

(Re)pensando a filiação: uma contribuição do pragmatismo ao direito civil

Taciana Cahu Beltrão¹

Resumo: O direito civil vem enfrentamento a necessidade de revisitar velhos conceitos, a exemplo do conceito de família e filiação. Tal necessidade surge diante da pluralidade de anseios sociais que repercutem inevitavelmente no direito. Esta realidade provoca a constatação da defasagem existente, muitas vezes, entre o direito e a sociedade, exigindo um posicionamento judicial. Observa-se neste trabalho, a partir de uma abordagem pragmática, que a filiação não advém de uma verdade ontológica, mas que é um dado cultural.

Palavras-chaves: Filiação. Família. Pragmatismo.

Resumen: El derecho civil ha enfrentado la necesidad de revisitar viejos conceptos, ejemplo del concepto de familia y filiación. Tal necesidad surge delante de la pluralidad de preocupaciones sociales que reverberan inevitablemente en el derecho. Esta realidad provoca la constatación de la discrepancia existente, muchas veces, entre el derecho y la sociedad, exigiendo un posicionamiento judicial. Observase en ese trabajo, a partir de un abordaje pragmático, que la filiación adviene no de una verdad ontológica, sino que es un dato cultural.

Palabras-Clave: Filiación. Familia. Pragmatismo.

INTRODUÇÃO

Visamos com o presente artigo trazer a tona algumas reflexões em torno do afeto como elo fundador da relação filial, além de discutir, frente este tema, o papel atribuído e desempenhado muitas vezes pelos juízes: de meros aplicadores do direito – numa perspectiva legalista – em direção à visão da prática criadora do direito na atividade jurisdicional.

Ao nos determos na função criadora do direito, observamos a importância dos princípios constitucionais como mecanismos de abertura do ordenamento jurídico à realidade social quando do ato interpretativo

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (1997). É especialista em Direito Civil pela UFPE, mestre em Direito Privado também pela UFPE e doutoranda em Direito Privado pela Université Montesquieu Bordeaux IV (Bordeaux - França). Em seu mestrado procurou investigar acerca da Reprodução Assistida no contexto da família monoparental. Tem experiência no ensino do Direito Civil. Atualmente é Professora da Associação Caruaruense de Ensino Superior (ASCES)

do juiz, constituindo uma dialética que permite diminuir uma possível defasagem entre a cultura/valores e o seu correspondente tratamento normativo. Mas como “aplicar” um princípio, que é uma norma sem conteúdo pré-estabelecido? Um exemplo a ser analisado é o da construção teórica e judicial da filiação norteada pela ideia de afeto, o que tem alterado significativamente o conceito de família tradicional face às novas relações que nascem do seio social. Portanto, trataremos da filiação no campo constitucional, a partir do processo de sua constitucionalização e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também do afeto como elemento preponderante para sua caracterização no âmbito jurídico.

1. A FILIAÇÃO À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

O Código Civil de 2002 em compasso com a Constituição de 1988 aboliu qualquer forma de discriminação entre os filhos. Não se permite mais falar em filho legítimo e ilegítimo porquanto prevalece a igualdade de direitos entre os filhos, inclusive no plano do direito sucessório.

Além da igualdade de direitos, aos filhos foi conferida uma condição de proteção integral, diferentemente do que ocorria sob o estatuto civil de 1916, no qual o filho participava de uma relação de sobreposição dos interesses do *pater familias* frente a seus interesses, ao ponto de se falar em pátrio-poder cujo detentor era o pai, em colaboração com a mãe. “As crianças são agora definidas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direitos”. (Lôbo, 2010: 12)

Os menores, com a constituição do Estado Social (Ferrajoli, 2004: 1124), passaram a gozar de proteção especial do Estado, da família e da sociedade, estando seus interesses em posição de preferência frente aos demais sujeitos. De modo que a criança passou a ser alvo de proteção especial em face de estar ainda em estágio de desenvolvimento, cuja personalidade psicossocial se encontra em formação. (Sá e Teixeira: 2005: 36)

Esta atenção especial reservada à prole em desenvolvimento foi

constitucionalizada por meio da Doutrina da Proteção Integral, pautada nos princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável. Esta doutrina implica no reconhecimento do “tratamento dos menores de forma diferenciada, por não terem ainda, sua personalidade formada e, por conseguinte, não serem capazes de exercer a plenitude da liberdade com responsabilidade”. (Sá e Teixeira: 2005: 36) A este respeito acrescenta que:

[...] diante da mudança do vértice hermenêutico ditada pela Constituição Federal, a filiação ganhou especial relevo, pois foi fundamental para determinar o exercício da autoridade parental e, portanto, a experiência do “ser filho”, é essencial para a edificação da personalidade. Afinal, é a partir deste primeiro relacionamento no seio da família, que o menor receberá as primeiras noções da sua vida e, inclusive, a primeira experiência de cidadania, de inclusão nos laços familiares, de convivência familiar e comunitária. (Sá e Teixeira: 2005: 37)

A doutrina da proteção integral vem preconizada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança² de 1989, adotada pela Assembléia das Nações Unidas e internalizada pelo direito brasileiro com força de lei por meio do Decreto Legislativo nº 28 de 24-9-1990 e do Decreto Executivo nº 99.710 de 21-11-1990. Esta Convenção, segundo Lôbo, “preconiza a proteção especial da criança mediante o princípio do melhor interesse, em suas dimensões pessoais”. (Lôbo, 2010: 13)

Atualmente, em razão do reconhecimento da família como um ambiente de igualdade, liberdade e cooperação, a figura do pátrio-poder foi substituída pela autoridade parental, exercida pelo pai e pela mãe, conjuntamente, em prol do melhor interesse da criança. De modo que o direito ao estado de filiação e à convivência familiar passaram a ser considerados direitos fundamentais da criança, uma vez que são fundantes “para que o sujeito possa se estruturar biopsiquicamente”. (Sá

*Professora de Direito Civil. Mestre em Direito pela UFPE. Doutoranda em Direito Civil pela Université Montesquieu Bordeaux IV – França.

* Doutorando em Direito pela Universidad de Buenos Aires – UBA, doutorando em Filosofia pela Universidad Católica Argentina – UCA, Mestre em Filosofia pela UFPE. Professor da UBA. Professor e bolsista da Faculdade ASCES.

² A Convenção define como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade.

e Teixeira: 2005: 39)

Conforme demonstrado, a família definida sob os moldes do Código Civil de 1916 era patriarcal e patrimonial e decorria exclusivamente do matrimônio. Nessa época o direito civil e especialmente o direito de família sofriam a influência do liberalismo, tendo a propriedade absoluta como seu principal corolário. Daí porque o direito de família servia aos interesses patrimoniais da família, relegando a pessoa humana ao segundo plano.³

O conceito de família no direito romano, que influenciou a doutrina civilista ocidental, esteve ligado à idéia de propriedade, sendo utilizado como sinônimo de patrimônio, incluindo não apenas os descendentes e o cônjuge, como também os escravos pertencentes ao *pater familias*. (Colanges, 2007: 44) Posteriormente o vocábulo passou a designar o conjunto de pessoas submetidas ao chefe da família.

O Código Civil de 1916 reconhecia apenas a família decorrente do matrimônio, muito embora, a história, a sociologia e a antropologia demonstrem a existência de relações extramatrimoniais, as quais se desenvolviam à margem de um reconhecimento legal. O estatuto civil representava, portanto, os interesses de uma elite aristocrática dominante, influenciada pelos dogmas da Igreja Católica, que compreendia o matrimônio como um sacramento. De maneira que apenas à união decorrente do matrimônio se conferia a qualidade de família. A este respeito Pereira acrescenta que:

[...] é interessante observar que o estudo da família, em direito, esteve sempre estritamente ligado ao casamento, que a tornava legítima ou ilegítima, segundo os vínculos da oficialidade dados pelo Estado, ou mesmo pela religião.

³ Gilberto Freyre talvez possa ser considerado um dos primeiros estudiosos no Brasil que se debruçou sobre a questão da família monoparental ainda que este título bem como tal situação jurídica fosse algo excepcional exigir-se para a época. Este pensador abordou com ineditismo a realidade brasileira, trazendo, por exemplo, a crítica ao bacharelismo quando faz uma defesa incipiente de uma Sociologia do Direito ao criticar o ensino ensimesmado nas Faculdades de Direito dos - na expressão cara ao autor - Senhores Doutores Acadêmicos. A análise freyreana no tocante ao direito de família, se pudermos assim denominar, ainda que tal não fosse a pretensão do autor, traz na seminovela Dona Sinhá e o filho padre resultados de uma percuciente investigação própria do estilo pioneiro freyreano de voltar-se sobre os aspectos sem significados aparentes da cultura brasileira e nordestina. No caso a temática que serve de contributo à discussão do pátrio poder, monoparentalidade, homossexualismo é as relações entre o personagem José Maria e a sociedade patriarcal da época. (Cf. Freyre, 2000) (Quintas, 2008, 103 ss.)

(Pereira, 2003: 6)

Os filhos ilegítimos frutos de relações extramatrimoniais eram educados e criados à margem da legislação, sem qualquer tutela jurídica. De modo que as mães os criavam sozinhas, numa situação semelhante ao que hoje observamos na denominada família monoparental, definida com aquela “integrada por um dos pais e seus filhos menores”. (Lôbo, 2010: 66)

O Código Civil de 1916, portanto, dada a sua natureza patriarcal e patrimonial, tantas vezes já citada alhures, reconhecia tão somente a família matrimonializada, deixando à margem da lei as relações decorrentes da filiação extramatrimonial. Os filhos fruto dessas relações matrimoniais eram considerados ilegítimos, não recebendo o devido reconhecimento jurídico, não gozando dos direitos conferidos aos filhos advindos do casamento.

Nessa época atribuía-se à família uma função diferente da atual. De uma família de função econômica, voltada para a manutenção e proteção do patrimônio, observa-se atualmente uma função voltada para o indivíduo, a pessoa, e seu pleno bem-estar psicossocial, característica do processo de repersonalização do direito civil. A este respeito Vilela acrescenta que:

Não se pode teorizar sobre a família na sociedade contemporânea sem ter em conta as profundas transformações por que passou a instituição, a ponto de só guardar remota identidade com seus antecedentes históricos. A substituição, de um lado, da grande família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho, operada nos séculos XIX e XX, mas sobretudo o aprofundamento afetivo no interior dos grupos deram-lhe um novo rosto. De unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade. (Vilella, 1980: 11)

Atualmente, observamos o surgimento de diversos novos modelos familiares, os quais surgiram por diversas razões, dentre elas, destacamos o declínio da ideia do casamento como vínculo indissolúvel e a consequente aceitação do divórcio (Singly, 2007: 9), bem como o maior controle da natalidade, a inserção intensiva da mulher no mercado de

trabalho, as mudanças ocorridas na esfera da sexualidade.

Essas mutações sociais no contexto da família contemporânea (Therborn, 2006: 109) foram acompanhadas pela Constituição Federal de 1988 com o reconhecimento da pluralidade das entidades familiares, todas caracterizadas pelo ambiente de igualdade, liberdade, solidariedade e afetividade. Conferindo-se aos integrantes da entidade familiar, com a tutela constitucional da família, um direito público subjetivo atribuído não apenas contra os demais entes familiares e à sociedade, como também contra o próprio Estado. (Lôbo, 2010: 1) De modo que a concepção de família inscrita na Constituição de 1988 é a da “família funcionalizada à promoção da personalidade de seus membros”. (Sá e Teixeira, 2005: 28)

A partir da consagração da eficácia imediata dos princípios constitucionais na solução dos conflitos de direito de família, sob os cânones da democracia, da solidariedade, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o Direito passou a ter uma abertura para as mudanças e transformações sociais especialmente no seio da família, passando a reconhecê-la num sentido amplo, abrangendo não apenas aquela decorrente do casamento e da união estável, mas também de qualquer outra forma de comunhão de vida pautada no afeto e na solidariedade.

A família passa a ter um caráter de ambiente de valorização de cada um de seus membros, os quais passaram a ter mais autonomia e liberdade. (Sá e Teixeira, 2005: 29) Devendo, acima de tudo, ser instrumento de promoção do desenvolvimento e bem-estar sócio-psíquico de cada um de seus integrantes. A este respeito Villela acrescenta que a liberdade se reflete na autonomia, através da qual é possível concretizar, no direito privado, o destino social e familiar de cada pessoa, enquanto ser único e irrepetível. (Villela, 1994, 644)

A inserção de matérias de direito de família nas Constituições ocorreram precisamente a partir das Constituições sociais – de 1934 a 1988 – uma vez que as Constituições liberais (1824 e 1891) em nada

tutelaram o direito de família. A esse respeito Sá e Teixeira acrescentam que:

Em todas as constituições modernas, os princípios de Direito de Família mereceram abrigo, assinalando-se a preocupação do Estado com a proteção dos direitos e garantias das relações familiares. As declarações de direitos também consagraram tais princípios, posto ser a família o centro emocional de formação do homem. (Sá e Teixeira, 2005: 28)

Embora já a partir da Constituição de 1834 alguns dispositivos em matéria de direito de família já tenham sido inseridos no texto constitucional, as principais mudanças foram verificadas com a Constituição de 1988, que passou a reconhecer outras formas de constituição de família e não simplesmente a matrimonial, o que para alguns, a exemplo de Paulo Lôbo (2010: 56), conduziu o reconhecimento da pluralidade das entidades familiares e implicitamente o princípio da afetividade, que, por conseguinte, implicou na compreensão do processo de desbiologização da filiação, sobre a qual nos ateremos mais detidamente em tópicos ulteriores. Neste aspecto Tepedino esclarece que:

Revista Gênero & Direito
É a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização deve convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social. (Tepedino, 2004: 372)

O interesse da Carta Constitucional de 1988 pela família deve-se principalmente à consolidação do Estado Social (Lôbo, 2010: 4), voltado para a proteção da pessoa humana em todas as suas vertentes, atribuindo à família um “espaço de afetividade humana”, na expressão de Lôbo, contribuindo para a repersonalização das relações civis, atribuindo ao indivíduo o fim primordial do ordenamento jurídico, “num processo de individualização das relações familiares”. (Singly, 2009: 11) Individualização esta não no sentido dado pelo liberalismo, mas no sentido de autonomia individual e pertencimento familiar, conforme leciona Singly em seu estudo sobre a sociologia da família contemporânea. Senão vejamos.

A família se torna mais do que nunca relacional, ainda que inscrita num processo de individualização e autonomização de seus membros. O individualismo não é aqui percebido negativamente, mas como uma forma contemporânea de criar laços sociais, que não mais se restringem ao papéis e lugares anteriormente definidos pela família. Ou seja, a família muda de estatuto ao se tornar um espaço relacional mais do que uma instituição. (Singly, 2009: 16)

Em razão dos princípios constitucionais da democracia, da liberdade e da dignidade da pessoa humana o Estado não poderá limitar os tipos de família existentes na sociedade, uma vez que esta se constrói em decorrência de fatores sócio-culturais, devendo o Direito acompanhar as alterações e transformações sociais.

De modo que em nível constitucional observamos o reconhecimento explícito de certos modelos familiares, decorrentes do casamento, da união estável e da monoparentalidade, sem nenhum impedimento no sentido de que sejam reconhecidas outras entidades familiares, desde que presentes os seus elementos constitutivos, quais seja, a afetividade, a ostensibilidade e a estabilidade, conforme lição de Lôbo (2010: 66).

Sá e Teixeira acrescentam outros requisitos para a constituição da família, quais sejam, a reciprocidade, que se traduz na necessidade da percepção do outro para a formação de uma família bem como a instrumentalização do núcleo familiar à estruturação para a formação biopsíquica dos seus membros enquanto sujeitos. (Sá e Teixeira, 2005: 34)

O entendimento doutrinário predominante atualmente é de que o elenco constitucional das entidades familiares não é *numerus clausus*. Não havendo impedimento para o legislador e o aplicador do direito extrair da sociedade novas formas de constituição da família. Para tal faz-se imprescindível reconhecer na família um ambiente de afeto, igualdade, solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana. A afetividade apresenta-se, portanto, como elemento fundamental para a caracterização da família. (Lôbo, 2010: 56)

O elenco exemplificado das entidades familiares, constante da

Constituição Federal de 1988, vem a “permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas” (Lôbo, 2010: 6), haja vista que atualmente tem-se o reconhecimento de que a família é uma construção cultural, não cabendo ao direito limitar o reconhecimento das famílias a modelos preconcebidos, apartando-se da natural transformação e diversidade social. Na verdade, cabe ao direito instituir mecanismos a fim de permear suas normas dos novos anseios e identidades sócio-culturais.

A família, assim, tem a afetividade como seu principal pilar, representada pela relação pautada na solidariedade e na proteção do indivíduo, consagrado constitucionalmente pelo cânone da dignidade da pessoa humana. Portanto, o afeto passou a ser elemento determinante da filiação. Diferentemente do que observamos sob a regência do Código Civil de 1916, o qual definia a filiação em decorrência exclusivamente do vínculo biológico.

Atualmente o vínculo biológico vem perdendo a importância quando em conflito com o elemento afetividade, por meio do reconhecimento da filiação sócio-afetiva, o que comprova que o afeto é fator preponderante para a determinação não apenas do *status* de filho como também da própria família.⁴

O reconhecimento da filiação sócio-afetiva inaugura o processo de desbiologização da paternidade, tendo como objetivo o reconhecimento da família como ambiente de solidariedade, coordenação e comunhão de interesses de vida,⁵ em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, esta que tem na família um ambiente de construção da sua identidade sócio-psíquica. Desta forma para a solução dos conflitos que emergem das relações familiares, deve-se ter sempre como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade.

Essa nova caracterização que é trazida pela atual sistemática do

⁴ Lôbo, Paulo Luiz Netto. (2010). “Princípio jurídico da afetividade na filiação”. Página consultada em 14.01.2010, em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>.

⁵ Lôbo, ob. cit., p. 2.

direito de família acompanhada da pluralidade das entidades familiares reflete a diversidade cultural e social decorrentes, sobretudo, da pós-modernidade. Com efeito, observa-se uma mudança de paradigma em razão dos novos valores atribuídos à família. A família atual tem como fundamento valores distintos daqueles presentes quando da sua concepção sob os auspícios da codificação oitocentista. Repita-se, portanto, que a entidade familiar atual tem como pressuposto fundamental o afeto e a solidariedade e não mais interesses patriarcais e patrimoniais, bem como representa *locus* de realização da pessoa ⁶e de obtenção da felicidade.

De modo que o afeto constitui atualmente um valor constitucional atribuído à família, que se constrói na relação entre pais e filhos, fundamental para a constituição da relação de filiação. Na verdade o *affectio* passa a ser hoje a *ratio* única da filiação⁷. Segundo Lôbo, o princípio da afetividade tem fundamento constitucional, não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico⁸. A este respeito Vilela alerta que:

[...] pensar que a paternidade possa estar no coincidir de seqüências genéticas constitui, definitivamente, melancólica capitulação da racionalidade crítica neste contraditório fim-de-século. (Vilella, 1999: 121-142)

A importância da filiação sócio-afetiva ressalta-se na hipótese da reprodução artificial heteróloga - cuja característica implica no uso de material genético de terceiro - quando se atribui a paternidade a quem não é o doador do sêmen, mas sim ao beneficiário do projeto de reprodução assistida, numa prova de que o vínculo biológico é secundário atualmente no que tange a determinação da filiação. De modo que em compasso com a diversidade social e as novas subjetividades características da sociedade contemporânea, a Constituição Federal ao disciplinar em seu art. 226 as normas aplicáveis às entidades familiares

⁶ Lôbo, Paulo. (2010). “*Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.*” Página consultada em 14.01.2010, em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>.

⁷ Lôbo, Paulo. (2010). “*A Repersonalização das relações de família.*” Página consultada em 14.01.2009, em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>.

⁸ Lôbo, Paulo. (2010). “*Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.*” Página consultada em 14.01.2010, em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>.

deixa evidente o seu elenco meramente ilustrativo, conforme já explanado, permitindo assim que o direito acompanhe a diversidade social e as novas formas de subjetividades decorrentes do contexto familiar. A este Sá e Teixeira acrescentam que:

A Constituição Federal de 1988 apreendeu a nova ordem social e reconheceu, ainda que tardiamente, a necessidade de acompanhar a evolução social, diante da pluralidade de situações ocorridas pela mudança de pensamento da sociedade. Certo é que as pessoas vêm demonstrando que não mais pretendem ficar presas a amarras sociais e ao imperativo cultural de que a única forma de constituição da família é o casamento. O estigma do solteiro não mais incomoda as pessoas como outrora, e o roteiro cultural do casamento vem sendo frequentemente revisto. (Sá e Teixeira, 2005: 110)

Voltando o foco de nossa atenção para a problemática central do presente trabalho, e levando em consideração esta perspectiva anteriormente ventilada de reconhecimento da pluralidade das entidades familiares, poderíamos nos conduzir a indagações como essa: o Direito poderia proibir a constituição de uma família, por exemplo, de natureza monoparental mediante a doação do sêmen masculino? Como veremos adiante, uma resposta razoável às novas problemáticas que se impõem ao direito de família parece depender do enfoque adotado pelo teórico, pelo legislador e pelo juiz em suas atividades.

2. CONTRIBUIÇÃO DO PRAGMATISMO AO PROBLEMA DA FILIAÇÃO

Se buscarmos contribuições, quanto aos problemas que envolvem a filiação, de áreas do conhecimento não jurídicas, como a filosofia, talvez seja mais fácil enxergá-las em algumas correntes específicas, seja com o surgimento novos argumentos ou ainda com mecanismos que auxiliem diretamente a prática jurídica. São exemplos destas áreas, a retórica, a psicanálise e a fenomenologia. Neste trabalho, vamos nos referir ao aporte pragmático.⁹

⁹ A significação proposta pelo pragmatismo se liga intrinsecamente a uma contextualização da ideia com determinada situação prática. Nas palavras de Peirce o significado de uma idéia consiste nas suas conseqüências práticas, logo, saber o que um termo significa equivale a determinar isto. (Cf. PEIRCE,

Para o Pragmatismo, a verossimilitude de nossas intelecções está mais ligada às consequências práticas¹⁰ do que na natureza das coisas objetivamente consideradas¹¹. Este modo de ver a verdade desde um conjunto de efeitos práticos concebíveis inaugura o pragmatismo. Cornelis Wall, em sua obra intitulada “Sobre Pragmatismo”, define bem esse movimento:

O pragmatismo desenha uma conexão íntima entre teoria e prática, entre pensamento e ação. Em sua interpretação mais estreita, sustentada de maneira mais proeminente por Peirce, o pragmatismo é somente um critério de significação, que estipula ser o significado de qualquer conceito nada mais do que a soma total de suas conseqüências práticas concebíveis.[...] como os manuais de filosofia gostam de dizer, para o pragmatista uma coisa é verdadeira quando é vantajoso acreditar nela. (Wall, 2007: 18)

Desse modo, o método pragmático é útil para o jurista na medida em que este pode refletir sobre o direito que irá produzir desde um ponto de partida não meramente jurídico. As consequências sociais em sentido amplo (mas também relativas à política interna do judiciário, à relação entre os poderes, o cumprimento ou não de determinadas funções legais, etc.) passam a ter um papel primordial na decisão que será adotada. Isso nos leva ao problema de tomar como parâmetro princípios abertos como o princípio da dignidade da pessoa humana. Como tomar como ponto de partida algo que não está plenamente definido, e que não é dado como algo pronto a ser utilizado no ato interpretativo jurídico? A resposta está no próprio ato interpretativo prévio a decisão judicial, o ato que estabelece a base semântica que será seguida posteriormente. É o que faz

Charles Sanders. (2005). “*How to make our ideas clear.*” Página consultada em 17.05.2005, em <http://www.peirce.org/writings/p119.html>.)

¹⁰ “O senso comum revolta-se contra máxima (...) segundo a qual o fim justifica os meios. Não tomar conhecimento dos meios é apenas um expediente para deixar de notar aqueles fins, ou conseqüências, que, se fossem notados, seriam tidos como algo tão mau que a ação seria embargada. Sem dúvida, nada pode justificar ou condenar os meios, exceto os fins, os resultados. Mas temos de incluir as conseqüências imparcialmente. É séria insensatez agarrar-se a determinado fim único, ou conseqüência, do qual se gosta e permitir que a visão dele borre de percepção todas as outras conseqüências indesejadas e indesejáveis... Não é o fim – no singular – que justifica os meio; pois não existe tal coisa como o fim único e importantíssimo(...)Assim, a doutrina do fim isolado, completo ou fixo limita o exame inteligente, encoraja a insinceridade e põe um pseudo-rótulo de justificação moral no sucesso a qualquer preço.” (Dewey, 2002: 509)

¹¹ Sobre a verdade segundo o pragmatismo: “O seu único teste de verdade provável é o que trabalha melhor no sentido de conduzir-nos, o que se adapta melhor a cada parte da vida e combina com a coletividade dos reclamos da experiência, nada sendo omitido” (James, 2006: 60)

com que a moral (aquilo que é subjetivo) se conecte com a ética (o que é próprio à comunidade, e, portanto, em alguma medida exterior ao sujeito) e ao Direito (que é exterior, mas que interage com a moral interna e a ética). Esse ato político define o conteúdo, circunstancialmente, do princípio, com base nos diversos elementos jurídicos disponíveis (Lei, Constituição, jurisprudência, costumes jurídicos, etc.) e nos elementos sociais atuais e passados (a história, os valores, fatos, elementos culturais, ideal ou desejo de um povo, sentimentos expressos pelas partes, etc.). Esse ato de *prudentia*, segundo o pragmatismo, deve tomar como parâmetro as consequências, conferindo uma base para o julgar jurídico. Consequências que desrespeitem a dignidade da pessoa humana (que tratem o outro como objeto) segundo a perspectiva adotada aqui, não seriam condizentes com o pragmatismo jurídico, pois este leva em consideração a principiologia constitucional vigente e a proteção jurídica ao indivíduo.

Em resumo, a filiação não pode ser vista como fruto de uma verdade, por exemplo, como advinda de processos biológicos. Segundo o método pragmático, será produto de uma interpretação que considera vários elementos (sociais e jurídicos), e que toma como diretriz para avaliar as possíveis consequências da decisão jurídica a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÕES

O recurso ao modelo pragmático na ação criadora do juiz, nos casos que envolvem a filiação (mas não só nestes), propõe um “por em relação” os diversos elementos que compõem o caso de maneira contextualizada e em sintonia com os valores sociais subjacentes.¹² Para

¹² Segundo Heloísa Helena Barbosa “devem ficar estabelecidos os valores que a sociedade, em um momento histórico determinado, considera relevantes e merecedores portanto de proteção, o que superará além do jogo das convicções particulares, a determinação do permitido ou do obrigatório, transcendendo o sistema de proibições. A difícil tarefa de estabelecer esses valores tem sido desempenhada pelo Direito, embora o rápido desenrolar dos acontecimentos, não raro atrepele o ordenamento exigindo do jurista esforço interpretativo para adequar as normas existentes às novas situações, mantendo íntegro o sistema vigente, fato que tem se acentuado nas últimas décadas, graças ao acelerado desenvolvimento tecnológico

tanto, o juiz tomaria por base a necessidade de repensar o velho instituto da filiação, com vistas ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, que certamente exige do magistrado, não apegado apenas ao frio formalismo, um olhar atento sobre o amplo leque dos anseios sociais, o que inclui o afeto como elemento importante a ser considerado na sedimentação das novas relações filiais.

REFERÊNCIAS

Dewey, John. (2002) “*Os grandes Filósofos do Direito.*” São Paulo: Martins Fontes

Barboza, Heloisa Helena; Meirelles, Jussara Maria Leal de; Barretto, Vicente de Paulo (orgs.). (2003). “*Novos Temas de Biodireito e Bioética.*” São Paulo: Renovar.

Freyre, Gilberto. (200) “*Dona Sinhá e o filho padre*”. Rio de Janeiro: Ediouro.

Quintas, Fátima. (2008). “*Sexo à moda patriarcal: O feminino e o masculino na obra de Gilberto Freyre.*” São Paulo: Global.

Colanges, Fustel de. (2007) “*A Cidade Antiga.*” São Paulo: Martins Claret.

Pereira, Rodrigo da Cunha. (2003) “*Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica.*” Belo Horizonte: Del Rey.

Lôbo, Paulo Luiz Netto. (2010). “*Princípio jurídico da afetividade na filiação.*” Página consultada em 14.01.2010, em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>

Lôbo, Paulo. (2010). “*Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.*” Página consultada em 14.01.2010, em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>.

Lôbo, Paulo. (2009) “*A Repersonalização das relações de família.*” Página consultada em 14.01.2009, em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>.

Villela, João Batista. (1999). “*O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições.*” Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, V. 2, pp. 121-142

Peirce, Charles Sanders. (2005). “*How to make our ideas clear.*” Página consultada em 17.05.2005, em <http://www.peirce.org/writings/p119.html>.

Wall, Cornelis de. (2007). “*Sobre pragmatismo.*” São Paulo: Edições Loyola.

e biomédico” (Cf. Barboza e et al., 2003: 59)

G&D

Revista Gênero & Direito