele ambiente, os interesses dos filhos não tinham relevância alguma.

Atualmente, essa perspectiva, além de claramente inconstitucional, nos conduz ao seguinte questionamento: se a mãe do investigante não fosse uma “mulher honesta”, seu filho não merecia, ou melhor, não teria pai?

É fácil inferir que essa linha de argumentação serve apenas para justificar a decisão tomada pelo magistrado. Em um caso no qual entende estar comprovada a honestidade e fidelidade da mulher, esse argumento antigo retoma forças de justificação. Assim, é ocioso pensar que a decisão esteja, de fato, assentada nesses argumentos. De fato, foi a recusa do investigado a submeter-se à realização do exame de DNA que conduziu o magistrado ao reconhecimento da paternidade, até porque uma única testemunha, vizinha da mãe do autor, foi ouvida no processo, constando de seu depoimento as seguintes afirmações:

sabe a depoente que era comum a visita do investigado na casa da mãe do investigante, inclusive testemunhou que inúmeras vezes a viu sair em sua companhia, que era comentário entre os vizinhos que estava acontecendo um namoro e um caso entre eles; que após a mãe do investigante ficar grávida, o investigado não mais compareceu à residência, tempos depois, já tendo nascido o filho, a depoente teve oportunidade de constatar que um soldado da Polícia Militar chegou a casa da mãe do investigante com um envelope contendo dinheiro e ela lhe disse que foi a mando do investigado⁵³⁷

Não podemos dizer, desse modo, que há prova nos autos de relacionamento sexual contemporâneo com a concepção, prova essa considerada pelo Juiz como necessária à decretação da paternidade. No Tribunal do Amazonas, a ausência de tal prova foi reconhecida, negando-se a paternidade. Nessa ocasião, uma outra questão surgiu: por que o Tribunal de Justiça não deu nenhum valor à negativa de realização do exame de DNA?

⁵³⁷ O nome do investigado e da mãe do investigante, que constam tanto da decisão de primeiro grau, quanto do voto do relator do Superior Tribunal de Justiça, foram omitidos nessa transcrição do depoimento.

Essa indagação consta do próprio voto exarado pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, para quem “o acórdão recorrido, ao desprezar tais circunstâncias, negou o valor probante da presunção de paternidade decorrente da resistência do investigado a submeter-se a exame hematológico (DNA), afastando-se da pacífica orientação deste Tribunal”.

Como prova da orientação do Superior Tribunal de Justiça, já entendida como pacífica, o Ministro relator apresentou três julgados, dentre os quais os dois precedentes acima analisados⁵³⁸. Com base na desconsideração da veracidade dos fatos alegados e, entendidos como provados, pelo investigador, bem como na recusa do réu em submeter-se aos exames periciais hematológicos e, sobretudo, em razão da discrepância do julgamento do Tribunal de Justiça de Amazonas com a jurisprudência do STJ, a decisão de segundo grau foi reformulada, reconhecendo-se, por presunção, a paternidade pretendida.

Mais uma vez, tomou-se como *a priori* a impossibilidade de realização compulsória do exame de DNA. Outra e mais uma vez, a questão da dignidade humana, tão clara em processos dessa natureza, deixou de ser discutida. Mesmo diante da evidência de que a prova pericial seria de alta relevância para o deslinde da ação, tanto assim que, por dez vezes, o exame de DNA teve data marcada para ser realizado, o julgamento se deu assentado em simples presunção de paternidade, fundada na negativa do réu em submeter-se ao referido exame pericial.

⁵³⁸ Ementa do terceiro julgado apontado: “Ação de Investigação de paternidade. Relacionamento. Recusa ao exame do DNA. A prova do relacionamento entre a mãe dos autores e o investigado, somado ao fato da recusa dos herdeiros deste em submeter-se a exame sanguíneo, para comprovação de DNA, gera a presunção de veracidade das alegações articuladas na inicial, de modo a dar-se pela procedência do pedido. (AG 2498119-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 26 de outubro de 1999)”.

4.3.1.4 Recurso Especial n. 256161

O julgamento deste Recurso Especial, em 13 de setembro de 2001, também teve por base ação de investigação de paternidade. Neste caso, houve divergência na Terceira Turma – nesse sentido, devemos notar que todos os Ministros componentes da Turma proferiam votos –, resultando vencido o voto do Ministro Relator, Ari Pagendler, razão pela qual o voto colhido para efeito de acórdão foi o proferido pela Ministra Nancy Andrighi⁵³⁹. Contudo, a divergência deu-se com relação a questões tipicamente procedimentais, discutindo-se a admissibilidade ou não do recurso, por entender o Ministro Ari Pagendler que a recorrente não havia indicado o artigo de lei federal contrariado pela decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nem a divergência jurisprudencial com relação ao caso em tela. Em sua opinião, a falta dessas indicações prejudicava o conhecimento do recurso, razão pela qual dele não conheceu. Esse também foi o entendimento do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Por sua vez, os Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Nancy Andrighi entenderam que tais questões procedimentais deveriam ser superadas. Não obstante a interessante discussão processual empreendida, vamos abandoná-la nesta oportunidade, passando à análise dos votos proferidos pelos Ministros.

⁵³⁹ Ementa do julgado:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. RÉU. RECUSA. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE.

Não se conhece o recurso especial em que se revela ausente a indicação, com a necessária exatidão, do dispositivo legal tido por violado ou que teve negada sua aplicação.

Na hipótese de dissídio notório e evidenciado na leitura da ementa do acórdão paradigma a existência da divergência jurisprudencial, deve-se abrandar os rigores legais exigidos para a demonstração do dissídio, permitindo que o conhecimento do recurso especial pela letra ‘c’, do art. 105, III, da Constituição federal.

Ante o princípio da garantia da paternidade responsável, revela-se imprescindível, no caso, a realização do exame de DNA, sendo que a recusa do réu de submeter-se a tal exame gera a presunção da paternidade”.

A ação de investigação de paternidade, tanto em primeira como em segunda instâncias, foi declarada improcedente, razão pela qual, ainda em segunda instância, foram interpostos embargos infringentes, julgados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal nos seguintes termos:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NEGATIVA DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÕES SEXUAIS E RECUSA DO INVESTIGADO AO EXAME DE DNA. PROVA TESTEMUNHAL E INDÍCIOS INSUFICIENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Por mais que mereçam credibilidade as alegações da parte autora na ação de investigação de paternidade, haja vista que a versão apresentada é coerente e tem grande chance de ser verdadeira, tem ela o ônus de prová-las satisfatoriamente. Restando provado que não houve qualquer relacionamento afetivo entre a genitora da criança e o suposto pai, nem mesmo os três encontros sexuais entre eles, dos quais há apenas fracos indícios, julga-se improcedente o pedido de reconhecimento da paternidade, não podendo a recusa do suposto pai, de submeter-se ao exame do DNA, por si, ser interpretada como verdade absoluta de modo a influir decisivamente no processo de modo favorável à autora, pois se constitui um indício a mais a ser considerado no contexto (fl. 288).

O Ministro Ari Pargendler parece anuir com essa linha de argumentação, entendendo que não há provas nos autos de que a mãe da autora e o réu tenham mantido intercuro sexual, tanto assim que, em seu voto, transcreve mais uma parte do julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Pelo exposto, concluo com o MM Juiz Monocrático, no sentido de que ‘quanto ao fato controvertido, de haver existido ou não relações sexuais entre a mãe da autora e o réu, no período legal da concepção, a prova existente nos autos não permite que se dê uma resposta afirmativa a esta questão’.

A recusa do réu de se submeter a exame de DNA não pode ser tida como uma presunção desfavorável. Se a Constituição da República elege este fato como violador da intimidade das pessoas e, se não se pode produzir prova contra as leis, também não se pode valorar o mesmo conceito contra os princípios constitucionais (fl. 292/293).

Apesar de proferir seu voto tomando por base apenas a questão da possibilidade de conhecimento do recurso, não consta do voto do Ministro Ari Pargendler nenhum comentário acerca dos fundamentos da decisão do Juízo de

segundo grau. Parece haver, desse modo, uma anuência tácita com relação a tais argumentos.

No presente caso, vemos que os indícios, que foram anteriormente considerados como conclusivos, tornaram-se inconsistentes para dar assento a uma decisão de reconhecimento de paternidade. Por outro lado, perseguiram os juízes de primeiro e segundo grau, na falta de realização do exame de DNA, uma prova conclusiva de existência de relações sexuais entre a mãe da autora e o investigado. Entretanto, essa prova, além de ser excessivamente onerosa, é praticamente impossível. A prova conclusiva procurada somente poderia ser produzida se a mãe da autora, juntamente com o investigado, tivessem testemunhas de seus encontros íntimos, o que não ocorre como regra.

A decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por outro modo, deixa clara questão subliminar em todos os outros julgados ora analisados: considerou-se que a Constituição da República elegeu a realização de exame de DNA coercitivamente como sendo uma violação da intimidade das pessoas. Essa coerção seria, em síntese, uma violação dos princípios constitucionais. Tal afirmação, mesmo desprovida do apontamento dos dispositivos constitucionais que teria por base, deveria gerar discussão no STJ, o que, entretanto, não ocorreu.

Em seu voto, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que também optou pelo não conhecimento do recurso, considerou que, na falta de prova de relacionamento afetivo ou dos encontros sexuais entre o investigado e a mãe da investigante, havendo apenas indícios muito fracos, não deveria valer a presunção segundo a qual a recusa à realização de exame de DNA deva gerar o convencimento judicial voltado ao reconhecimento da paternidade. Afirma o Ministro que o Superior Tribunal de Justiça tem “admitido a presunção negativa de realização do exame de

DNA apenas quando as provas complementares do processo são no sentido da paternidade”. Essa consideração reforça os argumentos da decisão proferida pelo Tribunal do Distrito Federal, agravando a parte autora com o ônus de realizar uma prova praticamente impossível.

Por sua vez, a Ministra Nancy Andrigli, que conheceu do recurso, considerou:

a questão cinge a verificar se, ante a inexistência de provas que permitam uma convicção segura do julgador quanto à ocorrência, à época da concepção, de relações sexuais entre a mãe da autora-recorrente e o réu-recorrido, a recusa deste de submeter-se ao exame de DNA enseja a presunção de paternidade.

A Ministra, verificando que o Tribunal *a quo* reconheceu que a versão apresentada pela autora era coerente, com grande chance de ser verdadeira, bem como o reconhecimento de que existiam, efetivamente, indícios desfavoráveis ao investigado, optou por conhecer do recurso, argumentando:

diante de tais circunstâncias e da disponibilidade de uma prova pericial capaz de elucidar a controvérsia com reconhecida segurança e credibilidade, não se pode beneficiar o réu com as dificuldades inerentes à obtenção de provas, mesmo indiciárias, da prática de relações sexuais, máxime em se considerando o caráter reservado e furtivo de que goza, por via de regra, tal comportamento.

Assim, ante o princípio da garantia da paternidade responsável, revela-se imprescindível a realização do exame de DNA, sendo que a recusa do réu de submeter-se a tal exame gera a presunção de paternidade.

No caso, conforme ressaltado pelo em. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, ‘*é provável que o réu achou não precisar fazer provas do DNA, porque a ação seria julgada favoravelmente a ele*’, tendo em vista ausência de ‘*provas elucidativas da conjunção carnal*’.

Por conseguinte, deve-se oportunizar ao réu-recorrido a submissão ao exame em questão, advertindo-se, no entanto, acerca dos consectários da sua recusa.

Há inequívoca contradição nos argumentos acima expostos. Entende a Ministra que o princípio da garantia da paternidade responsável torna imprescindível a realização do exame de DNA. Assim, se o exame é imprescindível à garantia de tal

princípio, que tem abrigo na Constituição Federal, a coerência exigia da julgadora a determinação de realização do referido exame. Todavia, no mesmo período em que afirma ser o exame indispensável, ratifica a Ministra a presunção de paternidade assentada na recusa à realização do exame. Não nos resta outra alternativa senão concluir que tal presunção, de acordo com o próprio argumento da julgadora, diminui a eficácia normativa de princípio constitucional – princípio da paternidade responsável – e, por via lógica de consequência, da própria Constituição Federal.

Ademais, ao dar ao réu a oportunidade de realizar o mencionado exame de DNA, a julgadora parece extrapolar os próprios limites do recurso por si julgado, no qual o réu não é recorrente, fazendo voltar o processo. Em síntese, podemos inferir que a Ministra entendeu que o exame de DNA seria uma prova indispensável para a solução da lide. Mas, ao ensejar ao réu-recorrido a possibilidade de submeter-se ao exame, mandando consignar que sua recusa em realizá-lo geraria presunção da paternidade, acabou por afirmar que a lide seria solucionada ainda que tal prova não fosse produzida. O que foi entendido como fundamental, com lastro constitucional, passa a ser dispensável, em razão da presunção construída pelo Judiciário.

Esse foi o mesmo rumo argumentativo trilhado pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Afirmando que “a racionalidade também é jurídica”, o ministro afastou-se da discussão técnica acerca da admissibilidade do recurso, para afirmar:

creio que estamos diante de um caso especial, em que a técnica passou a assumir uma feição tal que, na prática, decide a respeito da paternidade; ou seja, o resultado de uma perícia técnica é que dirá da existência ou não de filiação. A ciência nos diz hoje que o resultado do exame de DNA é superior a 99% , em termos de precisão. Estamos diante de um aspecto curioso e até um pouco contraditório diante do caso concreto está-se dizendo que não há provas elucidativas da conjunção carnal, das relações sexuais entre os dois contendores. Isso pode até ter servido para desestimular o réu a fazer o exame de investigação de paternidade, acreditando em uma possível decisão do juiz a seu favor.

Da análise desse voto extraímos entendimento da paternidade como um vínculo biológico apenas. Em suas palavras, será o laboratório, o geneticista, a perícia técnica que oferecerão resposta aos questionamentos feitos acerca da paternidade. A filiação está, sob esse argumento, reduzida a verdadeiro condicionamento genético. Ainda que assim entenda, admite o Ministro a possibilidade de julgar sem a certeza genética, o que equivale a julgar sem certeza alguma, de acordo com sua própria linha de argumentação⁵⁴⁰. É nesse sentido que, em seu voto, ele resolveu facultar ao réu a realização do exame de DNA, elucidando que, na hipótese de sua recusa, o juiz decidisse, “sabendo o réu que corre uma presunção contra ele”.

Também o Ministro Castro Filho seguiu esse entendimento, proferindo voto no sentido de que o réu fosse “intimado a submeter-se ao exame, sob pena de se presumirem como verdadeiros os fatos alegados pelo autor”.

4.3.1.5 Recurso Especial n. 409285

Novamente estamos diante de um caso de investigação de paternidade julgada por presunção. No Recurso Especial em questão, julgado pela Quarta Turma em 7 de julho de 2002, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior, o autor pretendeu o reconhecimento de sua paternidade, postulando a produção de prova assentada em perícia técnica, exame de DNA. O réu resistiu à realização do exame, sob a alegação de não haver dispositivo legal que o obrigasse a submeter-se ao

⁵⁴⁰ Esse argumento foi robustecido pelo próprio Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, que fez esclarecimentos em sessão, nos quais afirmou: “De outra parte, temos entendido que é fundamental o exame de DNA e que se a parte recusar-se a fazê-lo, ensejará presunção de paternidade com relação a ela própria”.

mesmo⁵⁴¹. O Juízo de primeiro grau, apesar da resistência do réu, decretou a realização do exame, razão pela qual este propôs recurso de agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que decidiu nos seguintes termos:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – RECUSA DO INVESTIGADO A SUBMETER-SE AO EXAME DE DNA – INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO – OFENSA AO DEVER PROCESSUAL DE COLABORAR PARA O CONHECIMENTO DA VERDADE – INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO DA VERACIDADE DA IMPUTAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO – DECISÃO UNÂNIME. A recusa do investigado em submeter-se a exame genético, tido como indispensável para dirimir dúvida sobre a paternidade, deve ser havida como ilegítima, ensejando a presunção constante do art. 359 do Código de Processo Civil.

Como podemos observar, o Tribunal de Justiça do Paraná entendeu ser o exame de DNA indispensável para elucidar o caso. Contudo, optou por admitir como verdadeiros os fatos narrados no pedido feito pelo autor, por entender que o ônus da prova cabia ao réu. Inconformado com tal decisão, que reconhecia a paternidade pretendida, o réu recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, onde sustentou não poder ser compelido a realizar a prova pericial, nem ser possível o reconhecimento da paternidade.

Em seu voto, o Ministro Aldir Passarinho Júnior, indo mais além das questões procedimentais que discutiu, argumentou que o mérito da questão já havia sido, por diversas vezes, objeto de exame pelo STJ, apresentando os precedentes

⁵⁴¹ Ementa do julgado:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PEDIDO DE ADIAMENTO PARA REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. CPC, ART. 565. JULGAMENTO NA DATA PREVISTA NA PAUTA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 211-STJ. EXAME DE DNA. RECUSA PELO RÉU. PRESUNÇÃO COMO PROVA. LIMITES.

I. ‘Inadmissível recurso especial quanto á questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal ‘a quo’ – Súmula n. 211-STJ.

II. Segundo a jurisprudência do STJ, a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui prova desfavorável ao réu, pela presunção que induz de que o resultado, se realizado fosse o teste, seria positivo em relação aos fatos narrados na inicial, já que temido pelo alegado pai.

III. Todavia, tal presunção não é absoluta, de modo que incorreto o despacho monocrático ao exceder seu alcance, afirmando que a negativa levaria o juízo de logo a presumir como verdadeiros os fatos, já que não há cega vinculação ao resultado do exame de DNA ou à sua recusa, que devem ser apreciados em conjunto com o contexto probatório global dos autos.

IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido, para limitar a extensão dos efeitos da aludida recusa do investigado”.

acima analisados. Entretanto, sua linha de raciocínio desviou-se em certa medida do entendimento exposto nos julgados acima referidos. Em suas palavras:

É que há diferença considerável entre presumir-se a recusa como prova a favor do investigante, contra a defesa do investigado, e a automática presunção de que os fatos articulados na inicial são verdadeiros, tal como decretado pelo juízo singular.

A mera recusa à submissão ao exame não leva diretamente à conclusão de que o investigado é o pai, absolutamente. Serve mais como elemento para tanto, porém não é definitivo. Faz-se necessário cotejá-lo com os demais dados coligidos nos autos, sob pena de vincular-se o Judiciário, cegamente, tanto ao resultado do teste de DNA, como à recusa do réu em fazê-lo.

Firme nesse sentido, entendeu haver erro no despacho judicial de primeiro grau em que o magistrado advertiu o réu de que, em virtude de sua resistência, os fatos articulados na petição inicial seriam presumidos como verdadeiros. A recusa, nesse sentido, seria apenas um elemento probatório em favor do investigante, não podendo, contudo, condicionar plenamente o julgamento.

Importa notar que o relator apresentou como precedente o RESP 256161, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e já analisado, no qual, à falta de provas da paternidade nos autos, o STJ optou por deferir ao investigado a oportunidade de realização do exame de DNA, asseverando ainda que o mesmo deveria ser advertido de que sua recusa seria interpretada como fundamento para o reconhecimento da paternidade.

A contradição, como podemos ver, é clara. Apesar da semelhança dos casos e do apontamento do precedente mencionado, a decisão foi totalmente diferente. Não foi dada a oportunidade de realização do exame, muito antes pelo contrário. O que restou decidido é que a recusa do réu não deveria condicionar o julgamento.

A ação, desse modo, foi devolvida para a instância ordinária, tal como aconteceu no precedente apontado. Entrementes, em lugar de determinar a realização do exame, sob pena de aplicação da presunção de paternidade, afirmou o relator que

o magistrado *a quo* deveria julgar o feito tomando por base outras provas que porventura constassem dos autos. Considerou o relator, como aspecto fundante de seu voto, que haveria mais uma razão para que as instâncias ordinárias analisassem o feito, à luz de suas determinações, à conta de que “segundo o réu, a genitora do autor teria mantido relações com o próprio pai do recorrente, pelo que o exame de DNA poderia não refletir a realidade, por coincidência das identidades genéticas”. Apesar de argumentar nesse sentido, não consta do voto que o relator tenha empreendido esforços no sentido de apurar se essa afirmação do réu era condizente com a verdade.

Em síntese, a decisão desonerou o investigado da produção de prova técnica, ao mesmo tempo em que onerou, excessivamente, o investigador, o que reflete o próprio entendimento sumulado, segundo o qual “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

4.3.1.6 Agravo Regimental n. 498398

Trata-se de agravo regimental, julgado na Terceira Turma, de que foi relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, proposto contra despacho proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que não admitiu o Recurso Especial interposto pelo investigado, no qual se insurgiu contra a aplicação da presunção de paternidade em razão de sua recusa em submeter-se à realização de exame de DNA.

Julgado por unanimidade, este recurso teve voto lacônico, que apenas robustece o entendimento já então sedimentado no Superior Tribunal de Justiça com

relação à recusa de realização de prova pericial nos casos de investigação de paternidade⁵⁴².

Em seu voto, o relator fez transcrever, parcialmente, a decisão proferida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Repita-se, é sabido que a parte não pode ser compelida a realizar o exame de DNA, mas nossos Tribunais têm entendido que a recusa do réu sem motivo convincente se constitui em sério indício de ser ele o pai do investigante, pois a negativa nessas condições só pode ter por finalidade dificultar a prova. (...)

A prova dos autos é evidentemente frágil, pois os depoimentos testemunhais são contraditórios, mas a presunção da veracidade dos fatos alegados fica mais nítida com a injustificada recusa do apelante em se submeter ao exame de DNA, prova com o índice de confiabilidade de 99,9999% (fls. 125-126).

No entendimento do relator, o voto acima transcrito está em consonância com o posicionamento do STJ, assinalando, como precedente, o RESP 256161 já analisado. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais afirmou, peremptoriamente, que a prova constante dos autos era frágil, não podendo, por si só, fundamentar o reconhecimento da paternidade, o que nos leva a concluir, portanto, que, de fato, o STJ admite o reconhecimento da paternidade apenas com base na recusa do investigado a submeter-se ao exame de DNA, embora não haja nos autos provas outras que possam sustentar a decisão.

Vemos, assim, que apesar de serem arrolados como precedentes – que, portanto, nessa condição, deveriam comportar larga harmonia entre si – os julgados que sedimentaram a edição da Súmula 301, além de não discutirem as questões centrais que se impõem nos casos de investigação de paternidade, o que também deixou de ocorrer no precedente que ora analisamos, também não são hábeis a

⁵⁴² Ementa do julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DNA. RECUSA NA REALIZAÇÃO DO EXAME.

1. O posicionamento desta Corte é no sentido de que a recusa injustificada à realização do exame de DNA contribui para a presunção de veracidade das alegações da inicial quanto à paternidade.

2. Agravo regimental desprovido”.

demonstrar, com segurança, o entendimento do próprio Tribunal. No julgamento do precedente anterior, RESP 409285, julgado por unanimidade, ficou decidido que não deveria haver cega vinculação à recusa do investigado com relação ao exame de DNA.

No presente julgado, contudo, também por unanimidade, decidiu-se pela aplicação da presunção, mesmo havendo inegável fragilidade nas provas constantes dos autos. Mesmo sendo os julgados em comento originários de turmas diferentes, a contradição entre os mesmos é suficiente para demonstrar que a Súmula 301 está assentada em terreno movediço.

4.3.2 A Desconstituição da Paternidade por Presunção – a decisão do Recurso Especial n. 460302

Dentre todos os precedentes apontados como fundantes da Súmula 301, do Superior Tribunal de Justiça, este é o que merece maior atenção de nossa parte, porque, ao contrário dos demais, neste, a ação proposta diz respeito a negação de paternidade. Neste Recurso Especial⁵⁴³, relatado pelo Ministro Castro Filho, na Terceira Turma e julgado em 28 de outubro de 2003, a decisão desconstituiu, por presunção, uma paternidade socioafetiva.

⁵⁴³ Ementa do julgado:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E COISA JULGADA APRECIADA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO TRANSITADO EM JULGADO – RECUSA DO RÉU EM SUBMETTER-SE AO EXAME DE DNA – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL – RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO – FUNDAMENTO SUFICIENTE – SÚMULA 283-STF.

I- Improperável o recurso especial, se o recorrente deixa de impugnar fundamento suficiente à manutenção do acórdão recorrido. Aplicação do enunciado n. 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

II- Segundo a jurisprudência desta Corte, a recusa da parte em submeter-se ao exame de DNA constitui presunção desfavorável contra quem o resultado, em tese, beneficiaria.

Recurso especial não conhecido”.

A ação foi proposta pelos irmãos do réu que, depois de morte de seu pai, reclamaram em juízo da declaração de que o mesmo não era seu filho biológico. De pronto, podemos inferir que a discussão acerca da paternidade teve por base apenas a questão biológica.

No Tribunal de Justiça do Paraná, a ação foi julgada nos seguintes termos:

ACÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – RECUSA DO RÉU E SUA GENITORA DE SUBMETER-SE À EXAME DE DNA – PRESUNÇÃO CONTRA QUEM SE RECUSOU- CONJUNTO PROBATÓRIO QUE APÓIA A VERSÃO SUSTENTADA PELOS AUTORES – SENTENÇA MANTIDA.

Em ação negatória de paternidade, o requerido e sua genitora não podem ser obrigados, coercitivamente, a submeter-se a exame pericial de DNA, mas a sua recusa estabelece a presunção de veracidade dos fatos alegados pelos autores, notadamente quando, em razão do progresso científico, tal perícia pode indicar ou excluir, com segurança, a questionada ascendência.

A decisão do Tribunal paranaense foi confirmada em sua integralidade pelo Superior Tribunal de Justiça, mediante a aplicação da presunção de que a negativa referente à realização da perícia técnica autoriza o julgador a entender verdadeiros os fatos narrados no pedido do autor.

Entretanto, as circunstâncias dos autos reclamavam um tratamento diferenciado da questão. Todas as provas constantes do processo, que o relator entendeu corroboradas pela negativa do réu e de sua genitora em submeterem-se à realização do exame de DNA, somente conduziam a presumir-se que o réu não seria filho biológico de seu pai, e não que inexistia um vínculo afetivo que fundava a paternidade discutida. As testemunhas ouvidas atestaram que o réu “não era filho biológico de seu pai”; entendeu-se como comprovada a *exceptio plurium concubentium*, afirmando as testemunhas que “a mãe do requerido era uma mulher liberada e sempre se relacionou intimamente com outros homens”; afirmaram igualmente as testemunhas que o pai do réu havia sofrido um acidente vascular que lhe teria tornado impotente; consta do julgamento que essas mesmas testemunhas

forneceram o nome do *pai verdadeiro* do réu; por fim, esclareceram as testemunhas que a mãe do réu foi contratada para cuidar de seu pai, “porque era enfermeira e que este foi colocado em sua casa, em Guarapuava, para facilitar o tratamento”. Todo esse conjunto probatório serviu para descaracterizar a paternidade apenas porque esta foi compreendida como vínculo puramente biológico.

Consta do julgado que, como circunstância agravante, dever-se-ia considerar que o réu não produziu nenhuma prova em seu favor, recusando-se, ainda, a fazer o exame de DNA. Contudo, as provas das razões do réu estavam patentes nos autos. Inicialmente, porque ele carregava, consigo, o nome e prenome de seu pai; alie-se a isso o fato de que as testemunhas confirmaram a convivência dos dois em um mesmo lar, no período em que os demais filhos do pai do réu o deixaram aos cuidados de sua genitora. Assim, a paternidade socioafetiva estava clara nos autos; a opção pela presunção, inclusive, a desafia frontalmente.

Ao proferir o seu voto, o relator deu grande importância às provas testemunhais acima aludidas, bem como à recusa quanto à realização do exame de DNA. Mas em momento algum a paternidade socioafetiva do autor foi mencionada. Na verdade, a realização do exame de DNA, entendida como absolutamente relevante, apenas iria confirmar uma condição que não tinha qualquer importância para o deslinde da questão, isto é, que o réu não era filho biológico de seu pai. Contudo, como vimos anteriormente, a paternidade não pode estar assentada somente nos fatos genéticos ou biológicos. Mesmo reconhecendo que ninguém pode ser submetido coercitivamente à realização de exame de DNA, o que, inicialmente, nos poderia fazer entender que a prova biológica não teria grande importância para o STJ, o biologismo está na base da decisão que ora comentamos.

Bem por isso, os critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para a solução de casos que envolvem as relações de filiação servem para agredir ambos os fundamentos da paternidade: o biologismo e a afetividade.

4.4 Dos Filhos do Coito Danado aos Filhos da Presunção Judicial

O Esboço do Código Civil pode ser considerado a primeira formulação legal originalmente brasileira. Ali, como vimos, Teixeira de Freitas retratou a compreensão geral da sociedade de então, tratando o tema da filiação em moldes formais bastante restritivos com relação ao que hoje entendemos por dignidade humana e fundamentos das relações de família.

A vedação ao reconhecimento dos chamados *filhos do coito danado* era expressa e peremptória⁵⁴⁴. A situação dos pais condicionava o tratamento legal deferido aos filhos. Nesse ponto, nenhum argumento seria suficiente para alterar o fato de que a filiação era compreendida como uma simples imputação do direito, a incidir sempre que fossem verificados certos e determinados pressupostos legais para o seu reconhecimento, ainda que os fatos apontassem a necessidade de soluções legais em sentido diverso. Os *filhos do coito danado* eram tidos como filhos, mas a nossa compreensão normativa, tal como se verificava, em regra, na legislação ocidental, tinha o condão de corromper a própria semântica do termo, negando a esses filhos o reconhecimento, em uma evidente comprovação de nossa dificuldade

⁵⁴⁴ Nos termos do artigo 1.601 do Esboço, mencionado anteriormente. FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**, vol. 1, p. 65.

em fazer refletir, nas nossas leis, aquilo que os fatos expressam de forma singela e evidente.

Essa compreensão acerca do tema das relações de filiação também figurou, em certa medida, no Código Civil de 1916, onde os chamados *filhos ilegítimos* não podiam ser reconhecidos, em virtude da condição de seus pais biológicos. Podemos inferir, portanto, que, naqueles tempos, a indecisão problemática da dignidade humana a que antes aludimos refletia-se em nossos textos legais.

Ao longo do século XX, o direito de família foi bastante alterado. As disposições legais que estabeleciam um regime de tratamento diferenciado entre as pessoas e, por conseguinte, entre os filhos, foram erradicadas do ordenamento jurídico. A dignidade humana impôs-se em nosso viver de forma a proibir qualquer tolerância com os comportamentos sectários, constantes das primeiras leis brasileiras.

A paternidade, assim como a maternidade, veio a ser entendida como um direito inafastável. Todas as pessoas, desse modo, passaram a ter o direito subjetivo ao reconhecimento de sua condição de filho. Contudo, essa transformação do entendimento sobre a condição do homem vinha acompanhada da garantia de muitos outros direitos fundamentais, provindos da dignidade humana, como a inviolabilidade do corpo e da intimidade.

Todos esses direitos subjetivos, como que amalgamados em uma proposta de dignificação absoluta do homem, têm nas ações de investigação de paternidade um interessante ambiente para a sua efetivação, ou, em certos casos, para sua desconstrução, através de mecanismos de interpretação da lei e dos direitos subjetivos.

Foi assim que passamos, ao longo de nossa curta história do tratamento jurídico da filiação, dos *filhos do coito danado* aos *filhos da presunção judicial*. Nos dias correntes, os casos em que as partes litigam em torno de um pedido de reconhecimento de paternidade, têm recebido, no Superior Tribunal de Justiça, uma solução que nos autoriza afirmar que a filiação continua sendo tida como uma imputação do direito, que pode desafiar abertamente os fatos, ou, em outro dizer, a chamada *verdade real*, quer biológica, quer socioafetiva. Dessa forma, a indecisão problemática da dignidade humana que maculava as nossas leis, agrava, no presente, as nossas decisões judiciais.

No comando sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, a negativa em realizar o exame de DNA autoriza o julgador a determinar ou a desconstituir a paternidade. Essa é também a interpretação que um hermeneuta menos atento pode dar às disposições contidas nos artigos 231 e 232, do Código Civil de 2002:

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Entendemos, entretanto, que as referidas disposições não podem servir como lastro legal para o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Em princípio porque, inseridas na parte geral do Código Civil, são dirigidas a todas as formas de exames periciais que possam ser determinados em juízo. Por isso, em razão de sua generalidade, não devem ser aplicadas de modo indistinto. Ademais, porque em matéria de direito de família, notadamente nas questões que envolvam as relações de filiação, não parecem adequar-se à própria proteção constitucional deferida a esses temas. Por último, consta das regras transcritas que a recusa na realização do exame apenas *pode* e não *deve* condicionar a decisão do magistrado. Como demonstramos

antes, são muitos os fatores que devem ser considerados para o reconhecimento judicial da filiação.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, todavia, tem sido bastante festejado pelos juristas. Sob a alegação de que a Súmula 301 apontaria, antes de tudo, um bom critério a ser utilizado pelos julgadores na solução de conflitos desse jaez, a disposição do pretório tem sido largamente empregada no país.

Para grande parte da doutrina, o juiz, ao encontrar um bom critério de decisão, passaria a ter condições de proferir um julgamento legítimo. É justamente por essa razão que uma das decisões mais acalentadas até os tempos atuais, tem em Salomão o julgador, quando solucionou um conflito entre duas mulheres que reclamavam para si a condição de mães de um bebê:

Então vieram duas prostitutas ao rei e se puseram perante ele.
 Disse-lhe uma das mulheres: Ah! Senhor meu, eu e esta mulher moramos na mesma casa, onde dei à luz um filho.
 No terceiro dia, depois do meu parto, também esta mulher teve um filho. Estávamos juntas; nenhuma outra pessoa se achava conosco na casa; somente nós ambas estávamos ali.
 De noite, morreu o filho desta mulher, porquanto se deitara sobre ele.
 Levantou-se à meia-noite, e, enquanto dormia a tua serva, tirou-me a meu filho do meu lado, e o deitou nos seus braços; e a seu filho morto deitou-o nos meus.
 Levantando-me de madrugada para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto; mas, reparando nele pela manhã, eis que não era o filho que eu dera à luz.
 Então, disse a outra mulher: Não, mas o vivo é meu filho é meu filho; o teu é o morto. Porém esta disse: Não, o morto é teu filho; o meu é o vivo. Assim falaram perante o rei.
 Então, disse o teu: Esta diz: Este que vive é meu filho, e teu filho é o morto; e esta outra diz: Não, o morto é teu filho, e o meu filho é o vivo.
 Disse mais o rei: Trazei-me uma espada. Trouxeram uma espada diante do rei.
 Disse o rei: Dividi em duas partes o menino vivo e daí metade a uma e metade a outra.
 Então, a mulher cujo filho era o vivo falou ao rei (porque o amor materno se aguçou por seu filho) e disse: Ah! Senhor meu, daí-lhe o menino vivo e por modo nenhum o mateis. Porém a outra dizia: Nem meu, nem teu; que seja dividido.
 Então, respondeu o rei: Dai à primeira o menino vivo; não o mateis, porque esta é a sua mãe.

Todo o Israel ouviu a sentença que o rei havia proferido; e todos tiveram profundo respeito ao rei, porque viram que havia nele a sabedoria de Deus, para fazer justiça⁵⁴⁵.

Salomão, que tinha na sabedoria sua qualidade mais evidente, passou para a posteridade como um magistrado justo porque, diante de uma situação deveras difícil, foi capaz de encontrar um critério de julgamento que o conduziu a uma boa decisão. Entretanto, não é possível negar que toda a interpretação que podemos fazer da decisão de Salomão contempla, ao mesmo tempo, o critério por si encontrado e o resultado de sua utilização. Por outro, outro seria o entendimento da posteridade, na hipótese de que o senso da maternidade não se tivesse aguçado em qualquer das mulheres. Nessa situação, o infante teria sido morto por decisão do rei e o critério utilizado não mereceria nenhuma indulgência.

Desse mesmo modo devemos compreender o critério empregado pelo Superior Tribunal de Justiça. Apesar da Súmula 301 alcançar uma boa estratégia argumentativa, o resultado auferido de sua aplicação não é bom, o que revela o caráter finalista que lhe é subjacente.

É preciso lembrar que o fato de encontrarmos bons critérios de julgamento não nos isenta da obrigação de buscar resultados satisfatórios. No caso objeto de nosso estudo, uma solução eficiente deveria externar uma harmonização dos interesses da família, nos moldes dispostos na Constituição Federal, assim como a contemplação dos fundamentos fáticos, ora biológicos, ora socioafetivos, do estado de filiação.

Mesmo antes da edição da Súmula 301, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça encontrava ecos nos julgadores. São claros e inequívocos os efeitos desse modo de entender a filiação enquanto simples imputação do direito. Dentre eles, podemos arrolar o retorno de conceitos antiquados e tidos como superados, como o

⁵⁴⁵ Conforme Livro dos Reis, 3: 16-28. In **Bíblia de Estudos das Profecias**, p. 354.

da *mulher honesta*, que foi tão caro aos juristas de antanho, em sua busca persistente pela regularidade e estabilidade da família.

Nesse sentido, vejamos uma decisão recente, proferida em Olinda, Pernambuco:

Maria das Dores da Silva, representando o filho, propusera AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE em face de José Airton Souza. Citado (17v) o réu oferecera Contestação (19-21). Realizara-se a Audiência de Instrução (66-67) e o Ministério Público pugnara pela improcedência do pedido (72-74).

DECIDO

A testemunha não esclarecera:

*Se o investigado – à época da concepção da investiganda – mantivera um relacionamento sexual com a investigante.

*Se ela é honesta e agira com exclusividade (fidelidade) em relação a ele. As provas são insuficientes para declarar que João Pedro da Silva é filho de José Airton Souza. Posto isso: REJEITO o pedido.

P. R. I. Arquivem-se os autos após o trânsito em julgado. Olinda, 3 de maio de 2002. Francisco de Assis GALINDO de Oliveira – Juiz de Direito⁵⁴⁶.

Como podemos verificar, à falta de provas da *honestidade* da mãe do investigante, o magistrado optou por rejeitar o pedido de reconhecimento da paternidade. A decorrência lógica de tal entendimento é a excessiva onerosidade probatória imposta ao investigante, que restou obrigado a demonstrar que o investigado teve relações sexuais com sua genitora, que a mesma era honesta e que agira com exclusividade e fidelidade para com o seu genitor, como forma de afastar a incidência da presunção *exceptio plurium concubentium*.

Pode parecer estranho que, no alvorecer do século XXI, o conceito de *mulher honesta* tenha sido ressuscitado em Olinda, mas este não é um caso isolado. Inúmeras são as decisões judiciais que têm, reiteradas vezes, utilizado as premissas sobre as quais se assenta a idéia de *mulher honesta* no contexto das ações de investigação de

⁵⁴⁶ Decisão publicada no Diário Oficial do Estado de Pernambuco em 24 de setembro de 2002, p. 182. Os nomes das partes, que constam do texto da decisão publicada na imprensa oficial, foram alterados no texto de nossa citação, como forma de preservar o segredo de justiça que se impõe em casos dessa natureza.

paternidade, inclusive como meio de afastar a realização coercitiva do exame de DNA e o reconhecimento judicial da paternidade ⁵⁴⁷.

Ao determinar que a decisão judicial pode prescindir da realização do exame de DNA, ou da investigação da situação socioafetiva das partes, o Superior Tribunal de Justiça acabou por reconhecer a relevância de temas como a prova de *honestidade da mulher*, ao definir que deve haver indícios ou provas outras nos autos – nos quais o exame de DNA foi, ao mesmo tempo, tido como imprescindível para depois ser dispensado – sobre as quais a decisão de reconhecimento da paternidade possa assentar-se.

Desse modo, temos que o traço de evolução do direito de família, no que tange ao tratamento da filiação pelo Superior Tribunal de Justiça, não passa de um largo movimento circular que nos recolocou praticamente no ponto de partida. A filiação continua sendo, aqui e ali, uma imputação jurídica no Brasil, que desafia os fatos e a chamada *verdade real*. A única diferença é que, em lugar de convivermos com os *filhos do coito danado*, agora deparamos com os *filhos da presunção judicial*.

⁵⁴⁷ Nesse sentido também dispôs o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Filiação. Investigação de Paternidade. Prova Pericial. Exame de DNA. Incoerência com as demais Provas Colhidas. Rejeição. É de se rejeitar a prova pericial realizada através do exame pelo método do DNA, quando estiver isolada nos autos, sem ser corroborada com as demais provas colhidas, não podendo o julgador ficar adstrito a ela para afirmar ou negar a paternidade, porque a probabilidade e/ou a confiabilidade não é certeza. Ademais, tratando-se de prova técnica, há necessidade que seja possível a participação de assistentes técnicos indicados pelas partes, a teor do art. 421, parágrafo primeiro, do CPC, os quais teriam condições de acompanhar toda a perícia, para que a prova passasse pelo crivo do contraditório, quando então, fiscalizados seriam os materiais e as técnicas usadas, a fim de que, com maior segurança, fosse aceita. Ressalte-se, ainda, que o sigilo do método e a não identificação das equipes que participaram da perícia, colaboram para que a prova não seja cercada de segurança. (TJMG – A. Cív. – Governador Valadares – Rel. Dês. Antônio Hélio Silva – j. 30.08.1994)”. Também o Superior Tribunal de Justiça assim entendeu: “Antes de determinar a realização da prova pericial do DNA, deve o Juiz de Direito promover a coleta de outras provas que permitam a formação de seu convencimento sobre a pretensão deduzida. Ainda assim, julgada indispensável, poderá determiná-la às expensas do Estado, que promoverá os meios necessários. (STJ – RE 154721 – MS – Rel. Min. Barros Monteiro – DJ de 31.08.1998)”. Jurisprudência citada por SIMAS FILHO, Fernando. **A prova da Investigação de Paternidade**, p. 272-273 e 269.

CONCLUSÃO

A busca da verdade pelos antigos estava assentada em um inegável subjetivismo. A procedimentalização do direito, em especial a sua feição funcionalista, nos tem legado também mecanismos de solução de conflitos que se assemelham, em grande medida, aos métodos dos antigos.

O hiato entre a figura do homem e o instituto jurídico do personalismo marcou a história do direito até um passado recente. Entes humanos, como as mulheres e os escravos, durante milênios, não tiveram a si reconhecida, ou imputada, a condição de pessoas. No contexto das relações de família, também o tratamento diferenciado entre os seus partícipes, apesar da filiação ser reconhecida como questão de grande interesse do direito desde a antiguidade, ressaltam esse hiato entre os fatos e as disposições normativas. Esse é o ambiente em que a dignidade humana iniciou o seu desenvolvimento enquanto instituto, razão pela qual foi agravada por essas impressões iniciais.

A filiação, inicialmente, não teve nem o biologismo nem a afetividade como fundamento de seu reconhecimento jurídico. Em Roma, deu-se maior importância à segurança das relações familiares e à vontade de *pater familias*, em um evidente patriarcalismo, que resistiu a séculos de história, espalhando-se por praticamente todo o mundo ocidental, até a contemporaneidade.

A dignidade humana, por sua vez, foi uma preocupação filosófica e ética da humanidade desde os tempos mais remotos. Até a Idade Média, quando transformou-se também em um instituto jurídico, a dignidade esteve atrelada a uma postura

jusnaturalista, sendo entendida como uma condição *a priori* do ser humano, imutável, eterna e universal, postura esta que se mantém nos dias atuais, em razão de sua funcionalidade.

A discussão sobre o personalismo, bem como sobre a sua natureza (enquanto reconhecimento do direito ou imputação jurídica) parecia superada com sua universalização. Esse parecia ser também o fundamento sobre o qual assentou-se que a dignidade humana, atrelada à condição das pessoas, também teria garantido a sua esfera de incidência. Entretanto, a discussão é renovada quando tratamos dos direitos subjetivos e dos direitos fundamentais, institutos herdeiros das iniciais concepções de personalidade, do individualismo e da própria dignidade humana.

Nessa ambiência, todos esses temas relacionam-se, com grande intimidade, na discussão envolvida nas ações de investigação de paternidade, onde a pretensão volta-se ao reconhecimento judicial da condição de filho.

Precisamos lembrar a tradição do direito de família ocidental, no sentido de assentar-se em presunções, fruto da própria história do direito, derivada da natural dificuldade de regulação da convivência humana. As presunções *pater is est, mater semper certa est pater incertus, pater is est quem nuptia demonstrant* e *exceptio plurium concumbentium* foram tidas como regras essenciais no tratamento das questões familiares, o que gerou em nossos ordenamentos jurídicos um comportamento contumaz, pautado pela sobreposição de presunções às verdades reais relacionadas aos temas da paternidade, maternidade e filiação. Por consequência, podemos afirmar que ser filho no mundo dos fatos não necessariamente corresponde a ser filho no mundo do direito; *ser* filho não implica, conseqüentemente, *ser considerado* filho.

Mesmo com o desenvolvimento da própria noção de dignidade humana, o advento de novas técnicas científicas capazes de determinar, com segurança, a existência de laços biológicos entre as pessoas e a consagração do princípio da afetividade na seara do direito de família, as presunções continuaram a ser utilizadas de modo amplo e contundente pelos juristas, mesmo em situações nas quais não têm mais qualquer fundamento, nem mesmo sob o argumento de manutenção da segurança das relações jurídicas.

A persistência da perspectiva liberal, gestando direitos subjetivos *prêt-à-porter*, direitos fundamentais tidos como propensos à colisão e a incidência larga das presunções nas relações de família é, pois, inegável. Ainda que estejamos todos condicionados a interpretar todas as normas do ordenamento jurídico em conformidade com a Constituição Federal, isso não foi suficiente para alterar essa realidade de modo integral.

A dignidade humana foi positivada na Constituição Federal de 1988 como princípio hábil a compendiar toda a unidade material de nosso ordenamento jurídico. Para alguns, dele decorrem os direitos e garantias fundamentais ali consagrados e as diretrizes hermenêuticas a ser utilizadas para a sua efetivação. Entretanto, como a dignidade continua caracterizada por uma clara indecisão problemática, também os direitos fundamentais foram contaminados com essa indecisão, notadamente quanto à sua eficácia horizontal, porque refletem a cristalização da clássica idéia de direito subjetivo.

É dessa forma que a dignidade humana, que tem como consequência direta a garantia de respeito à integridade física e psíquica da pessoa natural, é concebida como uma trincheira voltada à sacralidade do corpo humano, que, portanto, impediria a realização compulsória de exame de DNA nas ações de investigação de

paternidade. Por outro lado, é também a dignidade humana, densificada pelo direito fundamental ao reconhecimento da condição de filho que, em determinados casos, nos conduz a direção oposta, evidenciando a necessidade de realização dessa prova técnica.

O mecanismo que tem sido apontado para a solução de casos dessa natureza é a técnica da ponderação dos direitos fundamentais, manifestação do princípio da proporcionalidade. Partindo da premissa de que os direitos fundamentais das partes estariam colidindo, defende-se que o julgador deverá, nas circunstâncias do caso concreto, decidir qual o direito fundamental, ou o princípio sobre o qual esteja assentado esse direito fundamental, deverá preponderar.

Essa técnica, contudo, tem gerado inúmeras e graves contradições em nossos pretórios. Nas questões penais, por exemplo, se tem dito que o interesse público impõe a realização coercitiva do exame de DNA, como forma de garantir a apuração de um crime. Na esfera das relações de filiação, entretanto, não há o reconhecimento do interesse público na determinação judicial da paternidade, concluindo-se, desse modo, que a realização compulsória do exame de DNA, na esfera civil, atentaria contra a dignidade humana. Trata-se da mesma premissa segundo a qual uma testemunha pode ser conduzida, debaixo de vara, para prestar o seu depoimento no Judiciário, enquanto o investigado não pode ser compelido a realizar exame de DNA.

Os direitos fundamentais entre as partes do processo de investigação de paternidade são tidos como colidentes e, como tal, tratados. Uma decorrência lógica dessa compreensão de direitos fundamentais e subjetivos, bem como da indecisão problemática da dignidade é a edição da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, “*em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção jûris tantum de paternidade*”.

Há, claramente, em nosso Superior Tribunal de Justiça, assim como no Supremo Tribunal Federal, um entendimento *a priori* acerca da impossibilidade de realização coercitiva do exame do DNA. Temos um *a priori* lastreado por presunções de ordem processual e legal que, por sua vez, acabou por soerguer uma presunção jurisdicional. Nessa ordem, a artificialidade de tal entendimento é insofismável. Esse posicionamento significa um retrocesso diante de tudo que se construiu sobre a dignidade humana. Nos casos em comento (ações de investigação de paternidade), verifica-se, por igual, também uma clara dissonância com relação às novas bases do direito de família, consubstanciadas na própria Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça tem interpretado o direito subjetivo do investigado à integridade física de modo absoluto, não relacional. Com isso, providencia subsídios para que se opere um exercício abusivo desse direito subjetivo, fundamentando jurisdicionalmente a escusa dos particulares a submeterem-se à realização do exame de DNA. O argumento de que este seria um “caso difícil”, onde se apresenta uma colisão de direitos fundamentais das partes, entre aquele que se pretende filho e aquele pretendo pai, é sofrível diante da concretude das relações envolvidas. Atualmente, pode-se realizar o exame de DNA com um pedaço de cabelo, ou mediante uma leve escovação das gengivas do investigado. Como, então, falar em agressão à integridade física ou atentado à dignidade do homem?

Não é defensável, de outra sorte, uma indiscriminada permissividade na manipulação genética, que também poderá causar graves prejuízos, tanto morais como sociais. Não devemos extrapolar a esfera específica que ora discutimos – a realização de exame de DNA para a determinação de vínculo genético entre as partes – com toda a gama de generalidades de situações que a atividade de manipulação genética admite.

A Súmula 301 nos aponta um entendimento acentuadamente finalista, assim como ocorreu com nosso legislador, quando da elaboração do Novo Código Civil que, em seus artigos 231 e 232, determina que a recusa à perícia médica, determinada judicialmente, não pode servir para beneficiar aquele que à mesma recusou-se ou, ainda, suprir a prova pretendida com a sua realização. Identificado o exame de DNA como exame médico, a interpretação mais imediata de tais dispositivos legais é a de que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça encontra-se, agora, robustecido de legalidade. Nesse sentido, a introdução do Novo Código Civil no ordenamento jurídico traz consigo um agente complicador.

Não se pode dizer, todavia, que a lei tenha legitimado a recusa à realização de todo e qualquer exame ou perícia. Consta da lei apenas que a recusa poderá implicar a aplicação da presunção prejudicial da parte, mas não que o magistrado, na busca de fundamentos fáticos para a sua decisão, não possa determinar a realização de prova de vinculação genética, assim como ocorre na esfera penal. Uma interpretação em conformidade com a Constituição Federal somente pode nos levar a inferir que tal dispositivo legal, inserido em lei ordinária geral, não pode derogar um princípio fundante de nossa organização social: a dignidade da pessoa humana, que, conforme demonstramos, impõe que as decisões acerca da filiação estejam assentadas em fundamentos fáticos e não em presunções jurídicas. Tanto a origem biológica, como a origem socioafetiva podem ser consideradas como *verdades reais* da filiação. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça desafia, portanto, ambas as *verdades reais* onde a filiação pode assentar-se, preferindo um modelo calcado na presunção.

Não podemos deixar de lembrar que no direito romano, como verificamos, a vontade do *pater familias* era considerada como fundamento primeiro para a determinação da filiação. Pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça temos

que, em um processo invertido, a vontade continua sendo considerada como fundamento para a decretação da paternidade. Se, antes, a vontade do pai era o meio, por excelência, reconhecido para o estabelecimento da filiação, agora a vontade do pai pode atravessar-se no caminho do filho, evitando uma decisão judicial assentada em fatos que, culturalmente, deveriam condicionar a determinação jurisdicional da paternidade. De outro modo, essa mesma recusa do réu e a aplicação inclemente da Súmula 301 têm sido suficientes para exterminar uma possível relação de paternidade que já esteja constituída, com base em afetividade. É conveniente lembrar, nesse ponto, que a afetividade não pode ser entendida como mero estado psíquico ou anímico, caracterizador da concepção corrente do afeto, haja vista constituir verdadeiro dever jurídico. Construída uma relação socioafetiva de paternidade, incumbe às partes, tanto ao pai como ao filho, o cumprimento de todos os deveres decorrentes das relações de filiação.

Se, por um lado, o STJ negou a possibilidade de realização compulsória dos exames de DNA, por outro, não houve qualquer hesitação quanto à contundência da súmula para casos nos quais se pretende desconstituir uma paternidade socioafetiva construída ao longo do tempo. Deduzimos, desse modo, que, acima de qualquer verdade biológica ou socioafetiva, nosso Judiciário tem se preocupado em fazer valer uma verdade jurídica artificial, porquanto não assentada nos fatos, acerca da paternidade.

Voltamos ao tempo de busca da verdade nos moldes antigos. Diante dos processos de investigação de paternidade, nos vemos, mais uma vez, na arena, realizando jogos que, atualmente, homenageiam um direito afastado dos fundamentos fáticos das relações de filiação. Na *Ilíada*, Menelau propôs a Antíloco o desafio de jurar honestidade, levando o julgador antigo a desprezar uma testemunha

estrategicamente colocada na arena e habilitada a apresentar fundamentos fáticos para a solução da contenda. No STJ, a figura da testemunha transmuta-se no exame do DNA ou na afetividade. É justamente o que o STJ tem feito: não à testemunha, não aos dados que podem ser objetivamente percebidos. Há, outrossim, um claro senso de funcionalidade na Súmula do STJ.

É possível admitir que a Súmula 301 traz em si uma estratégia argumentativa, quando determina que a recusa à realização do exame de DNA provocará a presunção de paternidade. Desse modo, o Tribunal estaria convencendo os réus a fazerem o exame, sob a premissa de que, se não o fizerem, o resultado será certo, enquanto a sua realização pode alterá-lo. Essa linha de raciocínio, convenhamos, não tem condições de prosperar por duas razões: como vimos, a presunção em tais casos é relativa e não absoluta, o que tem se revertido, na maioria das situações, apenas como forma de onerar a outra parte, que estará obrigada a trazer aos autos outros elementos de convencimento; além disso, enquanto estratégia de convencimento, a edição de uma súmula que tornasse obrigatória a realização do exame seria infinitamente mais eficaz, até porque, ao menos nessa situação, a decisão estaria assentada em algum fundamento fático, ainda que questões como a afetividade ficassem prejudicadas.

Devemos considerar também a incongruência dos acórdãos arrolados como precedentes da Súmula 301. Neles podemos encontrar disposições diametralmente antagônicas, como o reconhecimento de que o exame de DNA é fundamental para a solução dos casos de investigação de paternidade levados ao judiciário e a sua dispensa, para dar lugar à aplicação da presunção de paternidade. É subliminar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ainda, que há ali, como na doutrina, uma confusão entre o direito fundamental ao reconhecimento da paternidade e o

direito fundamental ao conhecimento da origem genética. A paternidade biológica pode coincidir com a paternidade socioafetiva, mas esta não é uma condição excludente do fato de que, em determinadas situações, encontrar o genitor – o que é um direito fundamental – implicará em encontrar o pai.

É interessante notar que na filiação decorrente da adoção, temos bastante clara a diferenciação entre a pessoa do genitor e a pessoa do pai/adotante. Nessa ordem, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça evidencia um evidente reflexo da indecisão problemática da dignidade humana nas relações de filiação. Assim, o enunciado da Súmula 301, além de produzir os prejuízos a que aludimos, ainda desconsidera, pondo em risco, as *verdades reais* fundantes das relações de filiação por adoção, por inseminação artificial heteróloga e por posse do estado de filho. Nos termos da Súmula, qualquer adotante, pretendendo livrar-se dos ônus decorrentes da adoção e, portanto, de sua condição de pai, poderá promover ação negatória de paternidade. Nessa hipótese, realizado ou não o exame de DNA, a solução do caso, como sabemos, será a negação judicial da paternidade, ainda que ela seja esteja constituída na ordem socioafetiva.

Foi justamente esse o resultado do julgamento do Recurso Especial n. 460302, que negou o estado de filiação e de parentesco socioafetivos constituídos, em razão da negativa do filho em submeter-se à realização do exame de DNA. As circunstâncias do caso reclamavam tratamento diferenciado. Ainda que o filho não tivesse laços biológicos com seu pai, existia um vínculo socioafetivo que evidenciava a existência de relação de paternidade que, contudo, foi exterminada, por presunção, pelo Superior Tribunal de Justiça, que desafiou frontalmente uma *verdade real* evidenciada nos autos.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é funcionalista porque está dirigido somente para a apresentação de uma justificativa para as decisões judiciais, não para a efetiva solução dos casos a si levados. Ademais, peca o entendimento do Pretório em não contribuir para a necessária e urgente reformulação de nossa compreensão acerca da dignidade humana e das relações de filiação, quando decide sem discuti-las, utilizando a antiga estratégia das presunções.

A vedação do *non liquet*, nesse ambiente, é um convidado inconveniente. Isso porque, enquanto discutimos e reformulamos nossas concepções acerca das relações de família, do personalismo ou da dignidade humana, os casos levados ao Judiciário precisam ser julgados. Tais decisões, proferidas em razão de nossa necessidade de julgar todos os casos levados a juízo – que não pode ser negada ou afastada –, acabaram por cristalizar idéias ainda imberbes, em construção, como ocorreu com a questão da investigação de paternidade, nos conduzindo à formulação da mencionada Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça.

O debate sobre a paternidade, hodiernamente, tem sido estabelecido com base em convenções jurídicas ultrapassadas, que têm desprezado a polissemia própria do termo. Isso nos leva a concluir que, na visão do Superior Tribunal de Justiça, a paternidade enquanto imputação jurídica escapou incólume ao colapso do positivismo moderno. A ambivalência que, acreditamos, lhe é peculiar, entre biologismo e afetividade, tem sido relegada. Ademais, o julgamento das ações de investigação e negação de paternidade, com base em presunção, faz uso de um dado especificamente jurídico – a própria presunção – que nunca precisou coincidir com os dados naturais ou da realidade das pessoas envolvidas. Atualmente, nossa doutrina tem empreendido largos esforços no sentido de tentar traduzir alguma coincidência entre a realidade e esses mecanismos puramente jurídicos. Toda a formulação acerca

da incidência do princípio da afetividade e personalização das relações de família evidencia esse esforço. Não obstante, com o advento da Súmula 301, a opção de nosso Tribunal Superior de Justiça parece ter sido a de recrudescer essas diferenças, operando a filiação, mais uma vez, como uma afetação do direito e não como uma situação construída social e culturalmente, o que torna manifesta sua postura funcionalista na solução de conflitos.

Desse modo, a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça é um retrocesso no cenário jurídico do tratamento da filiação porque desconsidera as chamadas *verdades reais* da filiação, assentando-se no antigo hábito de utilização das presunções no direito, quando já temos mecanismos, nesse ponto, para dispensá-las e, também, por colocar em risco a própria evolução do direito de família, por desafiar os fundamentos das filiações decorrentes de adoção e de laços de afetividade. O critério utilizado para a construção do enunciado da Súmula 301 agride tanto o critério biológico, como o socioafetivo, como fundamentos da paternidade, instalando, em nosso ordenamento jurídico, uma nova sorte de filhos, os chamados *filhos da presunção judicial*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____ **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ARIÈS, Philippe & DUBY, Georges (org). **História da Vida Privada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, vol. 01.

ARNAOUTOGLOU, Ilias. **Leis da Grécia Antiga**. São Paulo: Odysseus, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge ZAHAR Editor, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001.

_____. **Direito da Família**. Campinas: Red Livros, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BLOCH, Ernest. **Natural Law and Human Dignity**. Cambrid: The Massachusetts Institute of Technology Press, 1987.

BRAVO, Federico de Castro y. **La Persona Jurídica**. Madrid: Editorial Civitas, 1981.

BRUSIIN, Otto. **O Pensamento Jurídico**. Campinas: Edicamp, 2001.

BURDESE, Alberto. **Manuale di Diritto Privato Italiano**. Torino: Editrice Torinese, 1974.

CAENEGEM, R. C. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e o Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO SANTOS, J. M. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, vol. I.

CASSIN, Bárbara. **Aristóteles e o Logos – Contos da Fenomenologia Comum**. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Livraria Edouard, 1990.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A Normatividade da Pessoa Humana**. O Estatuto Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA, Clarissa de Oliveira Gomes Marques da. **Liberdade de Iniciativa e a Necessidade de um Contorno Ambiental**. Recife: Edição da Autora, 2005.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Teoria Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade** – Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio** – Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FELIPPE, Márcio Sotelo. **Razão Jurídica e Dignidade Humana**. São Paulo: Max Limonade, 1996.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, vol. 01.

GAIO. **Institutas do Jurisconsulto Gaio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GAZOLLA, Rachel. **O Ofício do Filósofo Estóico – O Duplo Registro do Discurso da Stoa**. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

GINZBURG, Carlo. **Olhos de Madeira – Nove Reflexões sobre a Distância**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Passado como Futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

HOMERO. **Ilíada**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

INGENIEROS, José. **O Homem Mediocre**. Campinas: Edicamp, 2002.

JAEGER, Werner. **Paidéia – A Formação do Homem Grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1993.

JUSTINIANO, Flavius Petrus Sabbatius. **Institutas do Imperador Justiniano**. Bauru: EDIPRO, 2001.

KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Pura**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil – Parte General**. Jáen: EDERSA, 1978.

_____. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gilbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **O Que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

LÉVI-STAUSS, Claude. **As Estruturas Elementares do Parentesco**. Petrópolis: Vozes, 2003.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**. O Crepúsculo do Dever e a Ética Indolor dos Novos Tempos Democráticos. Barueri: Manole, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial**. São Paulo: Atlas, 2003, vol. XVI.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUÑO, Antônio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. Madrid: Tecnos, 1999.

MARITAIN, Jacques. **A Filosofia da Natureza**. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales – Teoria General**. Madrid: Universidade Carlos III-Boletín Oficial del Estado, 1999.

MARTINS, José Pedro Fazenda *et al.* **Temas de Direito da Filiação**. Lisboa: Caloustre, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRA, Sílvio A. B. **A Lei das XII Tábuas**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MIRANDA, Custódio da Piedade U. **Teoria Geral do Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a Dignidade do Homem**. Lisboa: Edições 70, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. II.

NIETZSCHE, Friedrich. **Ecce Homo – De Como a Gente se torna o que a Gente é**. Porto Alegre: L&PM, 2003.

OLIVEIRA, Guilherme de. **CrITÉrio Jurídico da Paternidade**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estabelecimento da Filiação**. Coimbra: Almedina, 1999.

PEINADO, Federico Lara e GONZÁLEZ, Federico Lara. **Los Primeros Códigos de la Humanidad**. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSÔA, Eduardo. **História do Direito Romano**. São Paulo: Habeas Editora, 2001.

PLATÃO. **As Leis**. Bauru: Edipro, 1999.

PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928.

_____. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, tomo 01.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Campinas: Servanda, 2002.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REALE, Giovanni. **O Saber dos Antigos – Terapia para os Tempos Atuais**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: EDIPRO, 2000.

_____. **Tû-Tû**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

ROUBIER, Paul. **Droits Subjectifs et Situations Juridiques**. Paris: Dalloz, 1963.

SAINT-SERNIN, Bertrand. **A Razão no Século XX**. Rio de Janeiro: José Olímpio; Brasília: EdUnB, 1998.

SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. O Público e o Privado na Vida Social e Histórica. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SÊNECA. **A Vida Feliz**. Campinas: Pontes, 1991.

SIMAS FILHO, Fernando. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba: Juruá, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUETÔNIO. **A Vida dos Doze Césares**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1990.

TAPLIN, Oliver. **Fogo Grego**. RTC-Gradiva, 1990.

TARNAS, Richard. **A Epopéia do Pensamento Ocidental**: para Compreender as Idéias que Moldaram nossa Visão de Mundo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

TILLICH, Paul. **A Coragem de Ser**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

TORRENTE, Andréa. **Manuale di Diritto Privato**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968.

ULPIANO. **Regras de Ulpiano**. Bauru: EDIPRO, 2002.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Definições e Fins do Direito. Os Meios do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Leçons D'Histoire de la Philosophie du Droit**. Paris: Dalloz, 1962.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Artigos

ADEODATO, João Maurício. Pressupostos e Diferenças de um Direito Dogmaticamente Organizado. *In Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000* – Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 155-174.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. A Dignidade da Pessoa e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Aproximação Latino-Americana. *In Revista de Direito Privado*, nº 20, out/dez de 2004, pp. 156-183.

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *In Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 22, nº 66, set/dez de 2002, pp. 13-64.

_____ Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. *In Revista de Direito Privado*, nº 24, out/dez de 2005, pp. 334-344.

ALMEIDA, Maria Christina de. Paternidade: do Elo Fictício ao Elo Construído. *In Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 09, jan/mar de 2002, pp. 231-240.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. *In Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 09, jan/mar de 2002, pp. 03-24.

BANHOZ, Rodrigo Pelais & FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao Legalismo Jurídico e ao Historicismo Positivista: Ensaio para o Exercício de Diálogo entre História e Direito, na Perspectiva do Direito Civil Contemporâneo. *In* RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil** – Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 47-74.

BEVILÁQUA, Clóvis. A Constituição e o Código Civil. *In* **Revista de Direito Privado**, nº 09, jan/mar de 2002, pp. 245-250.

BRITO, Edvaldo. Nota Prévia *in* GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. VII-XXI.

CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. *In* FACHIN, Luiz Edson (coordenador). *In* **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 273-316.

COMPARATO, Fábio Konder. A Humanidade no Século XXI: a Grande Opção. *In* **Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000** – Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 217-232.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade. *In* FACHIN, Luiz Edson (coordenador): **Repensando os**

Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 31-56.

COSTA, Reginaldo da. Discurso, Direito e Democracia em Habermas. *In* MERLE, Jean-Christophe & MOREIRA, Luiz. **Direito e Legitimidade.** São Paulo: Landy Livraria, 2003, pp. 37-52.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. *In* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 331-348.

CUNHA, Clarissa Gomes de Oliveira Marques de & LEAL, Larissa Maria de Moraes. Alexy no Jardim? Texto inédito. Recife: 2005, 42 p.

DIDEROT, Denis. Não Há Felicidade sem Virtude. *In* SÊNECA. **A Vida Feliz.** Campinas: Pontes, 1991, pp. 09-20.

DONEDA, Danilo César Maganhoto. Considerações Iniciais sobre os Bancos de Dados Informatizados e o Direito à Privacidade. *In* TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **Problemas de Direito Civil-Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 111-137.

FACHIN, Luiz Edson. O Direito de Família *Gauche*. *In* **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 09, jan/mar 2002, pp. 51- 73.

_____. O Impacto das Mudanças Sociais no Direito de Família (Singrando entre Dois *Brasis*: Do Casamento Codificado às Famílias não “Matrimonializadas” na Experiência Brasileira). In **Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000** – Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 175-196.

_____. Transformações do Direito Civil Contemporâneo. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil** – Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 41-47.

FACHIN, Luiz Edson & RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: Uma Análise Crítica. In SARLETT, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 87-104.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da Paternidade Responsável. In **Revista de Direito Privado**, n. 18, abr/jul de 2004, pp. 21-41.

GANHO, Maria de Lurdes Sirgado. Acerca do Pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola. In MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a Dignidade do Homem**. Lisboa: Edições 70, 2001, pp. 09-46.

KANT, Emmanuel. Liberdade Jurídica – excerto de A Metafísica dos Costumes. In MAFFETTONE, Sebastiano & VECA, Salvatore (orgs). **A Idéia de Justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 211-216.

_____. Autonomia Moral – excerto de Fundamentação da Metafísica dos Costumes. *In* MAFFETTONE, Sebastiano & VECA, Salvatore (orgs). **A Idéia de Justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 217-230.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, Retórica e o Bacharelismo no Brasil. *In* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 349-372.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. *In* BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 53-81.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. *In* FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). **Direito Civil – Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 197-218.

_____. Do Poder Familiar. *In* DIAS, Maria Berenice & PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 141-154.

_____. Exame de DNA e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *In* **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 10, 2000. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, pp. 233-242.

_____. Princípio da Afetividade. Texto inédito. Maceió, 2005, 07 p.

MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o Teste de Paternidade através do Exame do DNA em Direito Brasileiro – Direito Pós-Moderno à Descoberta da Origem? *In* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes Temas da Atualidade – DNA como Meio de Prova da Filiação** – Aspectos Constitucionais, Civis e Penais. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 27-60.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e Seu Ressurgimento no Final da Idade Média. *In* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 181-216.

MARTINS, José Renato Silva & ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade: Direito à Intimidade ou Direito à Identidade? *In* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes Temas da Atualidade – DNA como Meio de Prova da Filiação** – Aspectos Constitucionais, Civis e Penais. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 151-162.

MEIRELLES, Jussara. O Ser e o Ter na Codificação Civil Brasileira: do Sujeito Virtual à Clausura Patrimonial. *In* FACHIN, Luiz Edson (coordenador): **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 87-114.

MELO, Albertino Daniel de. Filiação Biológica – Tentando Diálogo Direito-Ciências. *In* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes Temas da Atualidade – DNA como Meio de Prova da Filiação** – Aspectos Constitucionais, Civis e Penais. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 01-14.

MONCADA, Cabral de. Prefácio constante da obra de DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979, pp. 07-16.

MOOR, Fernanda Stracke. A Filiação Adotiva dos Menores e o Modelo de Família previsto na Constituição Federal de 1988. *In* **Revista de Direito Privado**, nº 07, jul/set de 2001, pp. 40-69.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os Princípios entre a Teoria Geral do Direito e o Direito Civil Constitucional. *In* RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 03-22.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A Instituição da Família na Cidade Antiga. *In* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 95-112.

PANTOJA, Teresa Cristina G. Uma Descapacitação Especial. *In* RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 167-188.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Sistema e Direito Privado: Panorama Histórico e Perspectivas para uma Racionalidade Construtiva. *In* **Revista de Direito Privado**, nº 16, out/dez de 2003, pp. 161-198.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direitos e Sociedade no Oriente Antigo. *In* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 31-58.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. A Interpretação dos Fatos no Direito. *In* **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 12, 2002. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, pp. 191-206.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras. *In* FACHIN, Luiz Edson (coordenador): **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 03-30.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A Responsabilidade Civil por Danos Produzidos no Curso de Atividade Econômica e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana: O Critério do Dano Ineficiente. *In* RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 127-154.

SALDANHA, Nelson. Sobre o “Direito Civil Constitucional” (Notas sobre a Crise do Classicismo Jurídico). *In* **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 09, jan/mar 2002, pp. 187-192.

SANTOS, Rogério Dutra dos. A Institucionalização da Dogmática Jurídico-Canônica Medieval. *In* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 217-238.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias Monoparentais: Aspectos Polêmicos. *In* TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 547-577.

SOUZA, Raquel de. O Direito Grego Antigo. *In* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 59-94.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. *In* **Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000** – Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 323-346.

VECCHI, Benedetto. Introdução *in* BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge ZAHAR Editor, 2005.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seu Legado. *In* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 113-152.

WEHLING, Arno. O Escravo ante a Lei Civil e a Lei Penal no Império (1822-1871). *In* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 373-396.

WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. *In* WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 19-30.

Códigos, Legislação e Textos Históricos

Bíblia de Estudos das Profecias. Belo Horizonte e Bauru: Editora Atos e Sociedade Bíblica do Brasil, 2001.

Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas. Supervisão Editorial Jair Lot Vieira. Bauru: EDIPRO, 2002.

Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.

Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2004.

Direitos Humanos: normas e convenções. Supervisão editorial de Jair Lot Vieira. Bauru: EDIPRO, 2003.