

## Repensando o direito de família

JOÃO BAPTISTA VILLELA

*Professor Titular na Universidade Federal de Minas Gerais*

"O Senhor Deus disse:

"Não é bom que o homem esteja só. Vou dar-lhe uma auxiliar que lhe seja semelhante" (Gên., 2,1 8). Assim se lançavam, na tradição cultural judaico-cristã, as bases da família. Por muito variadas que tenham sido as formas do agregado familiar, as transformações por que passou, as expressões que assumiu, as demandas sob que se curvou, os interesses que acolheu, o papel maior ou menor que representou - não há antropólogo que não veja no impulso gregário do homem a origem de sua experiência amorosa regular.

Alguns episódios políticos de grande impacto, dos quais destaco a formação do Estado Nacional, a Reforma Protestante, a Contra-Reforma Católica e sua expressão emblemática, que foi o Concílio de Trento, o constitucionalismo moderno impregnaram de tal modo a vida cultural do Ocidente que criaram o vezo da leitura social refratária.

Explico-me. Diz a Física que a refração consiste "no desvio de um raio luminoso ou de uma onda eletromagnética, que percorre a superfície de separação de dois meios, nos quais se propagam com velocidade, diferentes".<sup>1</sup>

Estado e Igreja, de um lado, família de outro transposto o símile da Física para o Direito ou, mais amplamente, da Natureza para a Cultura - são meios diversos, de tal sorte que, lançada nossa visão sobre a última a partir dos primeiros, a representação que se alcança sofre os desvios próprios da refração. A refração, porém, que é a verdade da natureza, é, ao mesmo tempo, a falsidade da representação. Isto é, a representação que fazemos da real idade a partir da refração só é exata se corrigida com a diversidade dos meios por onde caminham nossos exercícios perceptivos do mundo.

Já se terá alcançado aonde quero chegar. Dada a força dos fenômenos políticos a que chamei de "grande impacto", sua dimensão macrocósmica e seu alto poder de impregnação, perdemos a capacidade de ler a família fora da ótica do Estado e da Religião. No entanto, a família não só precede ao Estado e à Religião<sup>2</sup>, como é dotada de um dinamismo que dispensa um e outra, para se constituir e para sobreviver.

Foram o poder político e a ordenação do culto que estenderam seus braços sobre a família e a reconduziram para os seus quadros, impondo-lhe regras, redesenhando-lhe o perfil e submetendo-a a um preordenamento transcendental. *Transcendental*, esclareça-se, no prosaico sentido de que

estivesse sobposta a interesses que *transcendiam* a seus próprios, vale dizer, interesses externos ou alheios.

Convém, aqui, evitar a confortável, mas apressada e, quem sabe, leviana conclusão de que Estado e Igreja, nessa operação de envolvimento, estivessem movidos por uma espécie de fagocitose imperialista. Refoge ao âmbito de minhas preocupações, ao fazer o registro nessa oportunidade, especular sobre a inspiração fundamental que originou a politização e a sacralização da família. Trata-se muito provavelmente do resultado de um concurso de forças e circunstâncias culturalmente complexo e incoercível nos seus efeitos.

O que, sim, importa no caso sublinhar é que nossa visão de *família* hoje está profundamente permeada não por aquilo que ela é, em sua essência, senão por aquilo que o sagrado e o político tentaram e tentam dela fazer. É muito do nosso gosto de juristas distinguir entre *o fato e a versão do fato*. Pois bem: há o fato da família e há a *versão da* família. O que chamamos *direito de família é*, na verdade, *direito da versão* de família: um construto elaborado sob a filtragem política e sagrada sob que captamos a instituição.

Foi paradoxalmente o desenvolvimento do capitalismo moderno, um produto só tornado possível no Estado Nacional, e o depuramento da fé religiosa que criaram o caldo de cultura sob o qual a família começou a se libertar das forças extrínsecas de domínio e opressão. *From institution to companionship*, que marcaria a obra fundamental de Burgess & Locke<sup>3</sup>, constitui o arco de uma evolução ainda não acabada e na qual a família inicia o grande processo de reconquista de uma identidade perdida.

A despedida do *ancien régime* é também a despedida da ordem monolítica em que a família constituía, por assim dizer, um bizarro *shopping center* de funções. Desde logo, ali estava o organismo provedor de recursos humanos com que se compunham os exércitos e se repunham os contingentes dizimados pelas epidemias. Nela se cumpria todo o ciclo econômico que vai da produção ao consumo. Era, enfim, no seu espaço que se ensinavam as artes e se aprendiam os ofícios. A criação de escolas, associações, sindicatos e partidos políticos convoca e leva para o espaço público muitas das atividades que se concentravam na família.

De outra parte, a doutrina agostiniana, que considerava a prática do sexo *remedium aegrotis*, "medicina para os fracos"<sup>4</sup>, entra em crise. Mais grave ainda: a finalidade procriativa do matrimônio perde terreno e vai atingir, possivelmente, sua mais perfeita reinterpretação, já neste século, com os trabalhos de Herbert Doms, Dieter von Hildebrand e Bernhardin Krempel.

Estes teólogos, retomando uma percepção que remonta a Hugo de São Vítor (1096-1141)<sup>5</sup>, voltaram as costas à visão demonizada do sexo<sup>6</sup> e souberam, com extraordinária argúcia, redescobrir o papel fundamental e positivo do impulso erótico e da conjugal idade. Algo de extraordinário está para ocorrer. "A

libido se degela", poder-se-ia bem repetir, ambientando para o interior do casamento uma expressão de Charles Chauvin aplicada ao amor romântico do século XVIII.<sup>7</sup>

Produzia-se, então, o mais espetacular fenômeno em toda a história da família: sua passagem de unidade institucional a núcleo de companheirismo. Este fenômeno, sobre que tanto se escreveu, caracterizou-se na literatura de espaço alemão como *Funktionsverlust*, "perda de funções", ou *Funktionsentlastung*, "desencargo de funções"<sup>8</sup>. Uma e outra designação querem sublinhar a descompressão de que se beneficiou a família ao se desvencilhar da imensa carga de atribuições que se lhe tinham imposto. A designação, se é expressiva nesse sentido, é pobre e talvez mesmo equívoca na medida em que acentua antes a perda do que o ganho, menos a libertação do que o desapossamento. Por isso, verdadeiramente genial aqui foi a fórmula de Maclver. Para Maclver, a família, "perdendo função após função, acabou por encontrar a sua própria" que é a de ser *locus* de amor, sonho, afeto e companheirismo<sup>9</sup>. Estes são os dons da família, aquilo que se poderia qualificar, com René König, como "suas prestações específicas".<sup>10</sup>

A descompressão da família, porém, não se fez sem custos. Sob a estrutura institucionalista, o controle social externo proporcionava garantia contra o exercício arbitrário do poder no interior do grupo. Restituída a si própria, a família passou a ter seu equilíbrio dependente da capacidade de auto-composição de seus membros. Fragilizados, os laços ganharam em poder de expressão afetiva, mas perderam em capacidade de sustentação, o que faz nascer uma nova dimensão para o problema da violência na família, de que são vítimas preferenciais - sabe-se bem - a mulher e os menores.<sup>11</sup>

O descompasso entre o que é a família e o que dela fizeram ou pretenderam fazer revela-se particularmente dramático na persistência do resíduo que a vê como produto do direito estatal ou do direito eclesiástico. A família não é criação do Estado ou da Igreja. Tampouco é uma invenção do direito como são, por exemplo, o leasing, a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, o mandado de segurança, o aviso prévio, a suspensão condicional da pena ou o devido processo legal. Estes institutos são produtos da cultura jurídica e foram criados para servir a sociedade. Mas a família antecede ao Estado, preexiste à Igreja e é contemporânea do direito. Pela ordem natural das coisas, não está no poder de disposição do Estado ou da Igreja desenhar, ao seu arbítrio, o perfil da família. O poder jurídico de um e de outra relativamente à família não pertence à ordem da atribuição. Pertence, ao contrário, à ordem do reconhecimento. Pode-se observar, de resto, que, ao longo da História, a autoridade intrínseca da família impõe-se aos poderes sacros e profanos com um silencioso *noli me tangere!* Lucy Mair registra, a propósito, que nem os governos de tendência coletivista mais exacerbada chegaram a cogitar de abolir a família, ainda quando tenham

enfraquecido os laços do matrimônio e encorajado os filhos a delatar os pais por subversão política.<sup>12</sup>

Ao Estado, assim como à Igreja, compete em grau a um só tempo eminente e inabdicável reconhecer a família. Reconhecer a família, contudo, não é apenas abrir-lhe espaço nas constituições e nos códigos, para, depois, sujeitá-la a regras de organização e funcionamento. É, antes, assegurar sua faculdade de autonomia e, portanto, de auto-regramento. O casamento e a família só serão o espaço do sonho, da liberdade e do amor à condição de que os construam os partícipes mesmos da relação de afeto.

Mas falar de sonho, de liberdade e de afeto soa quase estranho a quem tenha sob os olhos as leis, a literatura e a jurisprudência de direito de família. Já notaram os senhores o quão pouco se fala de amor em sede de direito de família, como se este não fosse seu ingrediente fundamental? O amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos. Curiosamente, contudo, enquanto o acordo de vontades constitui a figura central da teoria dos contratos, em torno da qual tudo pivota e tudo se esclarece, parece haver, em direito de família, no mínimo, um bem disfarçado pudor de explicitar a matéria de que ele é feito e sem a qual sua razão de ser não se sustenta e se esboroa. Certo, o discurso do direito de família não deve fazer concessões à pieguice, mas não tem por que ser árido, asséptico, frio e insensível. Quando fazemos direito de família, o fazemos para quem está buscando a realização de seus mais inefáveis anelos de felicidade ou, ao contrário, para quem se vê, no comum das vezes, submergido nos obscuros poços do desespero. Casamento, quando não o assola o vírus do tédio e da indiferença, é sempre algo que oscila entre o êxtase e a tragédia. Em qualquer das três hipóteses, lidamos com valores graves e complexos da alma humana. Do êxtase não cuida o direito, propriamente, mas deve concorrer para que os parceiros de uma união o possam encontrar. E, se não os pode vacinar contra os riscos da tragédia que nos espreitam dissimulados em cada esquina da vida, pode muito bem oferecer-lhes os caminhos de uma reconstituição. Que dizer, enfim, do tédio e da indiferença? Mal insidioso e sorrateiro, câncer invisível e indolor, refoge à prevenção do direito e se instala sem que os mesmos parceiros tomem consciência. Poucos o terão descrito com o rigor poético e o desnudamento incompaciente de um Mia Couto:

"Entre marido e mulher o tempo metera a colher, rançoso roubador de espantos. Sobrara o pasto dos cansaços, desnamoros, ramerrames. O amor, afinal, que utilidade tem?"<sup>13</sup>

Que utilidade tenha cabe aos amantes mesmos descobrir ou redescobrir. Certo é, porém, que o colapso do encantamento há de poder encontrar remédio também no direito e não apenas quando ateste a falência definitiva de um empreendimento amoroso. Não se pretende que o direito de família substitua-se à psicoterapia, mas seria redução imperdoável de suas

virtualidades concebê-lo ou praticá-lo com exclusão do aconselhamento preventivo e reparatório, assim como da mediação extrajudicial. Merece, no mínimo, observação e estudos um movimento que nos Estados Unidos levaria à criação da ativíssima *Academy of Family Mediators* e que, na Inglaterra, associou juristas na experiência conhecida por *Solicitors in Mediation*, a qual, por sua vez, desembocaria, em 1988, na *Family Mediators Association*. A avaliação crítica da experiência de mediação tem mostrado seus limites. E é natural que ela os tenha. Contudo, parece definitivo o seu espaço enquanto ela se revelar fiel à divisa que lhe propôs Irène Théry:

"A Justiça se ocupa do passado e do presente, a mediação se ocupa do futuro".<sup>14</sup>

Perder, assim e em resumo, esta perspectiva - a de que o direito de família está preordenado ao bem-estar pessoal - é fazer do homem instrumento, e não fim, do ordenamento jurídico.

Mas o discurso envergonhado e distante não é tudo e pode bem se explicar, em parte, pelas erráticas orientações do conjunto normativo de que se entretece o direito positivo na matéria.

Uma análise ainda que perfunctória de nossa produção em direito de família irá mostrar, com efeito, que o parasitam traços de marcada hostilidade à nossa capacidade de nos exprimirmos a nós mesmos, no espaço das relações amorosas.

Não creio laborar em equívoco ou exagero, se disser que o direito de família brasileiro é procriacionista, autoritário, determinista, substitutivista, invasivo e extremamente guloso.

Abstenho-me de descrever em pormenores as configurações que revelem cada um desses desvios aberrantes de uma ordem familiar saudável. Evoco, porém, a título de exemplo, alguns nichos em que, decididamente, a dogmática, a interpretação ou a aplicação se põem ao desserviço das pessoas nas situações de família, seja esta de direito ou de fato.

Procriacionista manifesta-se, por exemplo, o direito brasileiro, quando a Constituição da República defere o planejamento familiar à "livre decisão do casal". Está certíssima a Constituição em vedar "qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas", mas é retrógrada e omissa ao silenciar quanto aos recursos da sanção premial, dentro da técnica política que na obra de Bobbio constitui *a função promocional do direito*.<sup>15</sup> Para agravar a debilidade do texto constitucional, juízes da infância e da juventude criam obstáculos, a bem dizer insuperáveis, para a prática da adoção, especialmente a adoção por estrangeiros. Para procriar tudo é permitido. Para dar pais a quem não os tem tudo é dificultado. Função social não é um predicado apenas da propriedade. Também compete ao contrato, à personalidade jurídica, ao tributo, etc. E, não em grau inferior, à procriação.

São autoritárias nossas leis da família sempre que retiram às pessoas as faculdades inerentes à capacidade negocial que se lhes reconhece. Assim, não há razão de lógica, justiça ou bom senso para o art. 256 do Código Civil, que subtrai aos cônjuges a possibilidade de alterar o regime de bens que hajam estabelecido. Ou para o art. 258, parágrafo único, que impõe o regime da separação aos maiores de 60 e às maiores de 50 anos.<sup>16</sup>

A Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal é arrogante ao substituir-se ao cônjuge que, no exercício natural da sua capacidade de exercício, renuncia aos alimentos no acordo de separação. Nada mais prosaico e menos extravagante do que a renúncia, por quem seja plenamente capaz, dos direitos patrimoniais de que seja titular. Esta Súmula, sem embargo de sua aparente neutralidade, ao pretender, de fato, amparar a mulher, suposta vítima de acordos lesivos, restaura, sob maldisfarçada roupagem, a velha incapacidade por enfermidade do sexo. Quando vamos compreender que a tão proclamada igualdade entre homem e mulher não se alcança a golpes de papel e tinta, senão com vontade política, determinação, coragem e audácia?

Arrogante também e desdenhosa dos direitos da personalidade é a Lei n° 8.560, de 29 de dezembro de 1.992, quando defere ao Ministério Público o poder de investigar a paternidade, independentemente do assentimento da mãe, expondo-a ao vexame de ter sua vida íntima devassada e exposta. Incorreu o legislador aqui no grave equívoco de tomar questões de estado (civil) por questão de Estado (político).<sup>17</sup>

Especialmente grave tem sido nos últimos anos o furor regulamentatório da República em matéria das chamadas *uniões* estáveis. Não há na Constituição uma só palavra de onde se possa derivar a suposta necessidade de submeter essas formações espontâneas à cravelha da lei. O que quis e quer a Constituição é, por óbvias razões de justiça social, estender a tais construções informais o manto protetor da lei, especialmente os benefícios da seguridade social.

Não posso, aqui e agora, senão confirmar o que, de outra feita, assinalai quanto ao patológico pendor nacional para a regulamentação:

"Em sua crônica obstinação de navegar na contracorrente da história, o Brasil insiste em impor normas para tudo, quando a consciência dos novos tempos e a superação de paradigmas positivistas apontam para a *desregulamentação*. A *bulimia normativa* constitui um dos traços mais persistentes e autoritários de nossa cultura: legisla-se sempre, e, cada vez mais, sobre o imaginável e o inimaginável, como se a regra do Estado apuse-se aos assuntos uma espécie de selo de qualidade".<sup>18</sup>

Disse "patológico pendor nacional"? *Patológico*, sim, sempre. *Nacional*, nem tanto. Ou, pelo menos, *não só nacional*. Pode-nos servir de consolo ou de alívio ao sentimento de auto-estima saber que do mesmo mal se queixa

também fora do Brasil. E não apenas juristas. Muito explicável, de resto, pois não somos os únicos a experimentar as perturbações provocadas pelo fenômeno. Dir-se-á até que os juristas temos como melhor nos proteger da incontinência legislativa. Em entrevista sobre temas variados, o cientista Reinhard Kurth, que dirige o Instituto Robert Koch, em Berlim - uma organização no ramo das doenças infecciosas -, perguntado o que faria em primeiro lugar, se lhe fosse dado governar por um dia a Alemanha, respondeu:

"Uma lei contra a fúria regulamentatória".<sup>19</sup>

Os custos da contínua e crescente usurpação de nossa liberdade de auto-regramento por parte do Estado são múltiplos e elevados. Ela começa por nos desqualificar como sujeitos. Depois "alimenta a infantilização das pessoas individualmente consideradas e a castração da sociedade civil. É como se umas e outra fossem incapazes de adotar, por si mesmas, regras de convivência e de composição dos seus interesses. E, portanto, devessem estar sob a permanente tutela de uma super organização, o Estado, supostamente tão sábio, arguto, sensível e prudente, que lhes devesse ditar até mesmo como viver uma experiência amorosa. Na verdade, o casamento ou qualquer outra forma de associação íntima entre pessoas só interessa ao Estado sob dois estritos aspectos: a proteção dos filhos menores e a adequada liquidação de um eventual patrimônio promíscuo que se tenha formado. E, quanto a isso, seja dito de passagem em favor de nossos tribunais, as questões suscitadas pelo concubinato vinham encontrando soluções armadas com habilidade, imaginação e arte. Tudo o mais, isto é, fora as questões de menores e divisão de patrimônio, depende antes das pessoas em cada caso envolvidas. Mais precisamente de seus sonhos, de seus gostos, de suas inclinações e até mesmo de seus caprichos e idiosincrasias. Para resumir: o par que opta por não se casar (podendo fazê-lo gratuitamente quantas vezes queira) e escolhe outra forma de união, o faz porque, definitivamente, não se quer pôr sob o regime que a lei estabelece. Portanto, haveria que deixá-lo em paz, vivendo seu próprio e personalíssimo projeto de vida amorosa. Mas nas estruturas autoritárias de poder isso é impensável: há que regulamentar, regulamentar, regulamentar. Na hipótese concreta, o delírio normativista do Estado traduz-se, por assim dizer, em casar *ex officio* quem não quis casar *motu proprio*. Ou seja, submeter compulsoriamente ao regime legal do casamento, tanto quanto possível, aqueles que deliberadamente fizeram a opção pelo não casamento. Tanto a Lei n° 8.971, de 29 de dezembro de 1994", quanto a mais recente "Lei n° 9.278, de 10 de maio de 1996 aplicaram o quanto puderam de casamento a todas as formas de convivência".<sup>20</sup>

A intervenção na esfera da privacidade amorosa chegou a tal ponto que um diário abriu espaço para que se questionasse "se ainda faz sentido celebrar o dia dos namorados, já que, em rigor, até mesmo esta instituição, a um

só tempo, natural, alegre, espontânea, saudável e indescritível, que é o namoro, parece ter-se convertido em modal idade de casamento".<sup>21</sup>

Nos Estados Unidos, galanteio virou assédio sexual, enquanto no Brasil namorar cria direitos e deveres de estado. Tristes tempos estes em que o mundo vai perdendo o sentido do lúdico, a descontração se torna suspeita, a responsabilidade civil mora em cada esquina e o convívio humano é antes uma usina de riscos do que uma fonte de prazer....

Impõe-se compreender que a produção do direito não é monopólio do Estado.

"O que, sim, é monopólio do Estado é a imposição do direito pela força. De resto, quanto mais evoluída é uma sociedade, tanto menos carece ela do emprego da violência para ver cumpridas suas regras. Retornando à questão fundamental: o direito é um produto cultural da vida em sociedade. Há mesmo um aforismo latino que expressa essa verdade de forma sintética e elegante: *ubi societas, ibi jus*, ou seja, onde está a sociedade, aí está também o direito. A razão é simples: nenhuma sociedade, por mais elementar e primitiva que seja, consegue sobreviver sem regras de conduta. Portanto, é um erro primário supor que as pessoas que mantinham entre si uma convivência amorosa à margem do casamento civil vivessem sob regime de completa anomia. Não viviam. Só que suas regras tinham isto de particular, que as fazia especialmente adequadas: eram o produto do consentimento único e irrepetível dos parceiros. Uma roupa sob medida, malcomparando, em vez de uma roupa adquirida pronta. E assim como tais regras eram feitas por eles, por eles eram permanentemente refeitas, revigoradas, alteradas ou revogadas. Sem maiores formalidades ou qualquer burocracia. O que acontecia, por exemplo, quando um relacionamento entre companheiros, por qualquer motivo, não mais lhes convinha ou não convinha a qualquer um deles? Separavam-se, simplesmente. Cada um tomava seu rumo. Ciao e *bença*. Agora não: o relacionamento deve ser objeto de rescisão, um conceito nada pacífico em direito. Há mesmo quem afirme que *rescisão* supõe culpa. A ser assim, já não se pode separar só porque a *affectio maritalis* chegou ao fim. Ou pela simples convicção íntima de que a união perdeu sentido. Há nisso tudo um grande paradoxo: a coexistência de expressões convencionais distintas, uma característica das sociedades pluralistas e dessacralizadas, resulta negada na prática, quando todas elas se submetem às mesmas regras. Quem, podendo casar, prefere a união livre, deveria ter o direito de viver segundo suas próprias regras e não segundo aquelas que deliberadamente rejeitou. Mas, se é verdade, que tudo na vida tem seu lado bom, o desta política parece estar em melhorar o já próspero mercado dos advogados, dos cartórios e dos despachantes... A Folha de S. Paulo do dia 11 de agosto de 1.996 noticiava que um só advogado, do Rio de Janeiro, já tinha sido procurado por 350 pessoas, intranquílias com as conseqüências da Lei nº 9.278, [então] recém-editadas, sobre suas vidas".<sup>22</sup>



Assinalo como ilusória e perversa a euforia que tomou conta de uma parte da doutrina e dos tribunais brasileiros com respeito aos progressos da biologia genética e sua aplicação para determinar a paternidade. Falo - sabem todos - do DNA.

No século XVII, com a obra de Grotius (1583-1645), Pufendorf (1632-1694) e outros, floresceu na Europa uma vertente do pensamento jusnaturalista que alimentou a pretensão tão ambiciosa quanto irrealizável de estabelecer *more geometrico*- isto é, observados os princípios da Matemática - as leis ideais da convivência social. Seu exercício intelectual deu no único resultado que podia dar: o mais consumado fracasso. O sujeito das relações jurídicas não é um puro produto da razão, senão um ser histórico e cultural, enraizado no seu tempo e no seu espaço.

Não posso senão imaginar uma comunhão de origem e propósitos entre aquele colapso do bom senso e o glamorizado controle da paternidade pelo DNA. O desprezo da misteriosa e complexa realidade antropológica do homem, assim como produziu o teratológico jusnaturalismo de base racionalista, ameaça substituir ao sentido cultural e axiológico da relação entre pais e filhos uma tecnicista paternidade biogenética.

"A consangüinidade tem, de fato e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança".<sup>23</sup>

Repetirei aqui o que tenho dito tantas vezes:

"A verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen".<sup>24</sup>

Ao Código Civil só se deve render homenagem pelo tratamento que deu ao tema, acolhendo a regra *pater is est quem nuptiae demonstrant* e levando-a, com determinação e conseqüência, ao ponto de mantê-la até mesmo ante o adultério confesso da mulher (cf. artigo 343). Fica evidente que a exclusão da regra, quando ocorre, tem fundamento último no juízo personalíssimo do marido - ato soberano de liberdade - e não em imposição de determinismos biológicos. A regra *pater is est constitui*, pois, na verdade, o triunfo da vontade sobre a causalidade física. O marido que exercita a ação negatória de paternidade não está, na lógica da lei, demonstrando, primariamente, a impossibilidade de ter gerado. Esta impossibilidade é apenas o pressuposto para que se possa ajuizar a ação. O que, no fundo, aos olhos da lei o marido revela, deduzindo sua pretensão em juízo, é a insuportabilidade de uma situação para a qual materialmente não concorreu. Ora, o juízo de insuportabilidade não é nada menos do que o termo de um processo anímico e, portanto, produto da liberdade pessoal. Ninguém, senão o próprio marido, pode dar-lhe a conseqüência jurídica gravíssima de excluir uma

paternidade, que a lei presume em razão dos vínculos que o ligam à sua mulher. Assim como pode, só ele, fazer sua uma paternidade que não tem apoio na causalidade biológica e afirmar, por esse modo, a transcendência do espírito sobre a matéria.

Não são muitos, hoje, os que entendem a construção axiológica do Código Civil. Ela se tornou, subitamente, adiantada demais para um tempo em que a aceleração da ciência faz esquecer que o destino do homem não está ligado ao conhecimento que detém sobre a natureza, mas ao uso que faz de sua liberdade. Quando abdica da liberdade, o homem assume com a ciência uma relação que, sendo mítica, e não crítica, acaba conduzindo à superstição e favorecendo o obscurantismo. É a superstição da ciência que alimenta a idéia de uma paternidade fundada na herança genética.

Não há dúvida de que é bem cômodo pedir a uma seqüência de reações químicas que nos aponte quem é pai ou quem é mãe. Muito menos complexo e inseguro, decerto, que situar a questão em termos de amor, serviço, devotamento. Estes componentes escapam à leitura e à mensuração objetivas. Não cabem nas análises laboratoriais. Nem *há software* que os controle. Também aqui - está se vendo -, o conflito é um embate entre segurança e liberdade. Preferir a primeira à segunda é preferir o caminho confortável da sujeição. A paternidade pelo DNA - não há dúvida - é uma paternidade de sujeição.

O velho Código Civil continua, pois, dando uma lição de jovialidade e frescor: "já em 1.916 muito mais moderno e avançado do que os arrogantes anúncios de laboratórios que hoje prometem determinar a paternidade pelo DNA.... Determinam, se tanto, uma relação de causalidade genética. Mas a paternidade é muito mais do que isso".<sup>25</sup>

O que nos faz a nós - e especialmente o que nos faz nas relações de família - é a nossa capacidade de dar e receber amor. Não a matéria de que nossos corpos são feitos ou o sangue que por ela circula. Foi precisamente quando punha a nu os equívocos na família assentada na consangüinidade que David Cooper deixou escapar uma afirmação forte, dura mesmo - direi - mas, quem sabe, tornada necessária pelos equívocos que culminariam *na cultura do DNA*. "O sangue" - disse Cooper - "é mais espesso do que a água apenas porque se constitui na corrente energizadora de uma certa estupidez social".<sup>26</sup>

Chamei de *guloso* o direito de família. De que outra forma poderia qualificar a tendência de reconduzir às varas de família questões que de família nada têm? A liquidação de um patrimônio comum entre conviventes, em que não estejam envolvidos incapazes, nada tem de específico que imponha o especial apetrechamento do juízo de família. Trata-se de pura questão patrimonial para cuja solução é mesmo de se supor que estejam mais bem aparelhadas as varas cíveis comuns, às quais deve ser levada. Isto, claro, quando não a possam resolver extrajudicialmente os próprios sócios ou condôminos. Condôminos, sim,

pois que a liquidação de uma sociedade de fato não passa de uma dissolução de condomínio.

A Justiça de Família, tal qual a própria família, só pode ganhar em concentrar-se no que constitui o seu fazer específico. Se MacIver pôde dizer, com luminoso acerto, que a família, abdicando sucessivamente de outras funções, acabou por encontrar a sua mesma, não há erro em antecipar que a aplicação das varas de família às questões de seu específico interesse institucional importará em tratamento mais adequado dos problemas submetidos à sua jurisdição.

Competindo ao juiz sempre ouvir as partes com atenção e equanimidade, situações há, contudo, em que este dever assume um caráter de todo fundamental para a sorte dos feitos e a crença no poder da Justiça. Elas estão implicadas sempre que o processo envolve a privação da liberdade ou a restrição ao convívio - perdas que cortam na alma, ainda quando deixam intacto o patrimônio. A crise do processo penal e a crise do processo de família são, sobretudo, uma crise de escuta. O acusado quer ser ouvido. E não só sobre as circunstâncias próximas da conduta incriminada, sendo certo que seu eventual desvio de comportamento não o faz perder o direito à interlocução. As crianças e os adolescentes, cujos conflitos os tenham levado à presença do juiz, têm o sagrado direito de encontrar na pessoa do magistrado o pai ou a mãe que não puderam ter ou que, se tiveram, não souberam ou não puderam bem exercer as suas funções. Ora, ser pai ou ser mãe é, em larga medida, saber ouvir. Finalmente, quanto aos cônjuges desavindos: se há algum sentido em que compareçam perante a autoridade judiciária, só pode ser o de que nela identifiquem os ouvidos atentos da empatia e a voz serena do bom conselho.

Como se chegar, porém, a esse ideal de escuta e de expressão, se o magistrado não dispõe de tempo, porque os autos se empilham sobre sua mesa e as partes se acotovelam na ante-sala das audiências?

Não serve, pois, à Justiça de Família uma política expansionista. De resto, também nisto vale o símile da gula: o guloso é basicamente alguém que perdeu o sentido do gosto e que, portanto, sacrifica o bom em favor do muito, vale dizer, sobrepõe a quantidade à qual idade.

Senhoras e Senhores:

O grande movimento que Sir Henry Maine descreveu no seu clássico *Ancient Law* como a passagem de uma ordem fundada no regulamento para uma ordem fundada no contrato, e que caracteriza a transformação das sociedades que evoluem<sup>27</sup>, encontraria, um século depois, em Michel Vasseur, curiosa e feliz replicação. Para Vasseur, assistimos hoje ao deslocamento progressivo de uma sociedade fundada no unilateral imposto para uma sociedade que se inspira no bilateral negociado.<sup>28</sup>

Quem fala bilateral negociado, fala em espaço para a expressão das individualidades e, portanto, em recuo dos atos de autoridade. E em "Direito de

Família" quero ver o direito que se impõe à família e não o direito que a família se autoconfere, e, se na família está o dinamismo criador de nossos sonhos, diria que a aplicação das geniais formulações de Maine e Vasseur está em diminuir o coeficiente de direito - leia-se: de autoridade, invasão e arbítrio - e elevar o de família - leia-se: de liberdade e de criação. Se assim for, penso que continuará sendo uma santa receita que ao homem (assim como à mulher) não é bom viver só.

### NOTAS

1. ROBERT, Paul. Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française. 20. ed., Paris: Dictionnaire Le Robert, 1975, réfraction.
2. Refiro-me à religião, aqui, enquanto organismos assemblear ou eclesiástico, não no sentido de experiência interior da divindade.
3. BURGESS Ernest & LOCKE, Harvey J. The Family: From Institution to Companionship. New York: American Book, 1945©.
4. AUGUSTINUS, Aurelius. Opera Omnia, De Genesid Litteram 9, 7, 12. In: MIGNE, J.-P. (acc.). Patrologia Latina. T. 34, Parisiis: Migne, 1.865, p. 397.
5. Cf. DOMS, Herbert. Vom Sinn und Zweck der Ehe. Breslau: Ostdeutsche Verlagsanstalt, 1935; HILDEBRAND, Dietrich. Die Ehe. München: Ars Sacra, 1 929; KREMPEL, Bernhardin. Die Zweckfrage der Ehe in neuer Beleuchtung. Einsiedeln - Zürich - Köln: Benziger, 1941. Já bem antes, Koch, então professor em Tübingen, admitindo que, embora a comunhão natural de sexo, com vistas à procriação e à disciplina da concupiscência, constituísse também fim do casamento, considerava como sua finalidade "suprema" ou "principal" a "indivisa comunidade de vida entre homem e mulher": KOCH, Anton. Lehrbuch der Moraltheologie. 3. Aufl., Freiburg i. Br.: Herdersche Verlagshandlung, 1910, S. 632.
6. A sexualidade estava tão fortemente limitada à procriação no pensamento teológico que somente no século XIV e início do século XV se teria começado a admitir como amplamente legítima a cópula entre o marido e sua mulher. Observa Otto que esta mudança de paradigma se explicita claramente no tratamento da questão que se punha de se saber se a relação sexual poderia ocorrer, estando a mulher menstruada. Johannes Gerson (1363-1429), um dos mais importantes teólogos da Baixa Idade Média, iria sustentar a legitimidade do sexo sem prole com base nos riscos de que a satisfação fosse buscada fora do casamento. Parece, portanto, que, no fundo, subsistia a antiga visão negativista, a mesma que levaria Giovanni di Fidenza (1221-1274), na vida eclesiástica chamado Bonaventura, a descrever a libido como lapsus nature, nada menos do que uma doença que se curava com o casamento, o qual, por isso, era proposto como remedium contra libidinis morbum: cf. OTTO, Jochen. Zwang zur Ehe: Andreas Alciat (1492-1 SSO) und die klandestine Ehe. Darmstadt: Copy Shop, 1 987, S. 35-39.
7. La quête du bonheur. Esprit, Paris, sept. 1.978, p. 119.
8. Cf. a propósito: AIRÈS, Philippe. The Family and the City. Daedalus, Cambridge, Mass., Spring 1977, p. 227-235; BURGESS & LOCKE. Op. cit., passim; FRÖHNER, Rolf et alii. Familie und Ehe: Probleme in den deutschen Familien der Gegenwart. Bielefeld: Stackelberg, 1956, passim;

- MACKENROTH, Gerhard. *Bevölkerungslehre: Theorie, Soziologie und Statistik der Bevölkerung*. Berlin: Springer-Verl., 1.953, S. 361 et seq.; MICHEL, Andrée. *Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines*. Archives de philosophie du droit, Paris, t. 20, 1.975, p. 131;
- MITTERAUER, Michael & SIEDER, Reinhard. *Vom Pátriarchat zur Partnerschaft: Zum Strkturwandel der Familie*. München: Beck, 1977, passim; SCHELKY, Helmut. *Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart*. 3. Aufl., Stuttgart: Enke, 1955, passim; WEIL, Norman. *Die Ehe in der Industriegesellschaft*. /n: WEIL, Norman et alü. *Zum Thema Ehescheidung*. Stuttgart: KBW, 1 970©, S. 12 etseq.; WURZBACHER, Gerhard. *Leitbildergegenwärtigen deutschen Familienlebens*. 2. Aufl., Stuttgart: Enke, 1 954, S. 115 etseq. Vista à transformação da família por outros ângulos; fala-se também em "processo de desinstitucionalização" (De-Institutionalisierungsproze(3) e em "processo de individualização" (Individualisierungsproze (3): cf. NAVE-HERZ, Rosemarie. *Familie heute*. Darmstadt: Wissenschaftl. Buchgesellschaft, 1994 ©, S. 3.
9. MACIVER, R. M. *The Elements of Social Science*. 9. Ed., rev., London: Methuen, 1949, p. 154.
10. *Materialien zur Soziologie der Familie*. Bern: Francke, 1946, S. 79.
11. Cf. CORRERA, Michele M. & MARTUCCI, Pierpaolo. *La violenza nella famiglia: La sindrome del bambino maltrattato*. Padova: CEDAM, 1 988, p. 11-13.
12. Cf. *Marriage*. Harmondsworth - Baltimore - Ringwood: Penguin Books, 1971, p. 211.
13. *Estórias Abensonhadas: Contos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 31 .
14. *Le démariage: Justice et vie privée*. Paris: Éd. Odile Jacob, 1995, p. 331 .
15. Cf. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Ed. di Comunità, 1977 ©, passim, especialmente p. 13-121.
- 1 6. Sobre uma e outra limitação da autonomia dos nubentes e cônjuges cf.: VILLELA, João Baptista. *La contrainte comme forme de violence dans l'organisation juridique de la famille*. Belo Horizonte: ed. A., 1 977, p. 5-7; VILLELA, João Baptista. *Natureza do Regime de Participação Final nos Aqüestos e Fins do Casamento*. Belo Horizonte: ed. A., 1977, p. 15-18; VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Belo Horizonte: Fac. Direito UFMG, 1 980, p. 33-36; VILLELA, João Baptista. *Liberdade "versus" Autoridade no Estatuto Patrimonial do Casamento*. Belo Horizonte: ed. 'A., 1984, passim; VILLELA, João Baptista. *Regime de Bens no Casamento: Revogabilidade e Segurança de Terceiros*. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Estudos de Direito Brasileiro e Alemão/Studien zum brasilianischen und deutschen Recht*. Porto Alegre, 1985, passim; VILLELA, João Baptista. *O Direito de Família no Senado: Emendas ao Projeto de Código Civil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1 985, p. 28-31 . Quanto à intervenção corretiva da jurisprudência e da Lei n° 6.515, de 26 de dezembro de 1.977, no caso de regime obrigatório de separação por força da idade, cf. VILLELA, João Baptista. *Die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten im brasilianischen Recht*. In: SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Erbfolge, Güterrecht und Steuer in deutsch-brasilianischen Fällen*. Frankfurt a.M. - Bern - New York: Peter Lang, 1.986, S. 5-6.
17. Para uma crítica mais circunstanciada da Lei n° 8.560, de 29 de dezembro de 1992, cf. VILLELA, João Baptista. *O Reconhecimento da Paternidade entre o Pós-Moderno e o Arcaico: Primeiras Observações sobre a Lei n° 8.560/92*. Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, n° 04/93, 2. quinz. fev. 1993, cad. 3:76-71 .

18. VILLELA, João Baptista. Família Hoje. In: BARRETTO, Vicente (org.). A Nova Família: Problemas e Perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 80.
19. Fragebogen. Die Woche, Hamburg, Nr. 16, 11. Apr. 1 997, S. 40.
20. VILLELA. Família Hoje..., cit., p. 80-81 . O trecho transcrito contém ligeira alteração relativamente ao original indicado.
21. VILLELA. Família Hoje..., cit., p. 81-82.
22. VILLELA. Família Hoje..., cit., p. 82-83. 23. VILLELA. Família Hoje..., cit., p. 85.
24. VILLELA. Família Hoje..., cit., p. 85.
25. VILLELA. Família Hoje..., cit., p. 86. Para um tratamento mais analítico do pensamento não biológico da paternidade cf. VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. Revista da Faculdade de Direito (da) Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, a. 27 (n.f.), n. 21 , maio 1 979: 401/419.
26. The Death of the Family. London: The Penguin Press, 1.971, p. 30.
27. Cf. MAINE, Henry Sumner. Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas. New York: Scribner, 1 870, p. 164-165.
28. Cf. VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: Les aspects juridiques de l'économie concertée e t contractuelle. Revue trimestrielle de droit civil, Paris, janv.-mars 1.964:5-48.

**(in “Nova Realidade do Direito de Família”, Coordenação Científica Sérgio Couto, Rio de Janeiro: COAD, Tomo 2, SC Editora Jurídica, 1999, p. 52/59)**