



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Samir Namur

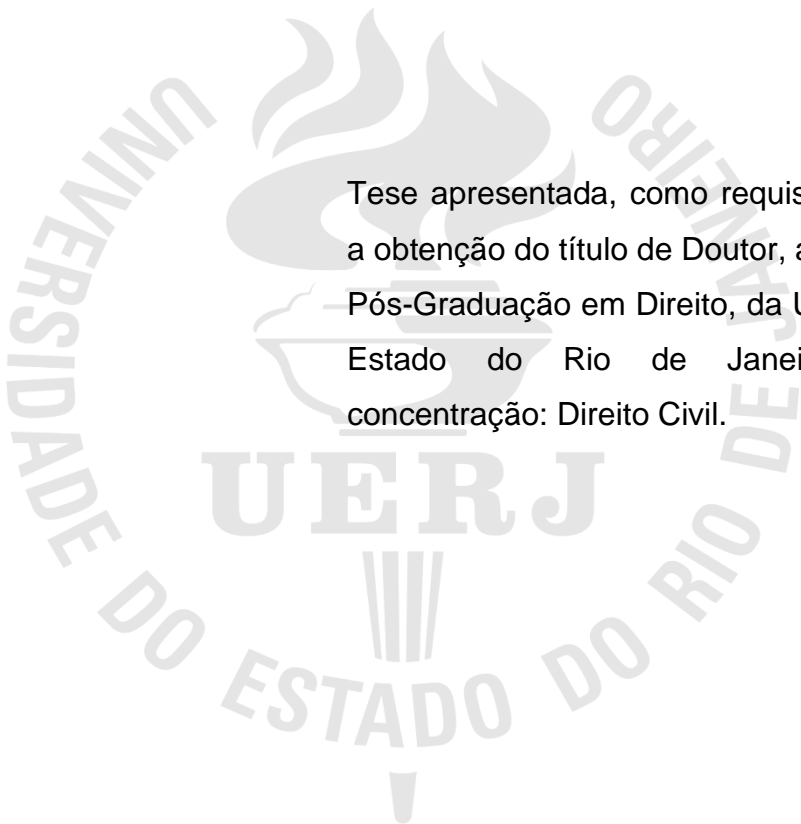
Autonomia privada para a constituição da família

Rio de Janeiro

2012

Samir Namur

Autonomia privada para a constituição da família



Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Heloísa Helena Barboza

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

N174a Namur, Samir.

Autonomia privada para a constituição da família / Samir Namur. - 2012.
182 f.

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Heloisa Helena Barboza.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito.

1. Família. 2. Paternidade. 3. Filiação. I. Barboza, Heloisa Helena. II.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.61

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Samir Namur

Autonomia privada para a constituição da família

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Heloisa Helena Barboza (Orientadora)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Faculdade de Direito da UFPR

Prof^a. Dr^a. Silvana Maria Carbonera
Faculdade de Direito da UFPR

Rio de Janeiro
2012

Não se preocupem com o livro porque
aquilo que escrevo pode ler-se no escuro.

António Lobo Antunes

RESUMO

NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família*. Brasil. 2012. 203f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

Família e direito são instituições culturais em pleno descompasso. Direito e poder obrigam a formação da família pelos mecanismos convencionais, ainda que a sexualidade e o afeto das pessoas se manifeste de forma plural. No âmbito constitucional consagra-se como princípio jurídico a dignidade humana e, como conseqüência, a liberdade, que garante a possibilidade de escolha do indivíduo para decidir como formará a sua família. Impõe-se uma cláusula de não-direito, em que o legislador se autolimita, reconhecendo que a família não é matéria de interesse público, mas sim privado de cada adulto que constitui família. A tutela dessa autonomia privada, que é realizada na esfera infraconstitucional, deve corresponder à infungibilidade dos modelos de família, à ausência de deveres pré-concebidos para moldar a conduta sexual e afetiva, à despatrimonialização da família, para que afeto e união patrimonial sejam escolhas desvinculadas e, finalmente, à própria ausência de modelos de família previstos pela lei que condicionem sugestivamente a escolha das pessoas.

Palavras-chave: Família. Direito. Liberdade. Autonomia. Privada.

ABSTRACT

Law and family are cultural institutions in ample mismatch. Law and power forces the constitution of the family by conventional mechanisms, though sexuality and affection of the people manifests in a plural way. In the constitutional sphere, it is established a legal principle of human dignity and, consequently, of liberty, which ensures the possibility of the individual to choose how to form his family. Imposes a stipulation of “non-law”, in which the legislator self-limits himself, acknowledging that the family is not a public theme, however particular of which major person who constitutes family. The protection of this private autonomy, which is accomplished in the underconstitutional sphere, must correspond to the diversity of the family models, to the absence of duties conceived to pattern the sexual and affective behaviours, to the untying of the patrimony and the affection as different choices and, at last, to the absence of any family models in the law which suggests the choice of people.

Keywords: Family. Law. Liberty. Autonomy. Private.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA A CONFORMAÇÃO DA FAMÍLIA E DO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAIS.....	15
1.1 Moralidade, sexualidade e família.....	15
1.2 Moralidade, religião e família.....	40
1.3 Família, modernidade e poder.....	53
2 LIBERDADE E FAMÍLIA.....	77
2.1 A incidência da Constituição e de seus princípios no direito civil.....	77
2.2 Situações existenciais e patrimoniais.....	88
2.3 Situações existenciais: entre liberdade e solidariedade.....	98
2.4 O princípio constitucional da liberdade.....	99
2.4.1 <u>Contornos filosóficos da liberdade.....</u>	99
2.4.2 <u>Contornos jurídicos da liberdade.....</u>	108
2.5 A constitucionalização das relações familiares.....	115

3 A REFORMULAÇÃO DA REGULAÇÃO JURÍDICA DA CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA.....	134
3.1 Evolução da chancela jurídica para as diversas configurações familiares.....	135
3.2 A autonomia privada nas relações de família.....	149
3.2.1 <u>Pluralidade de manifestação afetiva nas formas familiares.....</u>	151
3.2.2 <u>Intimidade na vida afetiva.....</u>	163
3.2.3 <u>Despatrimonialização do afeto.....</u>	164
3.2.4 <u>Ausência de modelos jurídicos de família pré-concebidos.....</u>	169
4 CONCLUSÃO.....	175
REFERÊNCIAS.....	188

INTRODUÇÃO

A tese de doutorado é a construção de uma teoria. Diferente de outros trabalhos, não é a resenha de outras teorias ou do pensamento de autores. É o que se pretende ao abordar o direito de família e a autonomia privada para constituição da família por pessoas com discernimento para isso. Essa abordagem, construtora dessa teoria, tem itinerário pressuposto em temática variada, cujo convite ao transcurso se faz ao leitor nessas primeiras páginas.

Percurso esse que será tripartido: propedêutico e jurídico. No jurídico, princípio lógico e específico. Não se analisa a família sem a sociologia, aliada à história e à antropologia. Dentro da sociologia que aborda o fenômeno familiar, a moralidade (entendida como consequência do fenômeno moral na sociedade) é fundamental, pois criadora de consensos majoritários quanto ao comportamento humano e, como consequência, quanto à formação familiar. No mundo em geral, no Brasil em específico, forma-se família de acordo com o grupo, orientado por essa moralidade, que, evidentemente, influencia diretamente o aparato jurídico e a consequente regulação da família.

Do ponto de vista sociológico e antropológico, a moralidade e a constituição da família estão diretamente imbricadas com a sexualidade e a religião. Do ponto de vista individual, a sexualidade se manifesta de infinitas formas, mais e mais variadas à medida que o tempo passa. Perceber isso como importante para a análise jurídica é, uma vez mais, verificar que o direito está muito distante de acompanhá-la.

Sob esse aspecto, as análises de teóricos acerca da evolução da família são menos importantes do que a análise do fenômeno familiar na atualidade. Por isso a preferência por sociólogos e estudiosos do comportamento humano com pesquisas em função do momento atual, não em perspectiva evolutiva relacionada ao passado. Desse modo, refuta-se como pertinente (ainda que com certa dose de acerto) a análise sequencialista de certos autores (muitas vezes baseada em comportamentos de tribos primitivas), que costumeiramente veem na família monogâmica o ápice da evolução familiar. Efetiva-se, portanto, como premissa o descarte de análises antropológicas da

gênese humana, do estado selvagem e da barbárie (como, por exemplo, a conhecida análise de Morgan). Mesmo dentro da civilização, afigura-se mais proveitosa a constatação sociológica de como as pessoas se relacionam na sociedade complexa atual e menos como os primitivos se relacionavam (pois o direito se direciona eminentemente a elas e, ao tempo que se o pautará na noção de liberdade, não se excluem formas de relacionamento primitivas que ainda se travam nos dias atuais).

Não obstante, além das barreiras morais, são muitas as barreiras impostas pelo discurso religioso, particularmente por sua influência em tempos passados, mas que se arraigou nas tradições familiares, principalmente brasileiras. Desse modo, a simples percepção de que muitas das regras jurídicas ainda hoje existentes para a constituição da família são regras de origem canônica demonstra a importância dessa abordagem.

Propõe-se, ainda no início, que a existência de um poder sub-reptício, exercido em todas as camadas sociais, condiciona toda a constituição da família, o que no caso brasileiro será comprovado pelas estatísticas oficiais. Um modelo inicialmente moral, depois religioso e mais adiante ainda jurídico (tudo devidamente enfeixado) apresenta-se como constituição “correta”, “adequada” da família. Ao final do primeiro terço do trabalho, demonstra-se como esse modelo se institui ao longo da história. Isso porque para a análise temática é imprescindível que se associe à descrição crítica, ligada aos sistemas de ordenamento, exclusão e rarefação de um discurso, à descrição genealógica, que se detém na formação efetiva do discurso, seu poder de afirmação perante a sociedade¹.

A constatação da pluralidade de manifestação da sexualidade e da afetividade na sociedade, que afronta consensos morais, políticos e, naturalmente jurídicos, é pressuposto para que, dentro de uma teoria que se pretende jurídica, proponha-se um modelo jurídico adequado à regulação das relações que decorrem da sexualidade e da afetividade na contemporaneidade. Esse é um modelo que perpassa, inicialmente, pela Constituição, ou seja, pelos valores escolhidos pela sociedade como diretrizes para a vida republicana.

O uso da razão na melhoria da sociedade pressupõe a existência de estruturas sociais e de instituições avaliatórias que atuem para promover os objetivos e

¹ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 20ª edição São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 69.

comprometimentos valorativos escolhidos pela sociedade, bem como de normas acerca do comportamento humano e que raciocinem sobre esse comportamento com o referido direcionamento axiológico². Sem embargo da existência de ações humanas imprevisíveis (boas e ruins), uma abordagem racionalista envolve tentativas arrazoadas, baseadas na maior gama possível de informação, utilizada para ocasionar mudança social. Nesse sentido é que oferecer como tese um modelo para a regulação jurídica da constituição da família por adultos envolve a captação de quais são esses valores, qual a influência que exercem no ordenamento jurídico em geral e, em função da demanda social, que espécie de mudança podem produzir.

Com efeito, parte-se da necessidade de uma teoria da justiça possível, não idealizada. É possível realizar duas abordagens de uma teoria da justiça, a partir da filosofia iluminista: o contratualismo de Hobbes e Rousseau concentrou-se na procura de arranjos institucionais justos para a sociedade. Esse institucionalismo transcendental era focado em uma ideia de justiça perfeita e não em comparações de situações justas e injustas. Busca-se o justo e não as alternativas mais justas dentre as possibilidades; focaliza-se nas instituições sociais e não nas sociedades reais que existem. Por isso um contrato social hipotético, supostamente escolhido, como alternativa ideal para o caos social. Desse modo, uma justiça baseada em arranjos ideais de justiça e não focada em realizações sociais justas; esta cogita do comportamento real das pessoas, aquela de um comportamento ideal.

Em contrapartida, outros iluministas adotaram uma posição em favor de abordagens comparativas endereçadas a instituições sociais. Muito embora sejam muitos autores e muitas ideias distintas, aproveita-se a concepção não de uma sociedade perfeitamente justa, mas sim de comparações entre sociedades reais, viáveis, focadas nessas realizações sociais justas, tendo como principal interesse a remoção de injustiças desse mundo real. Não se pode limitar a análise às instituições e regras, mas também aos comportamentos reais, que afetam as vidas humanas, incluindo os tipos de vida que as pessoas podem levar de fato. Esse aspecto é importante, pois surge nele como essencial para a vida humana o valor da liberdade. Não apenas ligada ao bem-estar individual, deve caber ao ser humano eleger quais

² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 325.

valores individuais quer perseguir em sua vida (o que, conseqüentemente, contribui para seu bem-estar individual)³.

A eficácia da Constituição da República em todos os ramos do direito e, evidentemente, no direito civil e de família, projeta princípios/valores para a regulação jurídica da família. É passado o tempo da divisão tradicional para a regulação das relações privadas. Isso porque a diversidade de valores existentes na axiologia do ordenamento jurídico impõe apenas uma divisão: entre as situações jurídicas subjetivas patrimoniais e as existenciais. Naquelas a máxima restrição para conformar a livre iniciativa à dignidade humana, nessas o devido balanço entre liberdade e solidariedade, tendo igualmente a dignidade como norte.

No âmbito da família, constituída por situações existenciais, a balança pende para a liberdade nas relações jurídicas travadas por adultos, notadamente naquelas que visam à constituição de uma família. Ao manifestar a sua sexualidade em conjunto com outro ou outros seres humanos, o indivíduo age conforme a sua autonomia privada afetiva, constituindo por meio da convivência reiterada um novo vínculo familiar. Cabe ao direito reconhecê-lo, fazendo incidir os efeitos jurídicos que lhe são próprios. Importante, por isso, que essa autonomia privada afetiva seja corolário de um princípio constitucional de liberdade (para constituir família) que consiste na escolha pelos próprios indivíduos da forma de convivência que mais lhes agradará, seja ela qual for.

A formação familiar da contemporaneidade, pautada nesse afeto plural, admite, portanto, uma infinidade de formações familiares, dada a inexistência de uma definição prévia e específica do que é o amor, o afeto, afeitos a cada indivíduo. A dificuldade em analisar esse fenômeno reside no fato social de que todos os indivíduos têm ou vem de uma família, pensando o que é família sempre com base nos costumes e modelos dominantes, excluindo o diferente como possível. Todos têm uma definição para a família, até tentarem definirem-na⁴.

Por fim, uma teoria jurídica para a constituição da família apenas se conforma com a devida explicitação de como os princípios constitucionais, em especial o de liberdade, combinam-se para reformular o sistema jurídico concernente a esse aspecto.

³ SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 36-40 e 48-49.

⁴ “*Todos sabemos o que é o amor – até tentarmos dizê-lo alto e bom som*”. BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 206.

Impõe-se a adoção de verdadeira cláusula de não-direito, isto é, de reconhecimento pelo legislador de que a escolha de como constituir família é prerrogativa do indivíduo, não do Estado por meio do ordenamento jurídico.

Ao contrário dos ramos que regulam situações jurídicas patrimoniais, que possuem uma lógica universal (a lógica da atividade econômica), o direito de família é local, em função também das ideologias dominantes, tradições históricas e crenças religiosas de um povo, que refletem justamente o sistema de direito de família que adota⁵. Tendo isso em vista, justifica-se o papel amplamente secundário que qualquer análise de direito comparado exercerá na tese. A utilidade da análise comparatista em muito é representada pela propositura de modificações com base em modelos estrangeiros⁶, pela resolução de problemas jurídicos por meio da comparação⁷. No direito de família, não se encontra no mundo modelo jurídico que se configure de modo efetivamente mais avançado (no sentido de mais libertário, mais tolerante) que o brasileiro. Não que isso configure elogio, até porque na crítica ao nosso modelo se permite a tese. De todo modo, os sistemas em geral possuem características semelhantes, baseados invariavelmente naquilo que se definirá como matrimonialização das relações de família, isto é, o casamento como regra para a constituição familiar.

Assim sendo, a correta regulação da autonomia privada para constituir família consiste na básica reformulação de quatro pontos principais: a admissão de variados modelos para constituição da família, a ausência de tipificação de comportamentos, condutas para os familiares, a ausência de um regime de bens supletivo legal que comunga bens de familiares e, por fim, a própria ausência na legislação de modelos pré-concebidos para constituir família.

O sistema atual para constituição da família por mais de uma pessoa adulta concebe apenas o que conhecemos como casamento e união estável. Mecanismos monogâmicos, que impõem idades mínimas, distância de parentesco e existência de relacionamento íntimo e sexual. Na sociedade outros mecanismos são evidenciados

⁵ WALD, Arnoldo. *Direito Civil. Direito de Família*. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

⁶ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 42-44.

⁷ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 342.

desde há muito e à extensão, tais como as famílias simultâneas (núcleos familiares poligâmicos) e as famílias anaparentais (constituída muitas vezes por parentes, normalmente sem relacionamento íntimo sexual, mas com um projeto conjunto de convivência), principalmente. Proteger a autonomia privada é reconhecer tais arranjos como família.

A exclusão da autonomia para constituir família corrobora-se com a imposição legal de condutas para cônjuges e conviventes. A liberdade para manifestar a autonomia privada tem como consequência a proteção da intimidade, para que se escolha no âmbito privado a conduta afetiva que se realizará. Por isso, não se coadunam com o modelo jurídico que se defenderá os chamados deveres conjugais, tais como de coabitação e de fidelidade.

Ainda, o modelo jurídico que atualmente vige, impõe (pelo mecanismo da supletividade de regime) a união de patrimônio pelo simples ato de constituir família. Diante da necessária separação, dogmática inclusive, entre as situações jurídicas patrimoniais e existenciais, um modelo de constituição da família que proteja a autonomia privada, deve deixar tal escolha para cada núcleo familiar. Assim sendo, a separação patrimonial deve ser a regra, a união escolha dos indivíduos.

Finalmente, como ápice dessa teoria, ponto em que verdadeiramente se radicaliza essa reformulação que toma como base da família a autonomia privada afetiva das pessoas, deve o ordenamento jurídico abolir qualquer modelo prévio de constituição da família. Casamento e união estável (assim como qualquer eventual outro modelo de família) devem deixar de existir. O Estado, que no tocante à família age por meio de uma cláusula jurídica de não-direito, reconhece apenas que a convivência com intenção de constituir família a constitui. Os modelos escolhidos para constituí-la são opção dos sujeitos que na família se inserem. Trata-se, portanto, do âmbito privado das relações jurídicas, não mais publicizadas como na sua concepção clássica.

Por fim, essa análise específica do direito de família demanda pesquisa que não é somente doutrinária, mas também relativa às decisões judiciais. Quanto a esse aspecto, ampla preferência aquilo que já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, órgão

jurisdicional que uniformiza tais decisões. Apenas em matérias em que isso não ocorreu, opta-se por decisões de tribunais estaduais.

1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA A CONFORMAÇÃO DA FAMÍLIA E DO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAIS

Pares de casados de fresco, muito agarrados... Casais de pequenos burgueses com dezenas de anos de sagrado matrimônio, ela atrás, ele adiante. Não mais que meio passo os separava, mas esse meio passo exprimia a distância irremediável a que se encontravam um do outro. E eram, maduros e burgueses, o retrato antecipado dos noivos cuja aliança de casamento tinha ainda o brilho da novidade.

José Saramago

1.1 Moralidade, sexualidade e família

Com milênios de evolução da espécie humana, é possível apresentar uma indicação comportamental para o ser humano: a adoção de certos padrões de conduta e, como consequência disso, a adoção de certos padrões de família para se relacionar afetiva e estavelmente com outros seres humanos. Há certas práticas e consensos que surgem muito antes de adquirirem qualquer imposição mediante qualquer autoridade oficial. Trata-se da moral humana, que precede regras, razão ou convicção, pois se origina simplesmente pela vida humana em relação, estabelecendo esses padrões à medida que esse relacionamento se desenvolve. Sem embargo da constatação, tal fenômeno é ingênuo, vulnerável, precário, até porque involuntário, levando à indagação de que se em uma sociedade complexa, cada indivíduo é único, como tais padrões de comportamento podem selecionar o que é adequado e o que não é⁸?

Por que esta formação que é composta pelos indivíduos, chamada sociedade, que não foi pretendida ou planejada (pelo menos em seu início), cujas escolhas e rumos independem das intenções de qualquer pessoa em particular, faz certas escolhas e adota certos rumos?. Certos rumos, certas instituições criadas (como a linguagem ou mesmo o Estado) que não são passíveis de serem explicadas por meio de um surgimento racional e deliberado. Assim é com os costumes e as relações de

⁸ BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 219-221.

família, sujeitos a esse “movimento moral” da sociedade, ao mesmo tempo que independentes de uma força motriz supra-individual ou ligados apenas em parte à dominação aplicada pelas relações econômicas e pelos interesses do mercado, até porque esses são excessivamente genéricos. Desse modo, mesmo sendo o indivíduo coisa única no mundo, autônomo para suas escolhas, por que as faz do mesmo modo que o grupo? A ideia de que o ser humano faz suas escolhas, toma sua conduta na vida social com base em certa razão, certa racionalidade que seria inata à espécie humana não resiste à observação dos fatos. Nesse âmbito, as pessoas estão presas a um círculo vicioso, pois são incapazes de lidar com os problemas e temores que as confrontam, deixando de ser objetivas em seus pensamentos e ações, permanecendo suscetíveis aos costumes, tradições, que não são analisados criticamente, em função do temor causado pelo olhar do outro. As pessoas são ao mesmo tempo causa e efeito dessa situação, sujeitando-se a fantasias coletivas e costumes semimágicos⁹.

Com efeito, a precaução científica permite objetar que cada indivíduo não participa de apenas um grupo social único, mas vários (quanto ao gênero, classe, linguagem, profissão, nacionalidade, comunidade, raça, religião), pois em cada grupo a influência que interfere em suas escolhas é distinta¹⁰. Poder-se-ia afirmar que a pressão exercida pela economia de mercado se revela de modo inafastável em todos os grupos, mas esse controvertido argumento sequer é necessário, à medida que os costumes de formação familiares são praticamente os mesmos em qualquer grupo social.

Essa noção é confirmada pela característica humana de sempre formar grupos (tendo como traço fundamental a repetição de ritos e costumes), pois dentro dele há um sentimento de superioridade, de “*gratificação narcisista*”, parecendo ao ser humano que ele como indivíduo se torna maior no grupo, pois se identifica com mais pessoas (nele não há medo em ser diferente). Esse êxtase hegemônico é sinônimo de vitória, supremacia. De forma inevitável, as pessoas geram uma propensão para projetar parte (ou toda) a sua autoestima nos sentimentos de identidade e participação em unidades sociais específicas¹¹.

⁹ ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, p. 63-72.

¹⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 280-282.

¹¹ ELIAS, Norbert. *Envolvimento e alienação*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 18-19.

Parte-se do pressuposto de que certos comportamentos biológicos humanos produzem fenômenos culturais¹². Além disso, a conduta humana adota a prática de cópia, de fidelidade a certos modelos e ritos adotados por um grupo. Essas práticas carecem de sentido pleno (ao menos para serem reproduzidas com tanta efetividade). Nessa seara, ingressa a força dos símbolos, que funcionam como mecanismos de integração de sentido na reprodução da ordem social. Os símbolos possuem uma clara função gnoseológica, ou seja, de interferir no sujeito cognoscente. Tal função está naturalmente ligada aos interesses da ideologia da classe dominante, que são particulares, muito embora apresentados como protetores da universalidade, do todo. Não obstante, a única integração realmente efetiva acaba por ser justamente a da classe dominante, ao passo que as classes dominadas desmobilizam-se. De fato, a cultura dominante se estabelece com base na distância que separa os seus símbolos das classes dominadas. Os sistemas simbólicos correspondem à imposição de sistemas de classificação políticos sob roupagem filosófica, religiosa e jurídica. Assim sendo, o poder simbólico é um poder de fazer ver, perceber e, ao mesmo tempo, fazer crer, mobilizar, confirmar ou transformar uma visão de mundo, caracterizando, portanto, ação sobre o mundo, adaptando-o ao seu interesse¹³.

Tome-se o casamento como exemplo: seja no âmbito estatal ou religioso, a imensa maioria das pessoas adota ou pretende adotar esse costume, mesmo sendo algo desnecessário para que o indivíduo manifeste-se afetivamente formando sua família. Uma vez instituído como tradição, a sua vestimenta religiosa e política o institui também como símbolo, unindo a formação familiar humana em um cerne comum, de fácil adoção e aceitação. Isso explica por que quase todos casam e, igualmente, por que os defensores da diversidade familiar é que são vistos como diferentes e não o contrário. Ainda nesse aspecto, mesmo a família constituída informalmente apenas é admitida pelos consensos morais na medida em que se assemelha ao casamento. Em verdade, idêntica a ele, excluindo a formalização cartorial.

Padrões éticos de conduta são parciais, corretos para aqueles que os defendem, para os grupos que os adotam. A sociedade humana, no entanto, trata de impor certos

¹² LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 42.

¹³ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 13. ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2010, p. 10-14.

padrões ao coletivo. Outro exemplo que envolve a família diz respeito à proibição do incesto. Quase a totalidade da sociologia e antropologia contemporâneas sistematizam suas premissas sobre a família partindo desse que seria um postulado, um dogma universal, apelando para a religião, instinto e a natureza humana¹⁴. A conduta correta para alguns (quicá a maioria) é tomada como correta para o todo, julgando e impondo formas de relacionamento, restringindo o afeto humano e sua pluralidade, na contramão de valores democráticos e libertários.

Manifestações culturais, inclusive a religião, são manifestações de diferentes níveis de desenvolvimento das sociedades humanas, em função da constatação acerca da aceitação (ou falta de aceitação) dos modelos, ritos e costumes em geral¹⁵. Essa alienação, ou seja, esse distanciamento humano das imposições do grupo surge como algo necessário para a vida em sociedade¹⁶ e sua relação com o envolvimento social varia conforme o tempo e o estágio de cada sociedade, normalmente conforme a aceitação do avanço do conhecimento humano, da racionalidade humana¹⁷. Aquelas sociedades e culturas mais presas a tradições passadas, principalmente religiosas, perceberão uma subordinação maior dos indivíduos a condenações e sanções morais, o que será economicamente explorado pelo mercado, seja ao se aproveitar dessa força de trabalho subjugada, seja ao perceber lucro como decorrência da imposição dessas atividades¹⁸.

A moral nasce sempre (ou quase) como a autoridade que é passada pela família às crianças. Estas não são dotadas de conhecimento e entendimento para refutar essa autoridade, que lhes é reforçada também pelo afeto e exemplo que se origina nos pais. Depois disso, essa moral passa pela fase da associação: ela é definida pelos padrões morais apropriados pelo indivíduo nas diversas associações, grupos aos quais ele pertence, comumente decorrentes da aprovação de quem exerce posição de autoridade

¹⁴ LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 50.

¹⁵ ELIAS, Norbert. *Envolvimento e alienação*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 60-61.

¹⁶ Toma-se, por óbvio, o conceito de alienação proposto por Norbet Elias, em oposição ao hegeliano (como distanciamento do Estado) e o marxiano (alienação a outro ser humano, ao capital, como mercadoria). ELIAS, Norbert. *Envolvimento e alienação*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 8.

¹⁷ ELIAS, Norbert. *Envolvimento e alienação*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 59-60.

¹⁸ Medida em que a alienação em Marx se complementa com a alienação em Elias. Quanto mais intensa a exploração humana perpetrada pelo capital, mais suscetível a sociedade está à repetição irracional e acrítica dos costumes e tradições impostos pela moralidade e pelo direito.

ou dos demais integrantes do grupo (família, escola, bairro, amigos). Trata-se do bom aluno, do bom colega, do bom esportista, do bom amigo, boa esposa, bom marido, papéis que, se descumpridos, geram o sentimento de culpa no indivíduo. Há uma espécie de equilíbrio, fortalecimento à medida que em um dado grupo a expectativa de todos os integrantes de ação moral conforme o costume é satisfeita. Desse modo, integrantes do grupo são moralmente admirados, despertando nos outros o desejo de serem iguais a eles. Essa atração psicológica está ligada igualmente à sensação de bem-estar, boa vontade, excelência da conduta humana, fidelidade, confiança, integridade. No entanto, são apenas princípios de justiça (jurídicos, portanto) que podem ajustar e equilibrar práticas conflitantes de grupos associativos distintos, propondo vantagens a todos e não seletivamente¹⁹.

Desse modo, há uma moralidade dominante na sociedade que apresenta uma receita supostamente coerente para a ação humana: aqueles que não se adaptam a esse mapa cognitivo, moral e estético são rotulados de estranhos (mesmo que o sejam em grande número). Essa receita diz respeito a um conjunto de valores e regras de ação propostas aos indivíduos e aos grupos por intermédio de aparelhos prescritivos diversos, tais como a família, escola e igrejas. Essas regras podem ser explícitas em doutrinas coerentes e sistemáticas ou então difusas em jogos complexos em que se disfarçam. Além desse conjunto prescritivo (o chamado código moral) entende-se por moral, portanto, o comportamento do indivíduo conforme essas regras e valores que lhes são propostos²⁰.

Em grande medida, essa moralidade se instrumentalizou por meio do Estado moderno, que delineou o que a ordem devia parecer, tendo força e arrogância suficientes para proclamar o que era ordem e o que era desordem e caos, obrigando a todos a viver na ordem. A estratégia para efetivar isso pode, inclusive, ser qualificada de antropofágica, pois visava a aniquilar os estranhos, devorando-os e transformando-os para que assimilassem essa ordem: a diferença torna-se semelhança, conformidade²¹. Esse período da modernidade, que consolida especialmente a parte da

¹⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 571-584.

²⁰ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade II: O uso dos prazeres*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984, p. 33-34.

²¹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 27-29.

moralidade que influencia o direito, é caracterizado pela imposição de padrões (economicamente interessantes a quem os impõe), esperança e culpa: para sempre prometer que o dia seguinte (este que nunca chega) será melhor que o atual e proteger os que prometem essa promessa inadimplida, imputando a origem de tal frustração aos próprios indivíduos. A vida na modernidade, em especial a do burguês, tinha um itinerário pré-definido, uma estrutura rígida. Ao mesmo tempo em que controlava o caráter volátil da conduta humana, supostamente garantia segurança à sociedade. A liberdade do indivíduo existia apenas para que ele conhecesse e agisse conforme esse itinerário²².

A modernidade não apenas deixa de concretizar o ideal de autonomia prometido pelo Iluminismo, como igualmente nos lega um empreendimento de subjugação disciplinar exercido sobre os corpos e intelecto, para os controlar e não para os libertar, produzindo condutas normatizadas e padronizadas, adestrando as pessoas e as submetendo a formas idênticas aptas a otimizar-lhes as faculdades produtivas. A chamada pós-modernidade, ainda que não se possa estabelecer uma transição exata, dependendo inclusive do lugar (podendo-se tratar, quiçá, de uma modernidade tardia) acrescenta a esse ideal um corpo social caracterizado pela lógica incessante da sedução, renovação permanente e diferenciação marginal, ligadas todas ao consumismo globalizado. Pretensa libertação, haja vista que a autonomia subjetiva aumenta, multiplicando-se as diferenças individuais, esvaziando-se de substância, muitas vezes, as regras sociais. O hedonismo extremo, que faz com que cada um haja e consuma para sentir prazer individual é a característica do nosso tempo²³.

Não obstante, analisando o fenômeno social atual de forma neutra, identifica-se a maneira como o ser humano age na sociedade e, lado a lado, um sistema jurídico que não acompanha as suas demandas (há, portanto, ausência de uma autonomia concreta, exercida perante o Estado e perante o direito). Isso não significa, com efeito, a propagação de uma ética da irresponsabilidade. Pelo contrário, se for verdade que para alguns esse hedonismo individualista, ao minar instâncias tradicionais de controle

²² BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 110.

²³ A nomenclatura hipermodernidade demarca essa característica aliada à grande fluidez e flexibilidade com que isso é realizado. LIPOVETSKY, Gilles. *Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna*. Em: *Os tempos hipermodernos*. Gilles Lipovetsky. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p. 16-26.

social, priva de referência certo número de indivíduos, favorecendo um relativismo desmedido, isso tende a ser apenas uma faceta possível de análise do fenômeno, haja vista que, em contrapartida, nunca houve tanto consenso acerca dos direitos humanos, de valores de tolerância e respeito ao outro. Além disso, não há a difusão irrestrita de comportamentos egoístas no meio social, permanece um núcleo duro de valores democráticos, sem que a perda de certos valores tradicionais resulte em caos social, mesmo no plano sexual²⁴.

Muitos participantes dessa realidade podem ser chamados de arrivistas: estão no lugar, mas não são genuinamente pertencentes a ela, além de serem mal vistos pelos participantes mais tradicionalistas e apegados aos costumes. No entanto, esse estigma do arrivista, do diferente, também é importante para a criação do padrão, do modelo, da tranqüilidade que fornece para o outro, que é o correto, o ser conforme. Estão sob constante pressão para adaptar seu gosto, seus desejos, suas vidas, pois lhes é negado o direito de serem próprios. Os arrivistas estão na contra-mão da definição, estão fora dela, mas em constante busca da constituição de sua identidade, baseada na própria negação da definição. Como Josef K.²⁵, são culpados simplesmente por estarem em julgamento, nele colocados pela sociedade. Estão em um jogo que não podem vencer se disputado sobre as regras estabelecidas, mas dele não podem sair pois teriam que se rebelar contra as regras.

O discurso de promessas da modernidade centrou-se na mudança, na possibilidade de mobilidade social (antes impedida pela nobreza européia), em que nenhuma ordem seria intocável. No entanto, os párias, aqueles que estavam na classe mais baixa, apenas foram promovidos para arrivistas, não apagaram as máculas de sua origem e continuaram vivendo sob constante ameaça de retornar à antiga condição. Nesses traços, a modernidade aparentemente passada, se faz muito presente ainda nos dias atuais²⁶.

²⁴ LIPOVETSKY, Gilles. *Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna*. Em: *Os tempos hipermodernos*. Gilles Lipovetsky. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p. 37-39.

²⁵ Personagem principal de *O Processo*, célebre obra de Franz Kafka, crítica clássica aos meandros labirínticos do sistema judiciário, exposto pelo caso desse personagem, envolvido em um complexo processo judicial sem mesmo ter acesso aos motivos.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 91-101.

No caso brasileiro, pode-se afirmar que a submissão a um processo de colonização acentua essa condição humana de adoção de uma certa moral dominante, pois gera uma organização social com relações específicas que decorrem de uma atitude mental coletiva influenciada pelo estrangeiro (pelo europeu moderno), tendo grande parcela de suas particularidades conservadas até hoje²⁷. No Brasil colonial o indivíduo se acostumou com a convivência em duas esferas: a jurídica, que regulava suas ações e relações com o meio externo; a religiosa, que ordenava moralmente a sua intimidade²⁸. Sem dúvida, terreno fértil para que esquemas jurídicos fundados em costumes íntimos impostos pela religião fossem facilmente aceitos.

Essa realidade do século XIX confronta claramente a ação das pessoas no mundo atual, muito embora os consensos morais e jurídicos permaneçam vigentes. Atualmente vive-se um processo de liquefação das estruturas e instituições sociais, que também causa o crescimento das formas de relacionamento e manifestação da personalidade dos indivíduos, fazendo com que esses consensos e estruturas (ainda vigentes) tornem-se claramente insuficientes²⁹.

Com efeito, pode-se afirmar que na sociedade atual a modernidade e suas características não têm mais um caráter estruturante, com imposições organizacionais e ideológicas de fundo. Isso porque a individualidade autônoma de hoje caracteriza a desinstitucionalização, a desregulação, ou seja, o recuo do Estado, da família, da religião na vida das pessoas, que se privatiza. Isso combina adequadamente com a concorrência econômica imposta pelo mercado, a medida que oferece opções infinitas de consumo³⁰ e, portanto, permite uma crítica social. Todavia, resta claro que o direito ainda está ancorado no paradigma moderno de repressão, especialmente quanto à vida privada do ser humano. Essa chamada hipermodernidade acumula a desestruturação de formas antigas de regulação social de comportamento, além da internalização radical do modelo do *homo economicus*, ou seja, do indivíduo que persegue a maximização de seus ganhos em todas as esferas da vida (escola, política, patrimônio

²⁷ PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 10-11.

²⁸ PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 296.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 57-58.

³⁰ LIPOVETSKY, Gilles. *Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna*. Em: *Os tempos hipermodernos*. Gilles Lipovetsky. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p. 54.

e, principalmente, sexualidade). Nessa “*sociedade-moda*”, há, desse modo, uma completa estruturação baseada no efêmero, constante renovação e sedução voltadas para o consumismo³¹, que, independente de correta ou incorreta, está escorada, no quesito existencial, em um modelo jurídico ultrapassado.

As sociedades contemporâneas (seu consumo, informação, educação, costumes) não são mais comandadas apenas pelas relações de produção, mas também por essas chamadas relações de sedução. A sua estratégia é inicialmente revelada na indução ao hedonismo pela sociedade de consumo e sua profusão luxuriante de produtos, imagens e serviços em um ambiente de tentação cotidianamente próximo dos indivíduos. A sedução envolve um processo sistemático de personalização dirigida para multiplicar e diversificar a oferta, para que o indivíduo escolha/consuma mais e melhor, satisfazendo seus desejos, seu bem-estar, sua liberdade. Por trás disso, surge como consequência a redução da rigidez das organizações sociais (de trabalho inclusive) e de sua disciplina, substituindo a uniformidade por flexibilidade, coerção por comunicação. Quanto aos costumes e às relações pessoais, a tônica é de descontração, de um culto à espontaneidade que estimulam as pessoas a se libertarem de eventuais papéis a serem exercidos e dos complexos existentes. Essa socialização reflete, em verdade, uma dessocialização, à medida em que o indivíduo se volta apenas para si próprio, seu bem-estar, sua verdade, administrando seu capital estético, afetivo, psíquico e erótico. Bem ou mal, a sociedade pós-moderna é, desse modo, a sociedade da autonomia individual³².

O indivíduo da sociedade atual não é mais o decadente pessimista de Nietzsche ou o trabalhador oprimido de Marx, mas sim uma versão semelhante ao telespectador que assiste programas sucessivos à noite, ao consumidor enchendo seu carrinho – a versão da indiferença, da apatia induzida pelo campo vertiginoso de possibilidades e o *self-service* generalizado. Esse vaguear apático é atribuído à atomização programada que rege as sociedades. Mídia, produção, transportes, consumo, nada escapa a essa estratégia de separação. Esse isolamento suave, disfarçado, acarreta o

³¹ LIPOVETSKY, Gilles. *Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna*. Em: *Os tempos hipermodernos*. Gilles Lipovetsky. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p. 56-61.

³² LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005, p. 1-8.

enfraquecimento dos ideais e valores públicos, coletivos, permanecendo apenas a busca do ego e do próprio interesse. Essa deserção social não é uma consequência negativa do capitalismo, mas sim propriamente um mecanismo necessário ao seu funcionamento atual, acelerado e sistemático, ideal para a experimentação sem resistência necessária ao mercado. Não obstante, a generalização das práticas capitalistas, que toca todos os setores, faz desse problema algo igualmente político, social e econômico³³.

Pode-se afirmar, nesse sentido, que o indivíduo atual fecha-se na sua redoma, indiferente aos assuntos públicos, sendo atraído apenas pelas “*sereias da emoção*”, verdadeira ilusão de participação comunitária que se revela apenas em papéis, programas, portanto somente em certas tradições e ritos. Esse indivíduo da atualidade busca um modelo de convivência em que permaneça ele próprio mas no interior de um grupo, de uma associação³⁴.

O argumento descrito pode funcionar como verdadeira barreira à liberdade, à tolerância às liberdades individuais. Surge o problema acerca do egoísmo humano: se toda ação é tomada de acordo com o autointeresse (esse, inclusive, arraigado na estrutura socioeconômica, estimulado pela economia de mercado, pela propriedade privada, pela obtenção do lucro a qualquer custo, imperando o individualismo da exploração de um ser humano pelo outro), fornecer/defender mais liberdade para o indivíduo (por meio de ação pública com expectativa de progresso social) não seria, portanto, fornecer/defender o egoísmo?

A necessidade de normas sociais que tenham a liberdade do indivíduo em um papel de centralidade combina com o raciocínio comunicativo e a seleção evolutiva de modos de comportamento. Isso reflete a inserção de um comportamento social determinado, baseado em certos valores sociais (tolerância, não discriminação, respeito à diversidade). Mesmo que as pessoas interpretem tais valores de maneiras distintas, muitas vezes nem sequer sabendo como pensar sobre esses temas, idéias simples de justiça social não lhes são estranhas, à medida que o pensamento no grupo também é

³³ LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005, p. 24-25.

³⁴ SINGLY, François de. *Uns com os outros. Quando o individualismo cria laços*. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 164-165.

imediatos (família, vizinhos, amigos)³⁵. Assim sendo, o costume e a adaptação a uma sociedade em que há liberdade é corolário, a longo prazo, de aceitação da forma livre com que o outro se manifesta.

Ao longo dos tempos, por outro lado, o instinto humano foi treinado (pela religião e pelo *status quo* de todas as épocas) para se sentir desconfortável com situações de ambivalência, ambigüidade. Todas as espécies de superstições infundadas e totalitarismos políticos precisaram recorrer a esquemas maniqueístas para que as suas lógicas irracionais não fossem reveladas. A ambivalência, por sua vez, nasce da possibilidade de diversidade inata à manifestação humana, à criatividade, sendo ela, portanto, a origem da liberdade, demonstrando como aquele que é provavelmente um dos mais supremos valores humanos, é também o que mais dificilmente é definido e aceito³⁶.

Em função disso, a imensa maioria das barreiras ao comportamento humano sempre restringiram a sexualidade, para que não fôssemos capazes de aceitar o diferente: o homem que não é homem, a mulher que não é mulher. Aprendemos a conviver (jurídica e moralmente) com uma prática de modelação da vida humana, como resistência à apresentação de solução à diversidade. As utopias modernas (“a *instauração e manutenção da ordem que clamavam pelo controle humano*”) nada mais são do que projetos de mundo, tubos de ensaio calculados para prever e estruturar o futuro, a vida cotidiana de modo claro e uniforme, sem deixar espaço para a incerteza e a ambivalência, cada situação com uma regra, uma receita a ela pregada³⁷.

Não bastasse a imposição de sanções e condicionamentos morais, tais consensos acerca da conduta humana ultrapassam os seus limites conceituais e influenciam o direito. A incoerência jurídica instaura-se, haja vista que o instrumento social que deveria inserir parâmetros para a vida relacional das pessoas, na verdade torna-se dessa moralidade.

A sobrevivência da sociedade como grupo situa-se além do juízo de valor que um indivíduo tem acerca do outro e disso decorre a insuficiência da moralidade como

³⁵ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 48-49.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 78-80.

³⁷ BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 85-89.

mecanismo de análise da vontade humana, necessitando, portanto, de parâmetros éticos de justiça³⁸. Esse mecanismo é potencialmente satisfatório para julgar a conduta ética de indivíduos que se relacionam de modo bilateral, insuficiente para abranger a relação social geral, sob pena de caracterizar um voluntarismo ético de imposição da conduta de um a outro, algo que parecerá bom a uns, mas aterrorizante a outros³⁹. Essa reflexão torna-se importante não por que essa moralidade humana seletiva seja algo novo, recente, mas sim por que a magnitude das conseqüências que podem ser causadas por esse impulso moral cresceu recentemente, não tendo uma expansão equiparável em outras épocas.

A dificuldade em estabelecer um critério de justiça que substitua ações pautadas pela moralidade dominante esbarra também no fato de como é difícil para as massas perceberem de modo abstrato o que é justiça (muito embora seja facilmente perceptível o que é a injustiça). Em oposição à noção gramatical, injustiça é a noção positiva, primária para a ética popular, ao passo que justiça a negativa, um derivativo, apenas a inimiga da injustiça. A justiça normalmente é vista como redenção, recuperação de perdas, reparação/compensação de dano, correção do ato primário de injustiça⁴⁰. O pensamento moral mais imediato seria o da insurreição dos estranhos, dos diferentes, dos destituídos e desprivilegiados para lutar por justiça, ao passo que, ao menos concomitantemente, deveria ser se os privilegiados, os contemplados pelo *status quo*, se colocarão acima dos seus interesses singulares ou de grupo para se considerarem também responsáveis pela humanidade, pela sociedade⁴¹.

Essa visão moral ordeira, imposta por um poder político organizado, surge com o Estado na modernidade. Nasce uma cultura de que os grupos detentores do poder ganham legitimidade para impor seus ritos, costumes, inclusive por meio do direito. Assim como as elites escolásticas medievais que, por monopolizarem o latim, construíram parte considerável da cultura da época, os detentores do poder a partir de então forjam linguagens, cultos, modos e costumes ou simplesmente mantém aqueles que lhes são convenientes. Se na época de auge da modernidade a contraditória

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 224.

³⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 68-69.

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 75.

⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 81.

liberdade do capital era simbolizada pelos grandes latifundiários ausentes de suas próprias terras, inconscientes das vidas que delas dependiam, atualmente essa liberdade é representada pela submissão sem limites e generalizada que o capital impõe às massas⁴².

Essa realidade inerte e quase que virtual contrasta, naturalmente, com o momento vivenciado na pós-modernidade, em que a vida não encontra terreno estável para que se conceba uma identidade coletiva genuína e sólida⁴³. Por outro lado, essa vida na contemporaneidade é caracterizada por um sentimento de incerteza, de imprevisibilidade (bem representado pelas multiformes manifestações afetivas do ser humano). Por ser incontrolável, tal incerteza comumente é concebida como negativa, aterrorizante, resultante de um sentimento de perda da ordem, o que apenas faz com que essa ordem moribunda adquira *status* e importância maior do que de fato deveria ter⁴⁴.

Em função disso, temos uma realidade em que a conduta humana é altamente diversificada, mas um modelo jurídico que corresponde a esse momento passado de necessidade de ordem, de segurança, jurídica e moral. Não obstante, em larga medida se defende que a complexidade do mundo precisaria ser reduzida (e não admitida) pelo direito, que funcionaria para estabilizar as expectativas normativas dos indivíduos por meio de seus compartimentos.

Em linhas gerais, essa ciência da complexidade reconhece instabilidade, evolução e flutuação em todo o meio natural e social⁴⁵, um constante risco criado pela modernização da organização econômica (a industrialização massiva, a maximização de uso de recursos naturais finitos, a manipulação da natureza, o uso intensivo de químicos sintetizados, o recurso a formas perigosas de energia e o uso da engenharia genética⁴⁶). No entanto, não coincide a complexidade com o mundo real; mais do que

⁴² BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 236-238.

⁴³ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 32.

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 110.

⁴⁵ NEVES, Clarrisa Eckert Baeta e NEVES, Fabrício Monteiro. *What is complex in the complex world? Niklas Luhman and the Theory of Social Systems*. Em: *Sociologias*. UFRGS – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Vol. 8, n. 15, Jan/Jun/2006, p. 185.

⁴⁶ HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 174.

isso, corresponde ao conjunto de todos os eventos possíveis, o caos⁴⁷. Desse modo, está-se diante de um mundo constituído sensorialmente, que apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contrapartida a um potencial limitado no que se refere à percepção, assimilação de informação e ação atual e consciente, até porque sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar⁴⁸. Há um claro afastamento entre a complexidade do mundo e as aptidões do ser humano em dominá-la⁴⁹. A partir do reconhecimento desse quadro, não basta lidar com ele, mas sim, segundo essa teoria sistêmica, diminuir, controlar, estabilizar a complexidade. O mundo, como complexidade indeterminada e insustentável, deve ser transformado em complexidade determinável e elaborável⁵⁰, uma tarefa de redução da faticidade caótica do entorno a esquemas cognoscitivos manejáveis e que nos permitem estabelecer comunicações entre si⁵¹.

Por evidência, trata-se de criar sistemas que fomentem a previsibilidade de situações futuras, reduzindo o risco e aumentando a confiança⁵², o que seria essencial para a manutenção da ordem social⁵³. Assim sendo, a criação de (sub) sistemas dentro do sistema social combinaria com a tarefa de redução da complexidade. Ao especializar funções, os sistemas demarcariam um âmbito específico da complexidade, pois cada um opera segundo um código (binário) de sentido próprio, o que facilita a simplificação⁵⁴.

⁴⁷ AMADO, Juan Antonio Garcia. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Em: *Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. André-Jean Arnaud e Dalmir Loper Jr. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 301.

⁴⁸ LUHMAN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

⁴⁹ CONEN HUNTER, Jacques. *Complexidade*. Em: ARNAUD, André-Jean. *Liberdade*. Em: *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Direção: André-Jean Arnaud [et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 115.

⁵⁰ NAVARRO, Evaristo Pietro. *La teoría de sistemas de Niklas Luhman y el Derecho*. Em: *El Derecho en la Teoría Social: Diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid, Dykinson, 2001, p. 329.

⁵¹ NAVARRO, Evaristo Pietro. *La teoría de sistemas de Niklas Luhman y el Derecho*. Em: *El Derecho en la Teoría Social: Diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid, Dykinson, 2001, p. 331.

⁵² HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 183.

⁵³ AMADO, Juan Antonio Garcia. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Em: *Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. André-Jean Arnaud e Dalmir Loper Jr. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 301.

⁵⁴ AMADO, Juan Antonio Garcia. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Em: *Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. André-Jean Arnaud e Dalmir Loper Jr. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 307-308.

Como em um modelo cibernético, o sistema jurídico é orientado à redução da complexidade por meio da estabilização daquilo que está fora, no ambiente: deixa-se a complexidade para o ambiente, reduzindo, ordenando o que está dentro⁵⁵. Além disso, o foco não está nos indivíduos que compõem os sistemas, mas sim nas comunicações travadas dentro deles (eventos que possuem um valor comunicativo⁵⁶), que, por conseguinte, prescindem do aspecto subjetivo. Isso também explica o porquê de serem os sistemas externos, ou seja, por que se desconsidera a pura vontade ou os puros estados de consciência do indivíduo⁵⁷.

A tarefa de reduzir a complexidade cabe, portanto, ao sentido de cada sistema, o seu código binário, que teria também a função de guia da conduta concreta dos sujeitos, de acordo com a necessidade de simplificação⁵⁸. Não obstante, a redução da complexidade ocorreria por meio do controle de incertezas do comportamento no jogo interacional, em função das estruturas que ordenam, controlam o sistema social: as expectativas de conduta⁵⁹. Assim, a redução da ambiguidade da vida social passa por uma redução da ambiguidade dos atos humanos e por uma fixação dos seus sentidos⁶⁰.

Ante a evidência de que, nessa concepção, o sistema jurídico não concede importância aos indivíduos (não os negando, por óbvio, mas tirando importância da sua subjetividade), mas sim aos eventos (comunicativos), acaba por restar aos sujeitos o papel de fornecer sentido a tais eventos, de acordo com o código binário lícito x ilícito (ou, especificamente, família x não família). Dessa forma, resta latente no direito uma função de reduzir a complexidade, jamais lidar com ela e tomá-la como premissa. Ao

⁵⁵ ALMARAZ, José. *Niklas Luhman: antes de la autopoiesis: Por la radicalización del funcionalismo hacia la arquitectura de la teoría*. Em: *Complejidad y Teoría Social*. Alfonso Pérez-Agote Poveda e Ignacio Sánchez de la Yncera. Madrid: CIS, 1996, p. 224-225.

⁵⁶ AMADO, Juan Antonio Garcia. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Em: *Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. André-Jean Arnaud e Dalmir Loper Jr. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 304.

⁵⁷ HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 185.

⁵⁸ ALMARAZ, José. *Niklas Luhman: antes de la autopoiesis: Por la radicalización del funcionalismo hacia la arquitectura de la teoría*. Em: *Complejidad y Teoría Social*. Alfonso Pérez-Agote Poveda e Ignacio Sánchez de la Yncera. Madrid: CIS, 1996, p. 232.

⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Dalmir. *Introdução. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Em: *Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. André-Jean Arnaud e Dalmir Loper Jr. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 11.

⁶⁰ HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 184.

fim, não é difícil concluir, de um lado, que tal previsibilidade torna-se muito atrativa para os anseios da atividade econômica organizada e, de outro, que tal modelo de direito não combina com um espaço de conduta humana autônoma, ainda que complexa, imprevisível.

É crucial na sociedade de hoje a criação de uma ordem social que permita harmonizar as necessidades e inclinações pessoais dos indivíduos com as exigências do trabalho e do todo social. Desse modo, só poderia haver uma vida comunitária mais livre de perturbações e tensões se todos os indivíduos gozassem de satisfação suficiente, o que apenas pode ocorrer se a estrutura social for mais livre de perturbação e conflito. Não há motivo, à primeira vista, para que a balança entre necessidades sociais e individuais pese para o primeiro lado, o que parece suceder no momento em que se defende a redução da complexidade e a estabilização das expectativas⁶¹.

O componente central de toda a estrutura social, especialmente na família, é o compartilhamento de expectativas⁶². Importa compreender o processo cotidiano de comunicação a partir de escolhas pelos indivíduos entre comunicações possíveis, de modo que sejam elas tomadas como premissa para o indivíduo – destinatário para suas próprias escolhas⁶³. Tais expectativas são cognitivas ou normativas, na medida em que, respectivamente, correspondem a condutas de aprendizado, aceitação frente à frustração diante do esperado (a conduta conforma a “norma”) ou então a condutas que mantém, sustentam o esperado diante da frustração (o “ilícito”, que despertaria o aparato judiciário)⁶⁴.

As estruturas dos sistemas, por possuírem seu código binário de sentido, exercem papel crucial na redução da complexidade pois restringem o âmbito de possibilidades de opções para o indivíduo, tornando o indefinido em palpável⁶⁵, sendo fonte da garantia de unidade do sistema⁶⁶. Seria o “*obscurecimento de alternativas*”, o

⁶¹ ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, p. 17.

⁶² AMADO, Juan Antonio Garcia. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Em: *Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. André-Jean Arnaud e Dalmir Loper Jr. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 303.

⁶³ LUHMAN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 54.

⁶⁴ NAVARRO, Evaristo Pietro. *La teoría de sistemas de Niklas Luhman y el Derecho*. Em: *El Derecho en la Teoría Social: Diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid, Dykinson, 2001, p. 340-343.

⁶⁵ LUHMAN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 54.

⁶⁶ ARNAUD, André-Jean. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 306.

que faz com que os indivíduos não precisem explicitar por que agem de determinada maneira, na maioria das vezes, inclusive, agindo inconscientemente⁶⁷. No âmbito do direito, age-se de acordo com a expectativa normativa pois ela identifica a conduta lícita, o modelo de conduta esperado e incentivado pela lei.

Resta claro que o direito generaliza as expectativas porque formula modelos de comunicação, impondo normas desincentivadoras de fatos que frustrem expectativas e promovendo, por meio de vantagens, comportamentos esperados⁶⁸. Em outras palavras, a função do direito seria a de formação e reprodução de expectativas de comportamento de modo generalizado, ultrapassando o tempo, a situação e os partícipes de cada relação particular⁶⁹.

É imperioso reconhecer, ainda que de modo simplista, que diante de tal concepção trata o direito de coordenar comportamentos⁷⁰, fator que é agravado pela característica correlata do instrumental jurídico: o recurso à força⁷¹, reconhecido também como fundamento do direito (a violência, a coação) necessário à adequação das expectativas⁷².

Resta evidente que, desse modo, consiste em tarefa do direito adaptar os fatos a si, jamais o inverso. Justamente porque a barreira de sentido (o código binário lícito x ilícito, legal x ilegal, direito x não direito) criada pelo sistema é o que o faz filtrar a complexidade⁷³. Assim, o subsistema jurídico, tal como os subsistemas sociais, ao

⁶⁷ LUHMAN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 54-55.

⁶⁸ HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 184.

⁶⁹ AMADO, Juan Antonio Garcia. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Em: *Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. André-Jean Arnaud e Dalmir Loper Jr. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 331.

⁷⁰ AMADO, Juan Antonio Garcia. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Em: *Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. André-Jean Arnaud e Dalmir Loper Jr. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 312.

⁷¹ AMADO, Juan Antonio Garcia. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Em: *Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. André-Jean Arnaud e Dalmir Loper Jr. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 333.

⁷² LUHMAN, Niklas. *A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito*. Em: *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Em: *Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. André-Jean Arnaud e Dalmir Loper Jr. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 48.

⁷³ AMADO, Juan Antonio Garcia. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Em: *Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. André-Jean Arnaud e Dalmir Loper Jr. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 311.

constituírem-se por comunicações, não por indivíduos, demandam que aquilo que deve ser comunicado seja selecionado⁷⁴.

Isso significa que o direito não percebe previamente como o ser humano se orienta, mas sim percebe (tendo em vista a força de interesses que o move) como quer que o ser humano se oriente e depois normatiza as expectativas. Vivemos sob a batuta de um direito que intervém para selecionar modelos de conduta e formas de agir, muito embora necessitássemos de um mecanismo que, predisposto a ingressar no âmago das relações humanas, estabelecesse apenas parâmetros gerais para que a liberdade não se sobrepujasse à solidariedade, sem, todavia, impor condutas a indivíduos bestializados.

Como se não bastasse tal iniciativa na modernidade, o direito ainda sofre com esquemas modeladores do indivíduo em razão da sucessão de regimes opressivos ou vinculados aos interesses do capital, pois neles entende-se que o direito exerce papel crucial para a regulação, o equilíbrio dos seres humanos⁷⁵. No Brasil, o processo de redemocratização apenas iniciou com a Constituição da República de 1988, portanto muito recentemente, o que coincide com a primeira (e insuficiente) posituação de alternativa para a formação da família, a união estável, discriminada até hoje, o que demonstra como essa opressão moral, ideológica, incide também nos costumes, influenciando o povo como um todo.

A isso se acrescenta o fator capitalismo e temos um direito nele baseado que não se institui sem um controle disciplinar dos indivíduos, sem a animalização do homem colocada em prática por meio de estratégias políticas. Com a modernidade, a vida nua, a zoé (a vida comum, trivial, desqualificada e, assim, animalizada) torna-se aspecto central do jogo político, transformando-o radicalmente. Assim, o poder deixa de ser identificado pelo modelo tradicional da soberania e passa a permear todo o sujeito (a sujeitá-lo) e as formas de vida em geral. Aí se situa a contradição de um direito que busca, supostamente, a liberdade e a plena realização dos indivíduos no próprio ponto

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Dalmir. *Introdução. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Em: *Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. André-Jean Arnaud e Dalmir Loper Jr. (Organizadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 14.

⁷⁵ ELIAS, Norbert. *Envolvimento e alienação*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 99.

em que apenas os submete⁷⁶. Isso em nada combina com o fornecimento de liberdade e tolerância para o indivíduo, mas sim com estimulá-lo a modelos pré-concebidos de convivência. A realidade indica que estamos diante da confluência de dois fatores: um direito injusto e excludente, mas que foi constituído, em regra, em um momento já muito no passado; uma realidade econômica excludente (da qual o direito é instrumento apenas acessório, quase que um mero detalhe que se reproduz por causa dela), baseada em relações de biopoder que animalizam o indivíduo (justamente por que economia e direito se preocupam mais com a vida nua do que com a vida qualificada, reproduzindo o *status quo* econômico e mantendo o *status quo* jurídico do passado).

A família é organização humana sujeita ao extremo à incidência da moral. Desde sempre vinculou todos os seres humanos (pois todos provêm de uma família e quase todos constituem uma nova ao longo da vida) não só como mero rito de passagem na vida, mas como um dos (senão o mais) importante na vida humana coletiva. Desse modo, todas as tentativas de consensos sobre as práticas humanas naturalmente tentariam defender e impor seus modelos de família e práticas a eles conexas.

É comum a definição da família pela sociologia como um grupo de pessoas unidas por conexões parentais, cujos membros assumem a responsabilidade pelo cuidado das crianças⁷⁷. Racionalmente, não há instrumentos que permitam o questionamento acerca da necessidade de cuidado e responsabilidade com as crianças, aspecto ligado à própria biologia e instinto humanos. No entanto, é tortuoso precisar como são formadas essas conexões parentais (portanto afetivas) entre pessoas que já saíram da infância e sem um vínculo biológico.

Tradicionalmente, o casamento surge como a união sexual modelo, socialmente aprovada e reconhecida nas sociedades em geral⁷⁸. Inicialmente a moral, logo o direito percebem uma família completa apenas quando presente a figura do macho, do homem, necessário para confirmar a legitimidade e a origem da filiação⁷⁹. A demanda moral faz surgir a exigência jurídica de que as famílias sejam compostas por mãe, pai e filhos, restando ao diferente a pecha de imoralidade e ilegalidade. Isso não significa a

⁷⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 11-17.

⁷⁷ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4ª edição. Porto Alegre, Artmed, 2005, p. 151.

⁷⁸ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4ª edição. Porto Alegre, Artmed, 2005, p. 151.

⁷⁹ MICHEL, Andrée. *Sociologia da família e do casamento*. Porto: Editora Rés, 1983, p. 149.

ausência de relações afetivas e sexuais no período pré-casamento, relações sem filhos ou monoparentais, mas sim que existe um modelo instituído como dominante, incentivado como correto, detentor de um “*postulado universal de legitimidade*”⁸⁰.

Principalmente nas sociedades ocidentais, a família nuclear (dois adultos de sexos diferentes vivendo com seus filhos) está associada a um projeto indefinido de vida constituído por um relacionamento afetivo sexual e monogâmico⁸¹, não havendo chancela moral para relacionamentos afetivos não baseados *a priori* em relações sexuais (entre apenas amigos ou parentes, por exemplo) ou mesmo em relações sexuais consideradas amplamente como imorais (as ditas incestuosas, por exemplo) ou de poligamia.

A manifestação da sexualidade humana situa-se em um campo além das necessidades e instintos biológicos do ser humano. Ela é simbólica, refletindo aspectos psicológicos e emocionais, devendo ser entendida de acordo com as significações sociais em que os seres humanos estão inscritos⁸². Em função disso, fica claro que o ser humano em geral concorda em ter uma sexualidade aparente e outra intrínseca. Na aparente, aquela que se revela para a sociedade, uma postura de estabilidade, confiança (para atrair benefícios profissionais e pessoais no meio em que convive) revelada pelo modelo matrimonial monogâmico. Intrinsecamente, o ser humano age à medida que a sua necessidade por satisfação pessoal se coloca à frente das escolhas afetivas que realiza (e, portanto, o modelo monogâmico e matrimonializado torna-se evidentemente insuficiente). No entanto, para o direito e a moralidade, a forma aparente de sexualidade é mais importante, dadas as definições e necessidades dessas duas esferas.

Essa manifestação da sexualidade no meio social é, assim, a eterna tensão entre o que o ser humano aparenta, ou quer/precisa aparentar, mesmo que inconscientemente, e aquilo que o ser humano sente, quer fazer, de acordo com seu instinto, mesmo que inconsciente, e com relação a isso é reprimido. A explicação é, inclusive, psicanalítica: a aparência (o Eu), aparente ser autônomo, unitário, bem demarcado, enfim apto a caracterizar o sentimento e vontade humana é enganoso, haja

⁸⁰ MICHEL, Andrée. *Sociologia da família e do casamento*. Porto: Editora Rés, 1983, p. 160.

⁸¹ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4.ed. Porto Alegre, Artmed, 2005, p. 152.

⁸² GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4.ed. Porto Alegre, Artmed, 2005, p. 116.

vista que se prolonga para dentro, sem fronteira nítida, em uma entidade inconsciente (o Id) da qual é apenas fachada⁸³.

Isso reflete claramente a tendência geral para a alternativa casamento, pois sempre transparece como um mecanismo familiar mais estável, duradouro e harmonioso (o que é corroborado até por discursos, notadamente religiosos, defensores de sua indissolubilidade). Dada a falsidade dessas características para o casamento, que é tão estável ou harmonioso quanto qualquer outra forma de família, explicam-se igualmente as altas taxas de divórcio no geral, assim como as massas de seres humanos sexualmente frustrados ao longo dos séculos⁸⁴. Em que pese a harmonia e estabilidade de um casamento estejam especialmente ligadas a fatores econômicos, o fato de o casamento ter um grande poder de sedução na juventude demonstra que as expectativas mais primitivas do ser humano ainda têm efeito sobre a escolha da forma familiar.

Desse modo, a união livre (terminologia sociológica, não mais respaldada pelo direito) ainda é em grande medida vista como espécie de ante-sala para o casamento, um teste que coloca a prova a convivência do casal. A escolha pela simples união livre (pelo ato de partilhar a vida, sem qualquer formalidade ou ato simbólico) acaba esbarrando nas necessidades do mercado, que impõe o seu discurso. Se antes tal necessidade estava vinculada com o ato de estereotipar o sexo (predefinindo os papéis do homem e da mulher, respectivamente de produtor para o mercado e doméstica e consumidora privilegiada), atualmente identifica-se com todo o segmento econômico que gira em torno da boda⁸⁵.

Considerando isso, a extraconjugalidade dos relacionamentos é algo secreto (ainda mais secreto para o direito, que sendo o discurso regrador oficial, jamais poderia oficializá-la) mas cada vez mais admitida pelas pessoas em relacionamentos afetivos, invertendo a lógica de um certo período romântico das relações afetivas, em que se escolhia um parceiro definitivo também por que isso proporcionava segurança, identidade familiar. Atualmente, paira um sentimento de que o relacionamento

⁸³ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011, p. 9.

⁸⁴ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011, p. 50.

⁸⁵ MICHEL, Andrée. *Sociologia da família e do casamento*. Porto: Editora Rés, 1983, p. 207-216.

monogâmico beira ao desperdício, pois com ele o indivíduo se fecha para outras possibilidades afetivas mais satisfatórias e completas, de modo que a característica de segurança acaba no outro lado da moeda, pois aqueles que optam por vários e variados relacionamentos (inclusive ao mesmo tempo), deixam sempre aberta a porta do afeto, manifestando-se afetivamente de forma total e, querendo, tendo várias opções para escolher, em uma situação de espécie de “*segurança afetiva*”. A abundância de relacionamentos oferecidos, aliada à sua fragilidade, não inspira confiança e segurança em investimentos afetivos em longo prazo⁸⁶.

É preciso se acostumar com a convivência em uma família não mais perene, em que o indivíduo cura as feridas contraídas no espaço público. Herdada da lógica individualista do mercado, a família é hoje muito mais um vínculo pragmático, que coloca o outro como fonte potencial de experiências prazerosas, de forma relativamente temporária⁸⁷.

A história da intimidade brasileira especialmente demonstra a incidência da moral (concomitantemente com o direito) para exigir uma aparência de recato, segurança, desobedecidas em segredo ao extremo. Desse modo, mesmo tendo sido imposto desde os tempos da Colônia o modelo formal e religioso de família, as relações pessoais foram permeadas por intensa devassidão, poligamia e filiação ilegítima⁸⁸.

O “*homem cordial*” brasileiro sempre esteve preocupado com os efeitos e reflexos periféricos de suas atitudes, com a percepção que a sociedade tem de seus atos⁸⁹, de modo que a necessidade de ritos e costumes é facilmente percebida e aproveitada pelas classes mandantes. Desde o Brasil colônia o casamento foi tratado como um projeto estatal, articulado com a Igreja, para conferir segurança aos colonos, surgindo com intensidade a noção de que “*o casamento dignificava as pessoas*”⁹⁰, pressão oficial necessária no início do processo colonizador para que as taxas de

⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 37.

⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 114.

⁸⁸ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006, p. 161-168.

⁸⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 147.

⁹⁰ ALGRANTI, Leila Mezan. *Famílias e vida doméstica*. Em: *História da vida privada no Brasil 1: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 85-87.

casamentos oficializados aumentassem⁹¹. A população foi submetida a um verdadeiro processo gradativo de imposição implícita e cotidiana dos costumes religiosos ligados à família pelas classes economicamente e ideologicamente poderosas (o Estado burguês e a Igreja) para que a promiscuidade inicial dos colonos não proliferasse. Desse modo, até mais que nos feriados civis e homenagens à família real, era nas cerimônias religiosas que o povo mais interagiu entre si (e em que essa interação mútua era mais estimulada), algo semelhante aos tempos atuais; as missas, por muito tempo, foram inclusive os únicos eventos em que as mulheres podiam comparecer sem levantar questionamentos sobre o seu comportamento⁹².

A família brasileira nada mais é, quiçá apenas de modo mais acentuado, do que fruto do mesmo fenômeno social ocorrido no Ocidente desde o ano um. Muitos dos costumes nasceram como práticas religiosas e são conservados seja pelo medo do indivíduo da falta de aceitação pelo grupo, seja pela conveniência em atender cada novo interesse que atrela ao costume ao longo da história. Assim é que a noção de família religiosa, formada pelo casamento e baseada na autoridade masculina, é mantida a partir do século XVIII com a imposição da lógica liberal e burguesa, pois interessada na nova vida econômica privada que surgia⁹³, esta que necessitava de um mecanismo para a constituição da família que fosse único e público, apto a garantir com segurança a transmissão e união do patrimônio burguês. Essa necessidade de certeza e previsibilidade também garantiu o casamento como modelo de família dominante nas sociedades industriais em geral, muito embora não insuscetível de contestação⁹⁴.

De fato, ao final do século XX vivencia-se o apogeu da publicização no âmbito da família, iniciada pela moralidade decorrente da religião, aproveitada pelo direito. O casamento nasce como um costume religioso realizado de forma pública. A noção de que os atos religiosos mais importantes devem ocorrer na esfera pública diz respeito, na filosofia religiosa, à necessidade de controle social e manutenção da rígida

⁹¹ THERBORN, Göran. *Sexo e poder: a família no mundo, 1900-2000*. São Paulo: Contexto, 2006, p. 232.

⁹² ALGRANTI, Leila Mezan. *Famílias e vida doméstica*. Em: *História da vida privada no Brasil 1: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 113-114.

⁹³ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 32.

⁹⁴ MICHEL, Andrée. *Sociologia da família e do casamento*. Porto: Editora Rés, 1983, p. 150.

hierarquia imposta pela Igreja⁹⁵. Assim sendo, um costume que simplesmente se transfigura de religioso para civil arrastaria com naturalidade a característica de publicidade e essa modalidade de controle do poder discursivo sobre as massas (impondo o casamento e estigmatizando aqueles que não casam).

Religião e mercado mostraram-se especialistas no mister de imposição do casamento. Primeiro para a religião, depois para o mercado, o modelo de constituição familiar matrimonializado se mostrou interessante e origem de uma série de benefícios, o que se revelou, igualmente, compatível com um sistema social de dominação no âmbito familiar. Muito embora as regras jurídicas (decorrentes do poder político influenciado pelo capital) sejam baseadas em princípios universais de dignidade, liberdade e solidariedade, a sua eficácia e força permanecem em âmbito local, ao passo que religião e mercado, que efetivamente influenciam os modelos de conduta, os paradigmas sociais, possuem genuína extraterritorialidade, emancipando-se da política e do direito⁹⁶.

Toda sociedade constrói mecanismos para mascarar seus sistemas de dominação, que, ao refratarem a percepção mais imediata da realidade, transformam as relações de dominação em práticas naturais e indiscutíveis. Tal fator se agrava em sociedades em que a economia ainda não se distingue completamente das outras esferas sociais. Desse modo, esse encobrimento, essa mistura é necessária para inserir disfarçadamente dominações arbitrárias de interesse econômico nas relações pessoais. No capitalismo avançado a ideologia mais bem-sucedida é justamente aquela que não precisa de palavras e se mantém a partir de sistemas auto-regulados e impessoais de dominação⁹⁷.

Há um processo primário de “*introjeção naturalizada*” desses aspectos de dominação e desigualdade que se passa na escola e na família, especialmente com relação a práticas implícitas para um aprendizado não-intencional de disposições, inclinações e esquemas que são incorporados, sem mediação consciente e reflexiva,

⁹⁵ MOTT, Luiz. *Cotidiano e vivência religiosa: entre a capela e o calundu*. Em: *História da vida privada no Brasil 1: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 159.

⁹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 235.

⁹⁷ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 47-50.

como “*cultura legítima*”, que se revela principalmente de forma estética (externa, não como conteúdo relevante para o indivíduo). Não à toa, somos ensinados e percebemos (uma lógica vazia) desde a infância que o modelo adequado de família é constituído pelo casamento.

Não obstante, a isso se alia a tática de um senso de pertencimento (apenas um senso, por óbvio) que se atrai às pessoas (todos querem ser casados, pois esse é o costume), para que se sintam (apenas se sintam, uma vez mais) em um mundo de perfeição, harmonia e beleza, transmitido de maneira inconsciente, irrefletida e sem esforço e que confere solidariedade imediata e intuitiva. Trata-se de um *habitus* caracterizado por práticas sociais similares, que permitem estratégias comuns e conseqüências compartilhadas, mesmo ausentes acordos conscientes e refletidos. Desse modo, a eventual luta de classes dos dias atuais não é apenas pelo e contra o poder político e econômico, mas principalmente pela definição da cultura que será considerada legítima, dos esquemas inconscientes e irrefletidos que servirão como orientação de comportamento às classes sociais submetidas⁹⁸.

A esses sistemas de dominação alia-se a lentidão com que o sistema jurídico se movimenta, passível de se identificar, no tocante à família, que está arraigado em regras consolidadas no início do século XX, pensadas de acordo com esse modelo perene de família imposto para a sociedade do século XIX, não acompanhando as mudanças de comportamento dos indivíduos ao longo da segunda metade do século XX⁹⁹, em muito permeadas por gradativa liberação, com surgimento de novos modelos familiares, mais adeptos à simples coabitação e à reconstituição familiar, sem olvidar, por outro lado, de uma significativa importância para o casamento.

Muito embora a heterossexualidade seja dominante, por questões majoritariamente (ainda que não apenas) biológicas, os gostos e práticas sexuais dos humanos são altamente variáveis. As sociedades em geral contêm normas que aprovam e desencorajam certas práticas. No entanto, isso varia conforme as culturas e a época, o que demonstra que as respostas sexuais, em sua maioria, são apreendidas

⁹⁸ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 55-58.

⁹⁹ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4ª edição. Porto Alegre, Artmed, 2005, p. 152.

pelo ser humano na socialização, não são inatas¹⁰⁰ e assegura ainda mais o papel significativo do direito em uma sociedade com essa diversidade sexual acentuada. O poder político sempre responde a essas demandas com políticas públicas segmentadas, sem intervenções determinantes para instituir paradigmas coletivos de tolerância.

Como consequência, esse vazio deixado pelo Estado acaba sendo ocupado por comunidades neotribais (normalmente segmentárias e violentas), até porque se essas comunidades não existissem os indivíduos estariam perdidos, sem rumo. É necessária uma escolha política caracterizada pela harmonia (que difere da uniformidade, pois nela a identidade é mantida) gerando melodia com as diferentes formas de expressão¹⁰¹.

1.2 Moralidade, religião e família

O fenômeno moralista que dita as práticas usuais para a família nos últimos séculos é impulsionado pela religião e, conseqüentemente, pelas igrejas em geral; no Ocidente, as cristãs, de todas as correntes. No início da história ocidental, pelo menos a partir da Antiguidade, as igrejas respondiam pela própria reunião dos indivíduos no espaço público. Sem Estado, respondiam pelo direito e pela instituição da vida em sociedade. A partir da modernidade há um rompimento com essa característica: por definição política as religiões são relegadas ao espaço privado, cabendo a laicidade ao espaço público.

No entanto, a diversidade de seitas e correntes dentro dos mesmos grupos (teístas e cristãos, em especial) acarreta uma intensa disputa pelo convencimento dos fiéis, realizada de forma discursiva e política no espaço público. Tal postura faz com que, quase que naturalmente, as religiões tenham até os dias atuais a característica marcante de propor e defender modelos de conduta humana na seara pública. De fato, a partir de meados do século XX a mensagem religiosa está muito mais conectada a

¹⁰⁰ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4ª edição. Porto Alegre, Artmed, 2005, p. 116-117.

¹⁰¹ BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 123.

uma disputa por mercado, meios de comunicação capitalistas, suas propagandas, doações, influências políticas, econômicas e até militares¹⁰².

Com efeito, vive-se submetido a uma postura universalizante do discurso religioso, como se fosse ele parcela inerente à vida humana (assim como a propriedade, a família, a nação, todos devem ter uma religião¹⁰³), em verdadeiro confronto com uma suposta vida equivocada vivida em meio ao agnosticismo. Agravando esse quadro, não há insatisfação ou qualquer espécie de revolta conjunta dos indivíduos que não são adeptos de religiões, mas apenas indiferença¹⁰⁴, ponto que aos religiosos é altamente conveniente, pois evita contestação de seus dogmas e ritos.

Não obstante, contribui para a perpetuação e reprodução da ordem social e política, estimulando a indiferença e principalmente a resignação, característica sempre consagrada, santificada, diante da promessa de salvação em outro mundo¹⁰⁵. Além disso, inculca nos seres humanos a lógica perene de educar para respeitar a autoridade, ritos e liturgias¹⁰⁶.

Conseqüentemente, um modelo tradicional e conservador de família é propagado, não por ser a visão mais humana segundo as igrejas e religiões, mas simplesmente por ser o mais compatível com seus costumes históricos e dogmas, dos quais não podem abrir mão ou os submeterem a revisão, sob pena de admitirem erro e fraqueza perante as concorrentes. Essa condição decorre, dessa forma, da influência histórica das religiões na sociedade e da necessária disputa política que travam no espaço público, de modo que esses dois fatores requerem combate: relegando o discurso prescritivo das religiões para a esfera privada, principalmente longe do direito.

Todas as religiões são instrutivas, pois concebem sua maneira de conduta humana. Essa concepção, evidentemente, é movida por um discurso prescritivo, de convencimento, não apenas dialógico, pois como qualquer sistema simbólico, estão

¹⁰² DERRIDA, Jacques. *Fé e Saber*. Em: *A religião: o seminário de Capri* (org. Gianni Vattimo e Jacques Derrida). São Paulo: Estação Liberdade, 2000, p. 37-39.

¹⁰³ DERRIDA, Jacques. *Fé e Saber*. Em: *A religião: o seminário de Capri* (org. Gianni Vattimo e Jacques Derrida). São Paulo: Estação Liberdade, 2000, p. 63.

¹⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Dois mil anos sem um novo Deus*. Em: *A religião: o seminário de Capri* (org. Gianni Vattimo e Jacques Derrida). São Paulo: Estação Liberdade, 2000, p. 223.

¹⁰⁵ BORDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 53.

¹⁰⁶ BORDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 72.

predispostas a cumprir uma função de associação e dissociação¹⁰⁷. Além disso, geralmente aliam tal postura com apelos ao sobrenatural, ao incognoscível e incompreensível para explicação sobre os mistérios do mundo (estes que, naturalmente, causam inquietação aos indivíduos, que perecem diante das explicações dogmáticas religiosas). Uma espécie de medo cósmico, quiçá reciclado, é usado por todos os sistemas religiosos; a imagem do ser superior, governante supremo do mundo, é moldada a partir do sentimento conhecido de medo e vulnerabilidade diante da incerteza¹⁰⁸.

Há, igualmente, uma relação de explicação e orientação com seres conscientes superiores, contatados por meio de orações, oferendas e sacrifícios (exceção feita ao budismo). Assim, todo tipo de religião combina esses dois aspectos: crenças e ritos e, em função disso, define o mundo de forma maniqueísta em duas esferas: o sagrado e o profano, respectivamente dentro e fora dessas crenças e ritos¹⁰⁹. Isso demonstra o claro caráter supersticioso que existe na religião, de modo que aceitar que ela oriente a esfera pública de convivência entre as pessoas é aceitar padrões impostos pelos seus interesses e decorrentes desse quadro de superstição.

Para racionalidades baseadas no misterioso, a imposição de um modelo maniqueísta é extremamente conveniente. Isso porque, na ausência de meio-termo, todos têm receio de permanecer no lado ruim, supostamente errado e, como a lógica apresenta duas escolhas apenas, a opção pelo profano é sempre algo muito difícil, até omitida ou mantida implícita por aqueles que optam por uma vida agnóstica. É essa lógica que é transmitida para o espaço familiar, em que existem duas espécies de família: a correta e a incorreta.

Desde os primórdios, a religião se configura em uma forma de aproveitamento da fraqueza intelectual humana, inserindo como dogma o monopólio da sacralidade e da espiritualidade. Como o judaísmo-cristianismo está na própria gênese da religião, quase que automaticamente se confunde com a própria moralidade humana: “*a evangelização é a própria inserção universal do imperativo categórico*”. Surge como decorrência um

¹⁰⁷ BORDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 43.

¹⁰⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 79.

¹⁰⁹ DURKHEIM, Émile. *As formas elementares de vida religiosa*. 2ª edição. São Paulo: Paulus, 1989, p. 54-68.

desejo ínsito por justiça na religião, instituído por dogmas universais que deveriam ser particulares, inseridos no âmbito privado de conduta apenas, mas que operam por meio de mensagens, apelos hegemônicos dirigidos ao outro e não à própria seita¹¹⁰.

Esse apelo hegemônico raramente encontra afronta em razão da conveniência com que se mantém a tradição dos antepassados. No âmbito privado familiar a religião só é transmitida e mantida como costume. À medida que o intelecto humano e a ciência se desenvolvem, o grande apelo em oferecer uma resposta única para o desconhecido, para males e infortúnios não desvendados tende a arrefecer. Assim, não é contraditório para a incidência religiosa na sociedade que essa incidência seja ainda extensa em razão de mero rito, costume a ser seguido, pois é justamente esse o único fator que mantém a religião em larga escala na civilização do século XXI. Apenas isso explica a crença ferrenha em algo sem qualquer evidência: a conveniência da tradição¹¹¹.

O quadro de funcionamento das religiões corresponde, portanto, à prescrição de condutas para os indivíduos. A incoerência do discurso religioso se agrava pois a sua evolução denota que se tornam cada vez mais sistematizadas e detalhistas em suas práticas e representações. Esse “conhecimento” se concentra nas mãos de um pequeno grupo de sacerdotes, para que o grande grupo de seguidores seja sempre considerado leigo e, desse modo, sujeito à forma como esses sacerdotes revelam o que é sagrado. Tal distanciamento tende a provocar uma espécie de “*pauperização*” religiosa, ou seja, uma espécie de separação simbólica entre o saber sagrado, detido pelos sacerdotes (que acabam por sempre emanar os discursos, inclusive na mídia) e uma ignorância profana que cabe aos fiéis, que acabam por se situar em uma posição em que não podem questionar os dogmas religiosos¹¹².

Pode-se sintetizar a prática religiosa em dois passos: 1) Construir e expressar uma “*lógica em estado prático, em termos de problemática implícita*”, isto é, um sistema de questões indiscutíveis tendo já previamente delimitado o campo de discussão; 2) Pelo efeito da consagração (ou legitimação), constituído pelo simples fato de explicitar certos raciocínios, a religião converte a natureza, fazendo com que o *ethos* (um sistema

¹¹⁰ DERRIDA, Jacques. *Fé e Saber*. Em: *A religião: o seminário de Capri* (org. Gianni Vattimo e Jacques Derrida). São Paulo: Estação Liberdade, 2000, p. 19-30.

¹¹¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 79-87.

¹¹² BORDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 37-40.

implícito de ação humana) se transfigure em ética (um sistema racionalizado de normas explícitas). Desse modo, a religião assume uma função ideológica: prática e política de absolutização do relativo e de legitimação do arbitrário com relação a um específico modo de vida, cuja desobediência pelos fiéis implica a imposição de “*sanções santificantes*”, mecanismo simbólico limitador e manipulador da conduta humana por meio desse sistema de práticas e representações. Essa arbitrariedade simbólica legitimada pelo discurso religioso se agrava pois a imensa maioria dos indivíduos que buscam a religião são leigos à procura de resposta e justificativa para suas angústias existenciais, função propalada mas evidentemente descumprida pelas religiões¹¹³.

Todo esse cenário resulta na prática religiosa de inculcar nas pessoas um “*habitus religioso*”, uma espécie de princípio gerador de todos os pensamentos, percepções e ações no mundo que apreende toda a conduta humana (inclusive a formação familiar), de modo que o símbolo e a prática religiosa sejam totalizantes, não havendo possibilidade de conduta fora deles. Esquemas de percepção, pensamento e ação que conferem a forma suprema de legitimação, pois implicam um consenso sobre a ordem do mundo, eterna e imutável, pois constituída pelo ser supremo e sobrenatural; expedientes para inibir, disfarçar a subversão da ordem simbólica. Isso envolve a necessidade das religiões de excluir todas as demais “*empresas de salvação*”, visando a conquistar ou preservar um monopólio sobre a consagração por elas fornecidas, o que resulta nas disputas políticas já mencionadas¹¹⁴.

De fato, é possível afirmar que a moral religiosa vigorou a plena força apenas até o Iluminismo, coincidindo efetivamente com a própria moral. Corrompido pelo pecado original, não caberia ao homem encontrar e conhecer a justiça. Com a modernidade, a moral se emancipa da Igreja, de seus dogmas e verdades reveladas, sustentando-se de maneira humano-racional. O indivíduo humano como novo valor absoluto proclama uma moral laica, expressa também em princípios básicos e inquestionáveis, tais como a soberania individual e a igualdade civil. No entanto, tanto uma como outra, a seu modo, exigem a prática da virtude, ou seja, a abnegação de si mesmo, o sacrifício integral, a obediência incondicional e desinteressada aos imperativos morais, de modo que

¹¹³ BORDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 45-51.

¹¹⁴ BORDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 58-72.

também nessa moral moderna existe uma idolatria do dever que não a libera de um caráter religioso, já que baseada no dever moderno de confiança na educação, na perfectibilidade indefinida do gênero humano e no aperfeiçoamento moral da humanidade, direcionando-a para mais justiça e mais virtude.

Os costumes, ou seja, a vida cotidiana e a ação social também foram influenciados por esse moralismo moderno do dever. O comedimento sexual, o anátema contra toda espécie de desvio libidinoso não são invenções da moral moderna, mas certamente foram por ela mantidos (especialmente no âmbito escolar, familiar e médico). Formas marginais de sexualidade foram perseguidas e as relações sexuais mais associadas à idéia de um dever do que de prazer. Naturalmente, surge a ligação da família com uma função pública moralizadora. A moral inicia-se na família, já que essencial para a convivência social, esta importante para as nações¹¹⁵. Em função disso, mesmo que se releve o argumento de que a moral a partir da modernidade não é mais religiosa (o que é mais evidente fora da América Latina), resta claro a sua influência posterior e as suas amplas intersecções mesmo com uma moral supostamente laica.

Na maioria dos países denominados economicamente desenvolvidos (principalmente países da Europa e Estados Unidos) a incidência de costumes religiosos costuma ser baixa. Procedente ou não a associação entre desenvolvimento econômico e intelectual com a adoção de práticas religiosas, fato é que a realidade socioeconômica brasileira impediu e impede ainda hoje tal arrefecimento.

Já no Brasil colônia, o contato da religião da metrópole com os brasileiros gerou um fenômeno particular e autônomo: mesmo adotando o modelo do catolicismo português, os brasileiros o fizeram de maneira muito mais relaxada, não rigorosa e, portanto, sem questionamentos acerca de seus dogmas (tais como o casamento e sua indissolubilidade). De fato, a miscigenação cultural brasileira, entre o índio e o europeu, gerou uma espécie de religiosidade mais branda, menos rigorosa, um “*crístianismo lírico*”, liturgia mais social do que religiosa; desse modo, as divindades e os ritos católicos adquiriram aqui uma característica mais humana, mais próximas dos

¹¹⁵ LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Barueri: Manole, 2005, p. 1-20.

indivíduos, com efetivo caráter de superstição¹¹⁶. Desenvolveu-se verdadeira “*religiosidade de superfície*”¹¹⁷. Por isso, mesmo em época de questionamento do catolicismo e das religiões cristãs em geral, o Brasil configurou-se como lugar de uma nova e fácil expansão, acomodando-se com os demais aspectos e características do comportamento social local.

Aliado a isso, temos a grande força dos jesuítas no período colonial, pois encontraram uma civilização indígena ainda carente de unificação e educação formal. Assim, praticamente pode-se afirmar que eles moldaram a organização social inicial do Brasil, naturalmente aliando-se ao Estado burguês. Além disso, as necessidades econômicas do Brasil colônia pendiam para a aceitação irrestrita de estrangeiros no país, fazendo esse Estado uma única exigência, a de que professassem, ao menos formalmente, a religião católica. Daí poder-se igualmente afirmar a dificuldade em separar o brasileiro do católico, pois o catolicismo foi realmente o cimento da unidade brasileira¹¹⁸, pouco importando que a grande massa fosse de católicos superficiais e pseudo praticantes, fator que, culturalmente, se estendeu às outras religiões que surgiram posteriormente¹¹⁹.

Desse modo, no âmbito social, desde a colônia, o catolicismo impõe uma série de crenças e práticas onipresentes que são dominantes para o indivíduo desde o nascimento, mantendo-o nesse raio de ação constante e poderoso. Essas crenças e práticas são inseridas na mentalidade do indivíduo com a naturalidade de acontecimentos banais e corriqueiros de uma existência trivial (o que dizer do batismo, do casamento religioso, que assim o são até os dias de hoje), sem que se levante quaisquer suspeitas de que esses atos são dispensáveis. Exemplo disso, na colônia os registros de nascimento e casamento eram monopolizados pela igreja e litígios sobre esses temas também eram de sua jurisdição privativa. O reflexo dessa realidade era a

¹¹⁶ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006, p. 84.

¹¹⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 149-151.

¹¹⁸ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006, p. 90-92.

¹¹⁹ MOTT, Luiz. Cotidiano e vivência religiosa: entre a capela e o calundu. Em: *História da vida privada no Brasil 1: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 175-176.

insistente interferência dos ministros religiosos em assuntos particulares, especialmente da vida doméstica dos casais e da educação de seus filhos¹²⁰.

Não obstante, o Brasil Império e República herdaram do Brasil colônia uma cultura de praticar o catolicismo em praça pública, por meio dos ritos e sacramentos, que tinham como efeito esse poder, concedido, então tacitamente por todos, aos clérigos para que estes pudessem adentrar a intimidade das famílias e verificar a prática também privada da religião, os ditames da fé (é comum a figura do padre convivendo com a família católica ao longo da história, inclusive na literatura e dramaturgia)¹²¹. Isso nasce principalmente para evitar práticas sincréticas no Brasil colônia, mas naturalmente ganha corpo como forma de controle (o que se mantém até os dias de hoje, com as inúmeras pregações que se realizam pela mídia). Os feriados, ritos e cerimônias festivas têm, desse modo, a função de mascarar esse controle ao longo da história. A religiosidade brasileira, com isso, exigia apenas um “*rigor externo*” de seus adeptos. Pessoalmente, os sacerdotes sempre estiveram menos preocupados com a moral religiosa e mais com o recolhimento de tributos eclesiásticos e com a função política da instituição a que pertencem¹²². No entanto, para a sociedade esse rigor externo produz conseqüências no convívio coletivo, para a organização das famílias e, ademais, para os modelos de família tolerados pelo direito.

Não resta dúvida de que o comportamento sexual das sociedades ocidentais foi moldado por aproximadamente dois mil anos pelo cristianismo. A visão dominante sempre foi a de que todo comportamento sexual é suspeito, condenável, exceto o necessário para a reprodução. Isso decorre do dogma religioso de que a função precípua da família é a procriação para que novos “*filhos de Deus*” venham ao mundo, ou seja, para que a própria religião se propague com mais famílias formadas de acordo com seus preceitos¹²³. Se mesmo a satisfação sexual por meio do casamento era

¹²⁰ PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 326-328.

¹²¹ MOTT, Luiz. *Cotidiano e vivência religiosa: entre a capela e o calundu*. Em: *História da vida privada no Brasil 1: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 191-201.

¹²² PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 352-353.

¹²³ LEBRUN, François. *As Reformas: devoções comunitárias e piedade pessoal*. Em: *História da vida privada, 3: da Renascença ao Século das Luzes*. Phillippe Ariès e Roger Chartier (organização). São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 86-87.

condenada, foi natural que, em certa medida, isso resultasse em alta incidência de pudicícia nas relações afetivas, sem embargo da freqüência de relações secretas, especialmente por homens, para satisfazer seus impulsos mais imediatos, atitudes cujos resíduos prolongam-se até hoje¹²⁴.

Em função disso, a tese católica/cristã do casamento, sinônimo único de formação da família conforme os ditames eclesiásticos, é a de um ato sagrado, um sacramento, dádiva da graça divina e que, como conseqüência, deveria ser regulado somente pelas leis eclesiásticas, sendo, obviamente, indissolúvel¹²⁵. Assim, o direito canônico do casamento, já muito difundido a partir do século XII, é criado com especial função de formar a família conforme as regras religiosas, fornecendo especial atenção para as situações de impedimentos e invalidez, semelhantes às atuais, monogamia e indissolubilidade¹²⁶, todos evidentes fatores de controle da conduta afetiva e sexual das pessoas.

É possível afirmar que houve pela igreja católica verdadeira “*invenção do direito matrimonial*”, de acordo com seus dogmas e padrões, mas também para facilitarem a aceitação da sociedade. Uma vez que as normas do Antigo e do Novo Testamento (bem como os ensinamentos de Paulo e Cristo) eram escassas para estruturar uma instituição completamente nova em torno do matrimônio cristão, foi forte a necessidade de aproveitamento de caracteres romanos, tendo a liturgia primitiva do casamento sido resultado de uma composição entre as regras e costumes romanos, helenísticos e judeus.

Nada obstante, ao lado da adoção de costumes já existentes, desenvolveu-se uma certa ética cristã, baseada na indissolubilidade (resultado da perpetuidade de todo sacramento cristão que, de acordo com os ensinamentos de Santo Agostinho, seriam signos eleitos pela vontade divina¹²⁷), virgindade, castidade e finalidade precípua de procriação¹²⁸. De todo modo, como o aspecto patrimonial do casamento se manteve

¹²⁴ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4ª edição. Porto Alegre, Artmed, 2005, p. 117.

¹²⁵ THERBORN, Göran. *Sexo e poder: a família no mundo, 1900-2000*. São Paulo: Contexto, 2006, p. 200-201.

¹²⁶ LEBRUN, François. *O sacerdote, o príncipe e a família*. Em: *História da família, vol. III, o choque das modernidades: Ásia, África, América, Europa*. Direção de André Burguière, Christiane Klapisch-Zuber, Martine Segalen e Françoise Zonabend. Lisboa: Terramar, 1998, p. 83-85.

¹²⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. *A invenção do direito matrimonial*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 115.

¹²⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. *A invenção do direito matrimonial*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 3-38.

primordial, certos atos foram criados para simbolizá-lo, mas também para deliberadamente transparecer um aspecto de dever moral, certamente confundindo e já condicionando os futuros cônjuges, como o anel de noivado, a junção das mãos e a troca de um beijo¹²⁹.

Na seqüência temporal, a relação entre burguesia e igreja católica no período pós-revolucionário na França mostra uma intensa ambigüidade. Inicialmente caracterizada pelo rompimento, pela oposição, pela grande intervenção e proibição de costumes religiosos e, especialmente, pela secularização do casamento, tamanha ingerência não cedeu ao ponto de barrar a utilização do mesmo modelo de família que a própria igreja: o casamento¹³⁰. Diante da evidência de que tal expediente serviu para a aceitação do modelo de família burguês (com função diferente do religioso, em que pese utilizando o mesmo sistema formal), verifica-se a mais concreta incidência de um poder e de um discurso, altamente eficazes, exercidos silenciosamente, indiretamente.

As intersecções entre moral religiosa e o poder disciplinar exercido a partir da modernidade são efetivamente profundas. A idéia de prescrição jurídica de regras comportamentais para a sexualidade ganha muita força com o cristianismo (que se espalha por toda a sociedade) na Idade Média. De modo que o indivíduo tenha sexualidade apenas para reproduzir, a moral cristã enfatiza a repressão sobre o desejo sexual e tenta erradicá-lo. Após o Iluminismo, quando a religião tende a se esvaecer (pelo menos na Europa), sobra esse aspecto jurídico regulador dos comportamentos. A partir da modernidade, o ser humano se depara com uma certa liberação para realizar seu desejo, todavia vinculado a resquícios de regras morais e jurídicas que visavam à sua erradicação.

Aliado a isso, de modo a estender todo o biopoder sobre o indivíduo, constrói-se uma tecnologia moral de confissão individual, pelo discurso da autorreflexão. Meio de controle (especialmente das classes trabalhadoras), opera também por uma incitação a se falar sobre sexo: confessando-se o indivíduo passa a se conhecer. Ligada à técnica religiosa, é componente central para a disciplina e controle sobre os corpos, caracterizando poder não apenas como repressão, coerção, mas por uma interação de

¹²⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. *A invenção do direito matrimonial*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 36.

¹³⁰ HUNT, Lynn. *Revolução Francesa e vida privada*. Em: *História da Vida Privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 34-37.

técnicas disciplinares menos óbvias (há grande eficiência e engenhosidade em um controle sobre si exercido pelo próprio sujeito, internalizado para que este, espontaneamente informe a sua intimidade ao poder religioso, caracterizado principalmente pela confissão e, posteriormente, pelo exame de consciência, em que o controle não atingia apenas o corpo, mas também a mente¹³¹). Autosubmissão mantida até hoje, o indivíduo pensa que se libera ao falar de si e de sua sexualidade (à medida que esses assuntos sejam menos tabus), mas apenas o faz de acordo com a lógica dominante. De fato, muitas vezes o poder se mascara, produzindo justamente um discurso oposto a si próprio¹³².

No caso brasileiro, a alta influência da colonização européia e da associação com o espírito elitista da sociedade burguesa apenas poderiam resultar em características sociais (portanto de aparência no meio social) de adequação, conveniência, moderação e recato, combinadas perfeitamente com o modelo de família matrimonializado¹³³. Até meados do século passado, as igrejas se notabilizaram pelo controle da vida privada dos indivíduos, impondo certas práticas e certos costumes, compatíveis com seus dogmas históricos, importantes para a sua propagação¹³⁴. Na atualidade, isso apenas influencia condutas mais conservadoras atreladas à religião (em que pese dificulte a modificação desses dogmas que adentraram no direito), pois as seitas e correntes religiosas estão em verdadeira disputa de mercado, de lucro, que refletem a disputa que travam por fiéis.

Assim sendo, mesmo tendo a sociedade brasileira já há mais de vinte anos um padrão jurídico constitucional que admite de forma irrestrita qualquer formação familiar, assim como qualquer manifestação afetiva, isso não muda a forma de pensar das pessoas em maioria. Estatísticas apontam que no Brasil cerca de 89% das pessoas são contra o homossexualismo masculino e 88% contra o homossexualismo feminino; tal quadro se acentua, por óbvio, conforme a distância do sul/sudeste, dos grandes centros

¹³¹ FOCALUT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998, p. 21-58.

¹³² DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 172, 221-230.

¹³³ MONTES, Maria Lúcia. *As figuras do sagrado: entre o público e o privado*. Em: *História da vida privada no Brasil 4*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 113.

¹³⁴ MONTES, Maria Lúcia. *As figuras do sagrado: entre o público e o privado*. Em: *História da vida privada no Brasil 4*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 73.

urbanos e conforme diminui o nível de escolaridade. Não obstante, o mais grave se nota com relação à religião, em que tal índice chega a 95% e 94%, respectivamente, acentuando-se nas religiões evangélicas pentecostais e arrefecendo um pouco na católica¹³⁵.

Mesmo já tendo aduzido que a moralidade humana tende a ser, por si só, discriminatória, as estatísticas funcionam para mostrar que a religião agrava essa característica, influenciando decisivamente a atividade do Estado e a criação/aplicação do direito.

Muito embora ainda não se tenha adentrado da discussão jurídica sobre a matéria, já é ponto claro a existência social (imposta pela moral, pela religião e, como consequência, pelo direito) de um modelo oficial de família, representado pela figura do casamento. Mostra disso é que todas as pesquisas oficiais sobre a família brasileira (levadas a cabo pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE) contêm dados sobre o número de casamentos, ainda que as mais recentes abordem igualmente as uniões estáveis. Antes de demonstrar com esses dados que os índices de casamento sempre foram e continuam altos, é oportuno notar também a linguagem e o formato do discurso do IBGE, portanto sob as vestes de “discurso oficial” do poder público, acerca da família.

A pesquisa “Estatísticas do Registro Civil – 2009”, recentemente divulgada, afirma no início do tópico sobre casamento que *“as estatísticas de casamentos, separações e divórcios se constituem em um importante conjunto de informações voltadas para o estudo dos arranjos conjugais oficiais no País”*. Com isso, desde já fica clara a existência de uma família formada pelo *“arranjo conjugal oficial”*, ou seja, o casamento, aparentemente envolvendo situações pessoais distintas dos arranjos que não são oficiais. Considerando que a pesquisa é do ano de 2009, ainda houve menção a dados envolvendo o procedimento de separação. Quanto isso, afirmou-se que *“a separação põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca”*, em clara oposição ao ditame constitucional de liberdade e proteção da intimidade da pessoa.

Em 2009, 935.116 pessoas casaram no Brasil. Segundo a pesquisa, há uma tendência de estabilidade (com pequena variação para mais ou menos) desse valor,

¹³⁵ ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 153-170.

com base nos dados dos anos anteriores, em que se verifica um aumento nas taxas de nupcialidade a partir de 2002. Nos termos do IBGE, tal aumento foi devido à melhoria no acesso aos serviços da justiça, particularmente ao registro civil de casamento, o incentivo aos casamentos dado pelo Código Civil de 2002 e as ofertas de casamentos coletivos (comuns no Brasil, caracterizados por redução nos custos e parcerias com igrejas, cartórios e prefeituras)¹³⁶.

Com efeito, isso por si só demonstra o estímulo dado pelo Estado a que se escolha a família formada pelo casamento, sem embargo da mistura entre Estado e igrejas, tão característica do Brasil. Quanto ao Código Civil, o estímulo dado a que se opte pelo casamento não passa, em verdade, de mera violação infraconstitucional do princípio da igualdade, que determina igual merecimento de tutela para famílias constituídas por mecanismos distintos.

Destaca-se também o número de recasamentos (casamentos nos quais pelo menos uns dos cônjuges é divorciado ou viúvo), tendente a se fixar em padrão constante de cerca 17,6% do número total de casamentos, mostrando que é alta a taxa de pessoas que, mesmo diante de um casamento terminado, continuam adotando o mesmo modelo¹³⁷.

No ano de 2009, o Brasil registrou 177.604 divórcios, índice igualmente tendente à estabilidade, aumentado apenas conforme o crescimento absoluto da população¹³⁸. Sem embargo, na década da pesquisa, verifica-se a taxa de dissolução de casamentos entre 23 e 26 dissoluções para cada 100 casamentos realizados¹³⁹. Ainda, ao analisar o tempo médio de duração dos casamentos, nota-se que 39,6% dos divórcios foram de casamentos com 20 anos ou mais de duração e 32,7% de casamentos com 10 anos ou mais de duração. Isso demonstra que, genericamente, é mais comum que os casais permaneçam casados por longos períodos de suas vidas¹⁴⁰, ainda que isso não reflita parcela absolutamente considerável dos casamentos.

Já segundo dados da pesquisa do IBGE “Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira”, o país possuía em 2010 cerca

¹³⁶ IBGE. *Estatísticas do Registro Civil* – 2009, p. 42.

¹³⁷ IBGE. *Estatísticas do Registro Civil* – 2009, p. 45.

¹³⁸ IBGE. *Estatísticas do Registro Civil* – 2009, p. 48.

¹³⁹ IBGE. *Estatísticas do Registro Civil* – 2009, p. 49.

¹⁴⁰ IBGE. *Estatísticas do Registro Civil* – 2009, p. 149.

de 62.307.000 famílias, sendo que 88,2% eram de arranjos familiares pluripessoais com parentesco entre essas pessoas, sendo 64,7% de famílias chamadas conjugais, ou seja, aquela em que se pressupõe relacionamento íntimo e sexual entre o casal¹⁴¹. Desse modo, pode-se, grosso modo, concluir que das cerca de 40.000.000 de famílias formadas por casais, parcela considerável é de casais casados, provavelmente a maioria, comparando esse número com os índices de novos casamentos a cada ano e sua duração média.

O Censo – 2010¹⁴², divulgado apenas em outubro de 2012 pelo IBGE, contém dados comparativos de famílias formadas pelo casamento e por uniões estáveis e confirma o que foi aduzido. Ainda que a porcentagem de casais vivendo na chamada “união consensual” seja de 36,4%, a grande maioria (60,4%) é de pessoas que formam família por meio do casamento civil (restando 3,2% para pessoas que optam apenas pelo casamento religioso).

1.3 Família, modernidade e poder

A análise de temas jurídicos pressupõe a inexorável análise da História e do histórico de suas regras. Boas ou ruins, invariavelmente são fruto do desenvolvimento e evolução da vida em sociedade, esta influenciada pela moralidade, como já delineado.

Nem sempre a família enquadrou-se no modelo nuclear da atualidade. No medievo e na Antiguidade, a família era considerada como um grande corpo, incluindo todos aqueles sob a influência do patriarca. Ascendentes, descendentes, criados, práticas religiosas, agregados de criados, religiosos e até amigos gravitando em torno de uma família, em função da concentração de poderes políticos e econômicos nas mãos dos nobres¹⁴³.

¹⁴¹ IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira*. Seção Família, tabela 4.1.

¹⁴² http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2240&t=censo-2010-uniões-consensuais-ja-representam-mais-13-casamentos-sao-mais-frequentes. Acesso em 17/10/2012.

¹⁴³ HESPANHA, António Manuel. *Imbecilítas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010, p. 134-135.

Seja na Grécia ou na Roma antigas, berços da civilização ocidental, o casamento, o ato matrimonial era privado, pois dizia respeito apenas à família, sua autoridade, regras que esse grande corpo acima referido praticava e que reconhecia como suas. Não exigia, portanto, a intervenção do poder público. É apenas no mundo helenístico que o casamento ultrapassa o quadro da família e ingressa na esfera pública. A autoridade da cidade passa a ter o dever de sancionar a nova família, seja por meio de um funcionário, seja por meio de um padre. Isso é acrescentado à cerimônia privada, que corresponde, então, efetivamente apenas à festa. Mesmo privado, já tinha o casamento uma função de transmissão patrimonial com segurança, o que, naturalmente, ligava a prática do casamento apenas às camadas ricas da sociedade¹⁴⁴.

Somente no período revolucionário da modernidade que motivações inspiradas na liberdade e na igualdade formal direcionam a família para a nuclearização. Mesmo com essas transformações, herda-se da Idade Média (especialmente pela influência política e jurídica cristã) a idéia positivista de ordem como cerne da organização social. Comumente embasada na suposta herança da filosofia greco-romana de que a natureza e o universo humano têm um caráter naturalmente organizado, sempre serviu como sustentáculo para a acentuada hierarquia social conseqüência das graves desigualdades econômicas. Desse modo, a família correta e ordenada (honesta, honrada, verdadeira, expressões comuns desde então) era aquela que seguia os princípios básicos da ordem social, naturalmente espelhados pelo direito. Trata-se de uma vida cotidiana repleta de títulos, formas específicas de tratamento, funções determinadas para os indivíduos (nobres, plebeus, mulheres, crianças, depois aristocratas, burgueses, trabalhadores) e regras de etiqueta. Tudo essencial para a vida adequada em sociedade¹⁴⁵.

Assim, na modernidade evidenciou-se uma espécie de “*derretimento*” de costumes, direitos tradicionais e obrigações que impediam os movimentos e restringiam iniciativas, justamente para permitir o cálculo racional dos efeitos das ações humanas, a

¹⁴⁴ FOCAULT, Michel. *História da sexualidade III: o cuidado de si*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 79-80.

¹⁴⁵ HESPANHA, António Manuel. *Imbecilítas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010, p. 47-50.

previsibilidade com fins econômicos. A racionalidade inspirada pelos negócios deixou a complexa rede de relações sociais desprotegida, desamparada e sem resistência. O modelo social (e como conseqüência o modelo jurídico que lhe era compatível) foram instituídos com intensa rigidez, de modo que a realidade totalizante do liberalismo econômico, diante da qual não se tinha outra opção, tivesse poucas possibilidades de mudança. Desde essa época, sociologicamente puderam ser concebidas categorias sociais como instituições “*zumbi*”, ou seja “*mortas mas ainda vivas*”, visto que sem um sentido racional aparente para o indivíduo, pautadas em uma lógica ultrapassada, mas impostas até os dias atuais, seja pelo costume, seja por interesse¹⁴⁶. Inevitável não cogitar do casamento e até mesmo da família moderna.

Todavia, em uma sociedade largamente amparada pelo pensamento racional, costumes e interesses político-econômicos não seriam isoladamente suficientes para fazer permanecer com intensa efetividade a imposição de práticas para as condutas das pessoas. Cada sociedade produz e acolhe um tipo de discurso e o coloca para funcionar como verdadeiro, em função da forma como sanciona os discursos não aceitos, de suas técnicas e procedimentos, o que é produzido graças a múltiplas coerções e efeitos regulamentados de poder. Tal fator tem, dentre suas características, uma grande vinculação com a produção econômica, pela imensa difusão que possui e o imenso consumo que gera e, naturalmente, com o poder político, sendo, portanto, produzido e transmitido (a verdade, os discursos) pelos grandes aparelhos políticos e econômicos (especialmente a universidade e os meios de comunicação). A “*verdade*”, sob esse viés, seria caracterizada por um conjunto de procedimentos regulados para a produção, a repartição, a circulação e o funcionamento de enunciados coercitivos, estando ligada, conseqüentemente, a sistemas de poder que a produzem e apóiam, sendo esse fenômeno a própria condição de formação e desenvolvimento do capitalismo, pois necessária para sustentar a sua lógica desigual¹⁴⁷.

Como conseqüência surge o poder, exercido nas mínimas camadas sociais, essencialmente de modo repressivo, exercido justamente para manter perenemente as relações desiguais de força, por meio de uma guerra silenciosa, travada nas instituições

¹⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 10-12.

¹⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 12-14.

em geral, na linguagem e no corpo dos indivíduos. Os discursos verdadeiros são instituídos e institucionalizados pelo poder, já que o poder não pára de interrogar, indagar e registrar a conduta dos indivíduos, de modo a julgar, condenar, classificar e obrigar o indivíduo a um determinado modo de vida. Como consequência, surge o direito, quase que de maneira automática, como forma de dominação, por meio da lei, instituições e regulamentos que o aplicam. Não se trata da dominação de um grupo sobre outro, como na Idade Média, mas de múltiplas formas de dominação que se exercem no âmbito social. Dessa forma, o poder não é algo que opõe aqueles que possuem àqueles que não possuem, mas sim algo que circula na sociedade, funcionando em cadeia, em rede, fazendo com que os indivíduos sempre estejam tanto em posição de exercê-lo quanto de sofrer sua ação, sendo sempre centros de transmissão¹⁴⁸.

Estado, lei ou qualquer unidade global de dominação são apenas as unidades terminais do poder. Em verdade, ele se constitui de sistemas e estratégias que se originam e cujo esboço toma corpo justamente nos aparelhos estatais, na lei e nas hegemonias sociais. Não há um ponto central, um foco de soberania, instituição ou estrutura, mas estados cotidianos e onipresentes de poder, uma situação de estratégia complexa em uma sociedade determinada. Em que pese haja intencionalidade e objetivo no poder, não resulta da escolha de um sujeito, mas sim de um caráter implícito (de escolhas anônimas) em dispositivos sociais de conjunto¹⁴⁹, entendidos como estratégias das relações de força associadas ao saber, incluindo discursos, instituições, disposições arquitetônicas, regulamentos, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas e a moralidade¹⁵⁰.

É crucial notar que não se trata apenas de deduzir as manifestações de poder da dominação da classe burguesa, mas sim examinar o sentido inverso, ou seja, como os fenômenos de repressão e exclusão são dotados de instrumentos e lógica próprias, respondendo a determinadas necessidades e, somente em um momento posterior, tornam-se vantajosos economicamente e politicamente úteis. Isso acontece claramente

¹⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 176-183.

¹⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998, p. 102-104.

¹⁵⁰ DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 161.

com o casamento, que é inicialmente costume religioso, sinônimo de constituição da família e posteriormente apropriado pelo direito e pela economia, vantajoso e útil até os dias atuais. Pode-se afirmar que o poder que surge a partir do século XVIII com a burguesia deixa de ser fundamento da soberania, exercida sobre as riquezas e a terra e passa a ser exercido sobre o indivíduo: o poder disciplinar. Trata-se de desenvolver também no âmbito jurídico uma série minuciosa de coações disciplinares para garantir a coesão do corpo social, aparelhando a produção do saber e do conhecimento¹⁵¹. Isso se aproxima conceitualmente de uma regra de origem natural, intrínseca ao ser humano e sua conduta, nada mais do que a moralidade que intersecciona o direito para instituir o casamento como modelo único e depois com modelo principal e estimulado de família.

Inevitavelmente, a sexualidade se configura como um dos principais campos de atuação dessa racionalidade (quicá o principal) ao longo dos últimos séculos. Os tempos da sexualidade velada, escondida, confiscada pela família conjugal apenas se iniciam com a burguesia vitoriana no século XIX. A partir de então, toda sexualidade que se mostra em demasia é reputada de anormal. O sexo passa a ser reprimido com tanto rigor pois é incompatível com uma colocação no trabalho, uma vez que a força a ele dedicada não pode dissipar-se nos prazeres (salvo, de maneira mínima, se destinados à reprodução). Esse funcionamento revela nada mais do que uma técnica de poder (proibição, censura, negação) em sua tarefa de simplesmente dizer não ao indivíduo¹⁵².

Até o final do século XVIII, costumes, direito canônico, moral cristã e a lei civil regiam as práticas sexuais, fixando a linha divisória entre lícito e ilícito. Todos centrados nas relações matrimoniais, baseadas no dever conjugal e, como conseqüência, na capacidade de desempenhá-lo, a forma para cumpri-lo, as exigências e violências que o acompanhavam, momentos oportunos e de abstinência e de freqüência. A partir do século XIX se verifica uma explosão discursiva acerca da sexualidade, especialmente no âmbito da medicina (nem para reprimir mais ou permitir mais), com função de classificar as patologias sexuais, as práticas incompletas, as formas de prazeres anexos e a gestão do instinto. Trata-se da forma como se exerceu o poder em torno da

¹⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 185-189.

¹⁵² FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998, p. 9-19.

sexualidade, não para interditar o sexo, mas para adestrá-lo (impondo-lhe, igualmente por meio do discurso jurídico, a redução ao seu regime binário: lícito x ilícito, permitido x proibido¹⁵³). Reconhece-se a sua existência, mas impõe-se a forma de praticá-lo, o que é, inclusive, estimulado para o aumento da força produtiva.

Exemplo disso é a criação de um discurso (médico, psicológico e psiquiátrico) acerca da homossexualidade: o homossexual do século XIX é um personagem com história, infância, caráter. A sua sexualidade passa a ser consequência dessa morfologia presente no seu todo, subjacente a suas condutas, inscrita sem pudor na sua face e no seu corpo como um segredo que sempre o acompanha. Com efeito, esse poder discursivo opera como um mecanismo de apelação: atrai essas estranhezas pelas quais se desvela; o prazer se difunde por meio do poder cerceador. Ao dizer não, funciona como mecanismo de incitação. Desse modo, a sociedade burguesa do século XIX e até hoje é uma sociedade de perversão explosiva e fragmentada (o que, de acordo com o raciocínio exposto, sequer pode ser considerado hipócrita, haja vista que o discurso sempre foi manifesto e prolixo acerca disso; ao tentar erguer uma barreira sobre a sexualidade, possibilitou uma germinação perversa e patológica do instinto sexual)¹⁵⁴.

Pode-se resumir a temática da moralidade em torno da família em dois grandes pontos: os denominados sistema de matrimônio e o dispositivo de sexualidade¹⁵⁵. Há milênios toda a sociedade tem a sua sexualidade submetida a um dispositivo de aliança, que define o proibido e o permitido, mirando o *status* bem definido que cria para os parceiros: sistema de matrimônio e a consequente fixação segura de parentescos para transmissão de nomes e de bens. Esse dispositivo é perene à medida que se articula com a segurança econômica da transferência de riquezas, direcionando-se para uma manutenção da homeostase do corpo social, do que decorre seu vínculo privilegiado com o direito.

¹⁵³ FOCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998, p. 93-94.

¹⁵⁴ FOCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998, p. 43-57.

¹⁵⁵ FOCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998, p. 114-125.

A partir do século XVIII, nas sociedades ocidentais modernas, esse fator se complementa pelo denominado dispositivo da sexualidade: este funciona de acordo com técnicas móveis, polimorfos e conjunturais de poder, tendo como objetivo engendrar uma extensão permanente dos domínios e das formas de controle. Nele são as sensações do corpo, os prazeres, as impressões, ainda que tênues e imperceptíveis que são pertinentes, tudo direcionado para a submissão e controle do micropoder. É natural que a família, espaço tradicional do dispositivo de aliança, seja influenciada também pelo controle sexual. O discurso de médicos e psicólogos passa a ser, pelos mecanismos de poder, o discurso de pais e cônjuges. A condenação dos supostos extremos na família, da homossexualidade, da precocidade, da frigidez, da impotência nas interferências entre sexualidade e aliança, traz para os dias atuais a necessidade dos especialistas em resolverem esse longo lamento decorrente do sofrimento sexual da família.

Com efeito, a sociedade atual está diante do seguinte paradoxo: uma moral sexual tradicional abandonada, que permite a franca liberação dos costumes, em contradição com a presença da moral ainda tradicional para formação da família. Sexualidade amplamente liberada, mas ainda sob as vestes do sagrado matrimônio, resultante do recorrente conflito entre aparência e essência.

Especialmente no âmbito da heterossexualidade adulta, verifica-se com intensidade a autonomização da sexualidade, de modo que cada homem e mulher é livre para comportar-se de qualquer forma. Não há mais legitimidade em regras pré-definidas, mas apenas em utilizar a sexualidade como instrumento de felicidade e equilíbrio individual. Um processo histórico que dissociou o sexo da moral permitiu que ele seja expressado sem constrangimentos ou restrições¹⁵⁶, à exceção daqueles causados por regras jurídicas e costumes que ainda insistem em se perpetuar.

Diante do panorama traçado, verifica-se como grave consequência social a aceitação sem maiores resistências do direito posto e de suas instituições, como criações de grupos dominantes (sendo o mais atual o Estado burguês) e de seus instrumentos de dominação, ainda que não seja somente reduzido a isso o fenômeno

¹⁵⁶ LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Barueri: Manole, 2005, p. 37-38.

jurídico. Mesmo nas classes ditas mais altas, em que se concorda que seja maior o conhecimento sobre o direito e a moral, é escassa a oposição a suas imposições (as constantes taxas de casamento são exemplos para o direito de família).

Além disso, evidencia-se no direito uma característica de conservadorismo, tendência à estabilidade, explicada pela já mencionada base em regras tradicionais e costumes antigos (principalmente no âmbito do direito civil). Em função da moralidade vigente, isso se alia a um conservadorismo de cunho subjetivo, aquele do intérprete, do profissional do direito. Em que pese isso possa ter diminuído ao longo dos últimos anos, ainda a maioria das pessoas que exercem influência e funções no meio jurídico é conservadora, postura que se tornou espécie de hábito jurídico. A figura pessoal, subjetiva do intérprete tradicionalmente corresponde àquela de um indivíduo de avançada idade e, quase que naturalmente, tendente ao conservadorismo¹⁵⁷. Naquilo que concerne ao direito de família, essa tendência à estabilidade e base em autoridades costumeiras (religiosas e estatais) resulta em um padrão jurídico seletivo de família, premente de abolição para fornecer lugar à possibilidade de formação da família dentro de possibilidades indefinidas, plurais, enfim, livres.

De fato, a constituição da família com vistas à proteção patrimonial não é idéia que surge com a imposição juscivilista de proteção patrimonial na modernidade. Muito embora se costume fundamentar a gênese antropológica na proibição do incesto, historicamente verifica-se mais coerência na afirmação de que quando o patrimônio surge, a vida em sociedade se patrimonializa e, desse modo, também a família. É o que se observa já no direito romano, em que o dote e a legitimação da filiação para a sucessão eram fatores altamente importantes para as famílias, já existindo, portanto, o concubinato. A mulher, naturalmente, era vista como instrumento do cidadão justamente para garantir a certeza da filiação, que indicava o aumento do patrimônio e, conseqüentemente, sua permanência na mesma família. Seja pelo direito, seja pela sociedade, desde a Antiguidade o casamento é encarado como um rito, um costume, um dever cívico a ser seguido, o que facilmente se transmuda para a existência de deveres de conduta entre os cônjuges. Por isso, todas as manifestações jurídicas ao longo da história, antes, portanto, da modernidade, voltam a constituição da família para

¹⁵⁷ SALDANHA, Nelson. *Sociologia do direito*. 6.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 83-93.

a proteção patrimonial¹⁵⁸, sendo o afeto, o sentimento, por muito tempo algo acessório. Quiçá a modernidade jurídica apenas alçou esse fator à categoria de dogma.

Não foi distinto com a Idade Média e as sociedades que se constituíram no chamado Antigo Regime. Nessa época vigeu algo que pode ser denominado de “*força expansiva do modelo doméstico*”, fator que decisivamente influenciou o modelo oitocentista de família. Inicialmente, as primeiras leis seriam aquelas que regulariam o âmbito doméstico, a vida em família e sendo a família a base da unidade do povo (da república), daria ela base para o regime da cidade. Assim, torna-se comum utilizar como metáforas o casamento e a filiação para justificar a relação da nobreza com a república e entre a nobreza e os súditos.

A mesma metáfora é utilizada para explicar o poder eclesiástico. A Igreja Católica era (e é até os dias atuais) vista como uma grande família, dirigida por um pai espiritual, regida pelas regras do amor espiritual (muitas expressões religiosas decorrem desta noção: congregações religiosas são casas, abade significa pai, madres são mães, frades, sórores são os irmãos). Assim, o modelo de família, jurídico inclusive, autoritário na sua gênese, serve para legitimar as relações políticas da sociedade hierárquica e excludente¹⁵⁹. Com isso, a autoridade do direito nasce primeiro na família, para legitimar posteriormente a autoridade estatal (e do mercado) na esfera pública. Dela advém a noção de autoridade e obediência irracional, das quais a organização social capitalista-burguesa posteriormente se apropriará¹⁶⁰.

A partir de Roma, isso já pode ser identificado na relação de autoridade entre pai e filho, em que a *patria potestas* era sentida como uma espécie de ofício, de responsabilidade pública, de certo modo como uma soberania residual. Esse seria o mito genealógico do poder soberano, em que o *imperium* do magistrado, a soberania do direito, nada mais são que o poder sobre a vida (*vitae necisque potestas*) que o pai tem, apenas estendida a todos os cidadãos¹⁶¹.

¹⁵⁸ VEYNE, Paul. *O Império Romano*. Em: *História da vida privada: do Império Romano ao Ano Mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 48-52.

¹⁵⁹ HESPANHA, António Manuel. *Imbecilias. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010, p. 136-137.

¹⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Família*. Em: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 315.

¹⁶¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 95-96

Assim sendo, a evolução da família parte de um período antigo em que é extremamente tradicionalista, baseada em casamento por arranjo e fundamentado na necessidade de proteção patrimonial das famílias (como decorrência da proteção do mercado e da circulação de riquezas), sem que o afeto fosse estritamente considerado. Esse modelo inspira a gênese da regulação jurídica da família pelo direito civil da modernidade, aplicado ainda hoje, mas representante de época em que a identidade do ser humano não era condizente com a sua personalidade e autonomia para se autodeterminar, mas sim com o papel produtivo desempenhado na divisão social do trabalho¹⁶².

Desse modo, as regras fossilizadas do direito de família confrontam diametralmente parcela considerável das relações afetivas travadas na sociedade atual. A tendência da conduta humana hoje é para a formação familiar de curta ou média duração, servindo de espaço para o companheirismo e relações íntimas e sexuais entre seus componentes¹⁶³, com usual transgressão da regra moral e jurídica da monogamia¹⁶⁴.

Tanto a moral quanto o direito são sistemas característicos por ordenar as relações interpessoais, coordenando as ações humanas. Com efeito, a moral está mais sujeita aos costumes e tradições, símbolos culturais que são transmitidos (o que acaba afetando o direito, à medida que no concernente à família ele é influenciado pela moral), ao passo que o direito se torna atrativo para quem o impõe pelo fator de obrigatoriedade em nível institucional¹⁶⁵. Diante disso, em toda a sociedade a produção do discurso, moral e jurídico (mas sempre um discurso de poder), é selecionada, organizada e distribuída por certos procedimentos que têm a função de conjurar seus poderes e perigos, dominar sua ocorrência aleatória, esquivar sua pesada materialidade, isto é, a função de disfarçá-lo.

¹⁶² BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 51.

¹⁶³ ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 19.

¹⁶⁴ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Centauro, 2002, p. 33-34.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume 1*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 141.

Assim é com a sexualidade, espaço em que o discurso moral e jurídico mais exerce o seu poder para desarmar os indivíduos¹⁶⁶. Por isso, a sexualidade, assim como com outros discursos, sofre uma série de limitações. Sem embargo, o monopólio social e jurídico de imposição/modificação desse discurso apenas é facultado a quem é considerado qualificado para praticá-lo, de acordo com seus signos previamente fixados de acordo com os limites discursivos e efeitos que podem/devem ser produzidos, verdadeira “*apropriação social dos discursos*” realizada por poucos indivíduos¹⁶⁷.

Na ciência jurídica, especialmente atrelada ao direito público e aos direitos humanos, é comum relacionar direito e moral para explicar o substrato valorativo dos valores fundamentais de um ordenamento jurídico, geralmente positivados em princípios constitucionais que derivam de regras morais. Nesse aspecto, a consciência moral teria um efeito catalisador para a coesão e o reconhecimento do direito estatal, até porque o direito não pode ser reduzido apenas ao direito posto e ao processo legislativo¹⁶⁸.

Todavia, no direito de família evidencia-se o efeito inverso. As imposições morais, ligadas ao mercado em torno do casamento e às questões religiosas, têm a função de angariar ainda mais força ao modelo jurídico e institucional de família que é excludente, pois impõem, até mais do que o direito, seu cumprimento e aceitação. Se por um lado a moral, em viés intensamente kantiano, torna-se tão forte conceitualmente que ameaça absorver o direito por completo, por outro, no âmbito do direito de família, ela mostra que também cabe ao direito uma função de oposição ao discurso moralista dominante, instituindo alternativas amplas para a formação da família.

No atual estágio do desenvolvimento social, torna-se ainda mais contraditório a manutenção de um sistema jurídico rígido para normatizar a família. Em verdade, essa manutenção só se explica pelo interesse do mercado na reprodução desse sistema rígido (estruturado em torno do casamento). As relações afetivas hoje são muito mais pragmáticas e, de fato, mais temporárias. A política de vida que permeia as relações pessoais também possui uma parcela de consumismo, configurando o parceiro mais uma fonte potencial de experiência momentânea agradável, menos a intenção de um

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 20. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 8-10.

¹⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 20. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 39-43.

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, p. 98-100.

laço duradouro, caracterizador da aquisição de direitos e obrigações¹⁶⁹, noção arraigada no ultrapassado modelo jurídico, baseado na perenidade da família e não na liberdade do indivíduo em escolher como se comportar.

As especificidades da sociedade brasileira atual e ao longo da história demonstram que uma série de confluências econômicas e políticas resultaram em um modelo social ainda mais suscetível ao rigor moral e jurídico para a constituição da família do que nas culturas ocidentais em geral. Desde a colônia, é possível identificar duas características fundamentais do Brasil: o modelo político econômico de exploração (inicialmente da própria colônia, depois pela economia de mercado burguesa) e uma cultura de necessidade de convencimento religioso dos locais, pagãos. Isso delimitou o universo ideológico e a disputa pelo poder, demarcando de modo indefectível a cultura herdada posteriormente pelo império e pela república¹⁷⁰. Não obstante, a colonização portuguesa foi marcada por uma espécie de antecipação em relação a outros países europeus das características da cultura burguesa. Um “*burguesismo*” que acarretou a imposição de uma ordem altamente aristocrática, à qual os colonos foram forçados a se adaptar¹⁷¹, seja por meio de costumes e ritos moralmente defendidos, seja pelo direito posteriormente reformulado, principalmente pelo código civil.

Interessante notar, por outro lado, que as necessidades econômicas da colonização no período que vai até o século XVII revelam uma certa complacência com os modelos familiares aceitos pela legislação, visto que, dada a necessidade de povoar o país, admitindo, portanto, mais famílias e filiações ilegítimas, se aceitou pela Igreja o casamento realizado fora dela, assim como relações de fato, pelas Ordenações Manuelinas. Posteriormente, já em meados do século XIX, em virtude das relações pessoais com os escravos, eram comuns em muitos lugares, entre os mineiros, principalmente, as uniões irregulares com os escravos (o que gerou entre eles uma certa aversão popular ao casamento); eram igualmente freqüentes concubinatos e ligações efêmeras, ambos combatidos por moralistas mas aceitos pela legislação.

¹⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 25.

¹⁷⁰ NOVAIS, Fernando A. Novais. *Condições da privacidade na colônia*. Em: *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 36-38.

¹⁷¹ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006, p. 266.

Mesmo as relações incestuosas, mais comuns entre primos e tios e sobrinhas (esta vedada pelo Código Civil posteriormente), eram encontradas com relativa frequência no Brasil do século XIX, com especial função de manter a “limpeza” do sangue de origem nobre ou ilustre ou mesmo impedir a dispersão dos bens da família¹⁷².

A prática sexual do brasileiro desde sempre se mostra muito diversificada, desregrada. No caso brasileiro isso se acentua porque a nossa emigração não foi a de grupos familiares constituídos, mas geralmente de indivíduos isolados, com uma vida mais indefinida, que preferiam a facilidade sexual de mulheres indígenas e escravas. Mesmo a casa-grande colonial, aparentemente submissa ao chefe da família, era plena de relações promíscuas e irregulares. Mesmo o casamento, modelo religioso imposto pela Igreja, tinha dificuldades físicas (muitos fiéis e poucos párocos, grandes distâncias, custos altos) para ser realizado (o que torna mais incoerente sua posterior imposição na esfera estatal pelo código civil). Desse modo, a opinião pública em geral admitia sem muito constrangimento casos de indisciplina sexual, ligados principalmente à infidelidade conjugal. Por esses motivos (econômicos e sociais), o casamento acabava sendo um costume muito ligado ao dote e, portanto, às classes ricas¹⁷³. Com efeito, tudo indica que a monopolização da família pelo casamento só ocorre realmente com o interesse burguês inserido no código civil, o que caminhou ao encontro do grande sentimento de apego à propriedade privada que havia entre os latifundiários e famílias ricas da aristocracia em geral.

Assim sendo, a freqüentemente denominada “*família patriarcal*” brasileira resulta de fatores religiosos e patrimonialistas que fazem com que ela se estruture fixamente em torno do casamento civil¹⁷⁴, apenas a partir do final do século XIX, também pelo advento da República e a laicização formal do Estado. O Brasil, dominado pelo patriarcalismo, até meados do século XIX, tem nessa célula familiar inicialmente econômica (uma unidade produtiva), a gravitação de praticamente toda a vida social, de

¹⁷² FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006, p. 325-426.

¹⁷³ PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 348-351.

¹⁷⁴ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006, p. 84-85.

modo que os costumes a ela ligados acabam se estendendo à sociedade em geral (escravos, trabalhadores livres, igreja).

Tornando-se o centro da vida social da colônia, o grande proprietário, o patriarca se aristocratiza, reunindo riqueza, poder e autoridade de chefe, para quem se afigura fundamental a manutenção dos ritos, da tradição, haja vista que, inclusive, habilitado para impor e dirigir casamentos¹⁷⁵. A partir desse momento, mesmo com a vasta diversidade cultural existente no Brasil (resultante de europeus, negros e índios vivendo conjuntamente), foi possível identificar uma certa uniformidade de atitudes (sentimentos, usos, crenças) e da própria cultura. Em um vasto território, foi o que serviu de base moral e psicológica para a unidade e tradição nacional¹⁷⁶. Isso porque, no Brasil, seja colônia ou independente, em razão de as classes dominantes terem origem européia, sempre houve uma tentativa (invariavelmente) bem sucedida de implantação dos costumes de lá, formas de convívio, instituições e idéias. Assim, sequer se conhecem bem os costumes dos brasileiros nativos, os indígenas, pois os costumes do povo brasileiro acabaram sendo os europeus, até porque o recurso à tradição, como espécie de argumento de autoridade, funcionou como estímulo para a organização e desenvolvimento da nossa sociedade¹⁷⁷.

O antagonismo de forças conservadoras e revolucionárias por ocasião da independência brasileira gerou uma condição para que esse estatuto colonial fosse superado no âmbito jurídico e político, mas mantido o substrato moral e social que o embasava, especialmente em razão da manutenção das formas de dominação patrimonialistas¹⁷⁸. Além disso, o cristianismo dos países ibéricos, em especial nos de influência da Companhia de Jesus, não tinham um espírito de organização espontânea (ao contrário dos protestantes), em que o livre-arbítrio exerceu papel reduzido, tendo sempre a organização social algo de pouco inovador e a organização política sempre serviente a alguma força externa, que nos últimos tempos culminou com as ditaduras. O

¹⁷⁵ PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 286-287.

¹⁷⁶ PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 344.

¹⁷⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31-33.

¹⁷⁸ FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2006, p. 51-55.

reflexo disso é justamente a obediência como virtude suprema do povo¹⁷⁹, ou seja, o baixo índice de contestação do *status quo* e dos ritos implicitamente impostos pela sociedade, bem como de outras formas de dominação, sejam políticas, econômicas ou exercidas pela mídia.

Em função disso tudo, desde logo cedo estavam lançadas as bases para que a sociedade brasileira cedesse facilmente à modelação familiar, defendida pelo moralismo, imposta posteriormente pelo direito.

O direito civil dos dias atuais da sociedade ocidental tem marco temporal inicial na modernidade. As transformações sociais e políticas da época acarretaram novas formulações jurídicas que lhes foram correspondentes e permanecem, em linhas gerais, até hoje. Na Europa, especialmente na França revolucionária, ocorre a ruptura com o direito medieval, afastando-se de seu casualismo e costumes, direcionados para o atendimento dos interesses da nobreza e do clero. Trata-se de período em que a desigualdade é instituída e protegida pelo direito, de modo que o rompimento com esse quadro demandava monopólio estatal das fontes jurídicas, assim como imposição da igualdade formal. Desse modo, os códigos civis, especialmente o *Code Civil*, passam a figurar em uma posição de monopólio da manifestação jurídica, positivando a suposta razão do povo, do todo orgânico (com influência direta do jusracionalismo) de forma científica (tal como a pirâmide conceitual de Puchta, em que um conceito jurídico sempre deriva de outro¹⁸⁰) e definitiva, fundados nessa igualdade formal pós-revolucionária.

Rompendo com o direito medieval, aplica-se, em tese, apenas aquilo que determina a lei, cabendo ao juiz e à doutrina somente a tarefa de desvendar os significados lingüísticos do texto legal. É esse formalismo jurídico caracterizado por uma aparente neutralidade jurídica que permite que se realizem os desígnios da burguesia e do liberalismo econômico¹⁸¹, classe responsável pelas mudanças políticas. Assim sendo, coerente que o responsável pelo aperfeiçoamento legal fosse apenas o

¹⁷⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 38-39.

¹⁸⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 23-24.

¹⁸¹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*. 3ª edição. Publicações Europa – América, 2003, p. 267-281.

legislador, como defendiam Savigny e Windscheid¹⁸². Note-se que essa neutralidade é apenas aparente pois o direito civil do código é recheado de regras para a proteção ao patrimônio e odes à segurança jurídica patrimonial, assim como a publicidade em matéria de família e casamento. O BGB, por exemplo, de imagem completamente conservadora, no âmbito do direito de família se revelou patriarcal, dotal e protetor da economia familiar¹⁸³.

Esse sistema jurídico lógico-dedutivo de regras, resultado da racionalização do direito moderno é, por definição, um sistema fechado, pois apto a garantir e proteger os interesses das classes que o instituíram. Teve respaldo pois direcionado para atender a demanda por segurança jurídica econômica, legítima à época do liberalismo econômico, em substituição a esse pluralismo confuso da Idade Média¹⁸⁴. Tanto o jusracionaisimo francês, quanto a pandectística alemã racionalizaram o direito por meio de concatenações lógicas inseridas na legislação, principalmente no código civil¹⁸⁵. Especialmente no caso da pandectística alemã, temos como postulados a teoria da subsunção (que reduz a tarefa jurisprudencial a uma tarefa estéril de aplicação automática de regras jurídicas às situações de fato); a plenitude lógica do ordenamento (através do desdobramento lógico dos conceitos legais, qualquer caso jurídico seria coberto pela lei positivada, não podendo o juiz, mesmo em casos de lacuna, obedecer a critérios autônomos de valoração) e a interpretação objetivista (sendo o direito positivado um sistema coerente, até mesmo as suas normas contraditórias deveriam obedecer uma interpretação referente ao sistema, de maneira objetiva)¹⁸⁶.

Assim sendo, a noção de codificação, seu conceito jurídico, se articula decididamente com o sistema jurídico moderno. Figura abstrata do Estado, não tem lugar, nem tempo, sendo uma forma universal, indiferente a quaisquer particularidades culturais ou nacionais, pretendendo que todo o direito coubesse em apenas uma lei.

¹⁸² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 10-12 e 35.

¹⁸³ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 550.

¹⁸⁴ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 13.

¹⁸⁵ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 491-492.

¹⁸⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*. 3.ed.. Publicações Europa – América, 2003, p. 282-284.

Trata-se de verdadeiro monumento jurídico que aspira à permanência, à perpetuidade, uma vez que representaria a estabilidade da ordem jurídica, uma real corporização de consensos profundos acerca de todos os temas, que resistiria ao ritmo frenético do Poder Legislativo e, conseqüentemente, às mudanças de regime, colocando-se, portanto, em um patamar superior ao da simples legislação ordinária, qual seja o de não permitir a sua reapreciação pelos representantes do povo¹⁸⁷.

Essa última característica especialmente afronta o ideal atendimento da diversidade familiar, pois, ao consolidar perenemente certos regramentos, a múltipla possibilidade de relacionamentos afetivos, variável conforme as épocas, deixa de ser atendida. Igualmente, por força dessas concepções, o trabalho da doutrina foi refreado, pois tinha como função apenas a de sistematizar e classificar a lei e desvendar os signos lingüísticos¹⁸⁸.

Por isso tudo, a modernidade lega para o século XX um modelo de direito civil individualista, calcado na necessidade de segurança jurídica patrimonial, o que no direito de família reflete na unicidade de fonte: o casamento. A proteção da propriedade imobiliária é o cerne do código civil, tendo no conceito abstrato de relação jurídica o ápice desse individualismo, que, portanto, desconsidera as necessidades e condições do sujeito concreto¹⁸⁹.

O Código Civil brasileiro foi introduzido, sem maiores resistências, com a utilização de muitas construções jurídicas européias naquilo que concerne ao patriarcalismo e ao capitalismo, tendo em vista sua base na herança do patrimonialismo não só do direito, mas da vida, de base monarquista e católica, do Império Português¹⁹⁰. Atendeu o ideal de justiça da classe dominante, européia de origem e formação, levando-se em pouca consideração as condições de vida do país e as necessidades da população.

Dessa maneira, instituições básicas como a família, a herança e a produção foram reguladas de maneira que se amoldassem aos interesses da classe dominante

¹⁸⁷ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*. 3. ed. Publicações Europa – América, 2003, p. 248, 271-272.

¹⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 287-289.

¹⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2-25.

¹⁹⁰ CASTRO, Hebe M. Mattos de Castro. *Laços de família e direitos no final da escravidão*. Em: *História da vida privada 2*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 339-341.

(cerca de trezentas e cinqüenta mil pessoas pertencentes às famílias proprietárias de escravos até a abolição, fazendeiros e senhores de engenho), suas concepções e filosofia. Assim sendo, a organização social do país, material e espiritualmente, comandada pela burguesia rural e mercantil, transferiu para a ordem jurídica a sua ilustração, organizando um código inspirado nos estrangeiros, correspondendo justamente aos seus interesses principais, de modo a evitar qualquer obstáculo à livre iniciativa, favorecendo a expansão das forças produtivas nos quadros do sistema colonial de exploração da riqueza¹⁹¹.

O direito de família e das sucessões foram os ramos do direito civil que mais refletiram o conservadorismo social do país, bem como a fidelidade do código civil a essa racionalidade moral do século XIX. No Código Civil de 1916 foi mantida a indissolubilidade do matrimônio, o regime da comunhão universal de bens como regime supletivo legal, além da concepção de um círculo familiar despoticamente patriarcal, com posição privilegiada do homem, detentor do pátrio poder, além da natural indisposição brasileira com relação ao divórcio (que, segundo Clóvis Beviláqua, instauraria o regime da poligamia sucessiva)¹⁹².

A constituição de família pelos seres humanos, como já aduzido, sempre se realizou em função do patrimônio e de sua proteção e permanência no seio familiar. Sempre houve preocupação com o destino dos bens e negócios da família à medida que pessoas ingressam em uma família constituída ou constituem novas famílias. Isso não foi criação burguesa ou do código civil. No entanto, a modernidade trata de codificar toda a vida em sociedade e, conseqüentemente, a constituição da família também. A partir do século XIX, a imensa maioria das empresas que surgem são familiares, motivo pelo qual, na classe burguesa, jamais se cogitaria de outro modelo que não fosse o casamento, providência que garantia segurança e previsibilidade ao capitalismo em sua fase inicial em função da constituição familiar por meio de uma celebração cartorial que resulta em um registro público (que publiciza a situação

¹⁹¹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 22-25.

¹⁹² GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 13-16.

patrimonial dos novos cônjuges), bem como em uma série de restrições patrimoniais que dela decorrem.

Baseado na transmissão de bens, nos dotes e em crescente homogamia, o casamento era muito mais um negócio conduzido pelas famílias envolvidas, o que prevaleceu para um número generalizado de etnias e culturas no mundo¹⁹³. Em que pese a formação da família e a manifestação da sexualidade estivessem desde os primórdios (com a inicial proibição do incesto) sujeitas à influência de tabus, leis e costumes, é possível afirmar que essas restrições seguem a coação da necessidade econômica também para subtrair da sexualidade o elevado montante de energia psíquica que ela consome e, como consequência, retira do trabalho, da força produtiva¹⁹⁴, de modo que se constitua igualmente uma forte ligação entre o surgimento do capitalismo e a afirmação da repressão sexual, a forma mais trivial de dominação do ser humano. Essa conduta sexual contida, apenas para fins precipuamente reprodutivos, é considerada compatível com o trabalho ético exigido pela ordem capitalista¹⁹⁵.

Com força religiosa e econômica, comportamentos inseridos no âmbito da moralidade, tais como a inferioridade e exploração da mulher, o autoritarismo em face dos filhos, dentre outros, passaram a ser objetos do modelo jurídico de constituição da família¹⁹⁶.

Assim sendo, a família a partir do século XIX, que naturalmente influencia a família e sua regulação no século XX, é naturalmente transpessoal, situação em que importa mais o vínculo, a instituição do que os indivíduos que a compõem. No mesmo sentido, a constituição da família possui um grande efeito simbólico, mais importante, portanto, que o afeto, pois ligada às necessidades do grupo familiar na sociedade. Por

¹⁹³ THERBORN, Göran. *Sexo e poder: a família no mundo, 1900-2000*. São Paulo: Contexto, 2006, p. 91-136.

¹⁹⁴ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011, p. 49.

¹⁹⁵ DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 170.

¹⁹⁶ CASTAN, Nicole. *A comunidade, o Estado e a família. Trajetórias e tensões*. Em: *História da Vida Privada: da Renascença ao Século das Luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 410-456.

isso, o progresso da sociedade liberal esteve intimamente ligado com a família, assegurando o funcionamento da economia e a transmissão dos patrimônios¹⁹⁷.

Esse modelo resulta da noção milenar de que o casamento seria a instituição adequada para o correto desempenho das funções familiares tradicionais, tais como a procriação, a educação das crianças, a transmissão da cultura e a legitimidade da filiação¹⁹⁸. Inicialmente interessante à religião, pois a defesa de um modelo familiar religioso refletia diretamente na quantidade de novas famílias formadas dentro da religião, foi necessário que se estruturasse uma espécie de aspecto voluntarista do casamento (vontade livre de erro e coação), para que os indivíduos não se descobrissem obrigados a casar. Por isso, tal obrigatoriedade desde há muito não constou do direito canônico da Igreja Católica, tendo apenas incidência moral. Esse aspecto foi confirmado pelo Concílio de Trento e teve como função precípua garantir que os jovens não fossem obrigados a seguir as ordens familiares que escolhiam com quem devessem casar, o que, de outro lado, resultava na desnecessidade de que casassem secretamente e, portanto, fora da igreja.

Todavia, a partir de então a vontade não mais exercia qualquer papel, sendo que era a igreja que determinava os direitos e obrigações no seio da família. Para a igreja, o argumento seria o de que a vontade de casar seria matéria disforme, a que a graça dividida daria uma forma e conseqüências determinadas. Assim, surgiriam obrigações para os cônjuges, dentre elas a relação carnal, o que era moral e juridicamente exigível (o débito conjugal). E essa dívida/débito não se baseava na vontade dos cônjuges, mas sim nas finalidades naturais do casamento: procriação e educação da prole, mútua fidelidade, comunhão espiritual e remédio (evitar) à concupiscência. Desse modo, como a finalidade principal do casamento seria a reprodução, a relação sexual apenas seria natural para este fim e não para o prazer e nem em formas que impedissem a fecundação e, portanto, ultimada com a ejaculação masculina (esse seria o chamado “uso honesto do casamento”)¹⁹⁹.

¹⁹⁷ MARTIN – FUGIER, Anne e PERROT, Michelle. *Os atores*. Em: *História da Vida Privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 89-303.

¹⁹⁸ MICHEL, Andrée. *Sociologia da família e do casamento*. Porto: Editora Rés, 1983, p. 149.

¹⁹⁹ HESPANHA, António Manuel. *Imbecilítas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010, p. 119-120.

No direito brasileiro, a posição crucial da família também decorre de seu papel importante no processo colonizador e, depois, na economia do país. A estabilidade patriarcal da família, ao lado da agricultura e da escravidão foi pilar da estruturação social promovida pelos portugueses na colonização do Brasil. O grande fator colonizador do Brasil, feita sombra apenas pela igreja, foi a família (mais que o indivíduo e o Estado), o capital que desbravou o solo, instalou as fazendas, comprou escravos, bois, ferramentas, a força social que se transformou em força política pelas mãos da aristocracia colonial²⁰⁰.

A disciplina jurídica da família, durante considerável período de tempo, confundiu-se com a disciplina jurídica do casamento²⁰¹. Se é correto que esse modelo de disciplina da família é hoje ultrapassado, é igualmente correto que toda essa bagagem histórica influencia diretamente a criação, a aplicação e o estudo do direito de família na atualidade. Por isso, a doutrina brasileira sempre situou a *ratio* filosófica e histórica do casamento nos mesmos preceitos medievais de perpetuidade, legitimação da prole e juridicidade da relação física entre os dois sexos²⁰².

Isso é demonstrado pela abordagem do arrependimento da promessa de casamento (esponsais) no início do século XX, que poderia ocorrer apenas se fundado em justa e ponderosa causa. Na ausência dessa justa causa, aquele “contratante” que fora “lesado” poderia intentar judicialmente o cumprimento forçado da promessa ou então requerer indenização em virtude de sua quebra. Logicamente, nenhuma das possibilidades admitidas como justa causa coincide com a ausência de afeto, mas sim com a enfermidade, a infidelidade, a impudicícia, ou seja, com todos os costumes e vícios “torpes”²⁰³.

No mesmo sentido é a norma do Código Civil de 1916 (artigo 222) que prevê a nomeação de curador na ação ordinária de nulidade do casamento para defender a sua validade. Por essa regra, cabia a um curador defender o casamento em todas as causas tendentes a atacá-lo ou declará-lo sem valor, já que representa o interesse

²⁰⁰ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51. ed. São Paulo: Global, 2006, p. 64-81.

²⁰¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 270.

²⁰² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 47-48.

²⁰³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 44-45.

social sobre a “*tranqüilidade dos lares*” (interesse esse que corresponderia à regulação, “*previdente e carinhosa*”, do casamento em lugar distinto nas leis, em que se afigura importante a defesa da ordem moral contraposta ao interesse do cônjuge²⁰⁴). Dessa visão decorrem definições do casamento como a “*regulamentação social do instituto da reprodução*”²⁰⁵, tendo como principal efeito a criação da família legítima, importante para organização humana sob a “*direção da ética*”, devendo a lei regular a união dos sexos “*depurando os sentimentos e reprimindo as paixões*”, intervindo o direito em sua função “*orgânica e santificadora*”, com o condão de diferenciar a família legítima da natural ou de qualquer “*agrupamento inconsistente e efêmero unido por necessidades psicológicas*”²⁰⁶. Ainda, o direito de família seria definido como o ramo que se ocupa, além do parentesco, do dever alimentar, do pátrio poder, da tutela e da curatela, apenas da regulação do casamento, seus efeitos pessoais e econômicos²⁰⁷, e, evidentemente, não do afeto.

É justamente tomando como verdadeiras essas premissas, que concedem legitimidade apenas à família constituída pelo casamento, mesmo se esquivando do fundamento patrimonialista para isso, que ainda hoje é possível encontrar autores que afirmam que “*é o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições do direito privado,(...) peça-chave de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país*”²⁰⁸ e que, dentre os fins do matrimônio estaria a “*legalização das relações sexuais entre os cônjuges, pois dentro do casamento a satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a*

²⁰⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 573.

²⁰⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. Sétima edição correta e aumentada de acordo com o Código Civil e a legislação posterior. Rio de Janeiro: Editora Rio, p. 33.

²⁰⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 579.

²⁰⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. Sétima edição correta e aumentada de acordo com o Código Civil e a legislação posterior. Rio de Janeiro: Editora Rio, p. 20.

²⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 5*. 18. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39.

*concupiscência*²⁰⁹, ou então que o casamento é “o mecanismo mais adequado de proteção jurídica da família”²¹⁰.

Infelizmente, os fenômenos sociais que originaram o direito civil da modernidade não permaneceram vigentes apenas naquela época, mas sim até os dias de hoje, de modo que o direito civil atual, especialmente aquele do código civil, é essencialmente o mesmo.

Por conta dessa tradição jurídica passada e da necessidade de controle jurídico pelo mercado, vive-se em uma sociedade saturada pelo direito, invasor da esfera privada com uma autoridade soberana a que as escolhas pessoais dos indivíduos devem submeter-se, a que estes devem domesticar-se. Tal postura é geralmente ocultada nas relações cotidianas, quase que invisível aos indivíduos²¹¹. Interessante notar que essa característica de um direito totalizante, hegemônico, é justamente coincidente com o direito do século XIX, do positivismo. O direito moderno atraiu essa característica de disciplinar momentos da vida que deveriam ser deixados para decisões autônomas dos interessados, ao seu modo pessoal de entender a vida e as relações sociais.

Isso porque a liberdade de escolha surge para muitos como um perigo, um peso insustentável, uma função difícil e até desconfortável de ser realizada. Para muitos indivíduos é mais fácil ser normatizado, de modo que o próprio direito faça por si as escolhas mais complexas. Assim, uma vida cotidiana aparentemente turbada, difícil de se ordenar, requer tal ordem para o direito, que estabelece parâmetros e modelos de conduta.

Tal modelo jurídico torna-se grave à medida em que entra em contacto com uma realidade social caracterizada pela pluralidade de valores e condutas, o que contemporaneamente passa a ser protegido pelo ordenamento jurídico, pelo menos em nível constitucional. Desse modo, a função do legislador, especialmente infraconstitucional, passa a ser aquela de se autolimitar, estabelecer, principalmente

²⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 5. 18. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

²¹⁰ NERY JR, Nelson. *Código Civil Anotado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 692.

²¹¹ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Terza edizione. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 9-10.

para a autonomia privada existencial, cláusulas gerais de liberdade que garantam juridicamente esse espaço de escolha do indivíduo. É tema jurídico de extrema relevância o da construção livre da personalidade do indivíduo, que questiona, inclusive, a mutação e modalidade de utilização do direito nesse aspecto, construída não no abandono do indivíduo, mas sim na importância da subjetividade, incluído aí o direito de errar. Questiona-se quem é o juiz da qualidade de uma vida humana, senão o próprio ser humano, a quem cabe estabelecer se essa existência é mesmo livre e digna²¹².

A sociologia e a antropologia ligadas ao direito demonstram, em função de todo o analisado, que o direito civil atual (especialmente o direito de família) tem como característica fundante a manutenção das pessoas sob um estado de submissão, o que já ocorre desde o século XIX. Vive-se sob a autoridade de uma lei, um direito que vigora sem significado, se mantém baseado em uma estruturação soberana de dominação, pois herdou alguma tradição medieval, em forte crise de legitimidade, incluindo as pessoas em uma relação de abandono para com o Estado. Desse modo, à medida que é mais simples, mais carente de conteúdo, mais tal lei é disseminada.

Atos simples como um relacionamento afetivo estável desencadeiam uma atração incontrolável por normas jurídicas que regulam complexamente a vida em casal sem que o casal tenha qualquer conhecimento dessas regras. Temos um ser abandonado por uma lei que não prescreve nada além de si mesma, ou seja, despida de conteúdo jurídico prescritivo, positivo, importante e condutor da vida humana. Temos um ser correspondente ao verdadeiro *homo sacer*, colocado para fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina²¹³, ou seja, alguém sujeito/abandonado ao modelo jurídico imposto, tradicional, por cujas vontades e necessidades o direito não se interessa.

²¹² RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Terza edizione. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 15-29.

²¹³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 59-89.

2 LIBERDADE E FAMÍLIA

Liberdade – essa palavra que o sonho humano alimenta: que não há ninguém que explique, e ninguém que não entenda!

Cecília Meireles

A família inspirada pelo ordenamento jurídico brasileiro atual é plural e democrática. Tal qualificação decorre da eleição pela Constituição de valores como a dignidade, igualdade, solidariedade e, principalmente, a liberdade como princípios fundamentais. Mesmo a família sendo em grande medida afeta à esfera privada do indivíduo, essa normativa a influencia. Por isso, necessária a fundamentação da incidência da Constituição na regulamentação dessa seara privada, para então seguir com os contornos do princípio da liberdade e sua incidência na esfera familiar.

2.1 A incidência da Constituição e de seus princípios no direito civil

É passado o tempo da fundamentação jurídica jusnaturalista. O direito natural toma como premissa a aceitação, iniciada com os gregos (principalmente Aristóteles) e partilhada por São Tomás de Aquino na Idade Média, de uma ordem natural das coisas, confirmada pela crença cristã em um deus inteligente e bom, criador e ordenador do mundo e de suas leis naturais, inclusive cabíveis à espécie humana. Essa ordem natural do mundo pressupõe a observação dos fatos, da experiência, resultando em uma capacidade moral de diferenciar o justo do injusto. Seja na própria natureza, seja com origem em uma vontade metafísica superior, haveria leis imutáveis e válidas para a vida em comum dos homens, estabelecendo direitos e deveres dos indivíduos na sociedade²¹⁴.

²¹⁴ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 289.

Esse modelo de direito natural (e, igualmente, de visão da sociedade), comumente denominado de aristotélico-tomista, foi adaptado à visão antropocêntrica partilhada pela filosofia ocidental a partir do fim do medievo. Além dessa ordem natural das coisas, as principais concepções jusnaturalistas, com apoio no estoicismo e no ideal cartesiano, substituíram a natureza das coisas ou a vontade superior pelos supostos comandos da razão humana: trata-se do jusracionalismo, que em grande medida triunfou no início da modernidade.

Como conseqüência, surge um modelo jurídico (já muito antes difundido por Cícero), que envolve a simples extração das regras de convivência que a boa razão sugere a cada um, sendo tal lei atemporal, haja vista sua simplicidade, pois correspondente à razão humana. Vários códigos civis do início da Idade Moderna (inclusive o Código Civil francês) adotaram essa filosofia, ou seja, identificavam-se como monumentos legislativos positivadores da boa razão humana, do povo. Esse racionalismo, objetivo dos juristas em razão da busca burguesa por segurança, previsibilidade econômica por meio do direito, tornou direito natural e direito positivo praticamente idênticos, este como fundamentado naquele e explicado com base em axiomas matemáticos logicamente dedutíveis. A idéia de imutabilidade, perenidade do direito burguês combinou perfeitamente com essa positivação lógica da razão, o que naturalmente levou a mais de um século de “*quietismo jurídico*”, pouca insurreição perante normas injustas, porém postas²¹⁵.

Independente desse panorama, importante situar o direito natural, portanto, como um modelo de direito superior à legislação positiva. Uma vez que o direito positivo deveria legitimidade a pressupostos situados além, acima da autoridade constituída, seria possível o seu descumprimento em caso de confronto, divergência com esse direito superior (o natural), que seria um sistema de normas/princípios ideal, tendo como fonte esse ideal de justiça universal imutável.

Por isso, a defesa jusnaturalista é nos dias de hoje freqüentemente a fundamentação de uma postura de tensionamento e questionamento do direito positivo (até porque as fundamentações jurídicas metafísicas evidentemente não têm mais

²¹⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*. 3.ed. Publicações Europa – América, 2003, p. 206-215.

espaço) e, portanto, de crítica. Isso, todavia, não garante ao direito natural um caráter progressista, haja vista a sua falta de clareza, decorrente de seu elemento essencial – a natureza – ser plurívoco, não possuindo densidade semântica suficiente para ser objetivamente analisado, faltando-lhe suporte político estatal para sua efetividade e partilhando de um ideal de justiça relativo, variável conforme povo e época (teísta ou não teísta, por exemplo)²¹⁶.

Muito embora haja certa identidade entre jusnaturalismo e positivismo (por força do jusracionalismo francês), a partir da modernidade o positivismo prevalece, especialmente instrumentalizado aos ideais da economia burguesa. Metodologia em que direito e lei são idênticos, pois a valoração jurídica é tarefa apenas do legislador. Esse sistema é, portanto, concebido para corresponder ao mecanismo de normatização por meio de regras (não de princípios)²¹⁷. O sistema feudal de múltiplas fontes e heterogeneidade de normas foi substituído, principalmente, pela técnica da codificação²¹⁸.

No âmbito do positivismo jurídico e do conseqüente aproveitamento que no século XIX se teve dos já existentes códigos, se está diante da proposição de um direito efetivamente total, tendente à completude e à perpetuidade, portanto regulador de toda a vida (privada, no caso do direito e código civil) com um mecanismo (as regras jurídicas) que se mostrou ineficiente. Esse “direito total” que não admite que o direito exista fora do que está legislado combina com a postura hegemônica do direito oitocentista, que pretendia abraçar o mundo, tendo em vista a necessidade de previsibilidade econômica da atividade humana²¹⁹.

Tal visão é importante para demarcar as insuficiências do positivismo jurídico. A partir desse positivismo é que o direito privado do século XIX, voltando-se para o individualismo necessário à atividade econômica, alça à mais alta categoria um

²¹⁶ BEDIN, Gilmar Antonio. *Direito natural*. Em: *Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barreto (organizador). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 240-243.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

²¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 178.

²¹⁹ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 12 e 44.

princípio de autonomia²²⁰. Considerando a oposição entre espaço público e privado, este cuidando do espaço do mercado, considerou-se a liberdade no âmbito jurídico justamente como a ausência de intervenção do Estado na esfera privada do indivíduo – liberdade negativa – na regulamentação de seus interesses (eminentemente econômicos) privados.

A partir de meados do século XX, esse sistema jurídico atrelado à máxima liberdade econômica tem suas insuficiências contestadas, ao menos no plano teórico, por diversas teorias jurídicas. A mais difundida, a do pós-positivismo. Sua principal tese, a mitigação do positivismo legal com base na principiologia jurídica.

A razão jurídica não é mais identificada apenas com a racionalidade formal, também incorporando a razão prática, ou seja, uma aspiração moral de pretensão de justiça (não em um sentido de seguimento das escolhas preponderantes do grupo social, mas sim de correção do direito para atender ideais republicanos, plurais, liberais). Tem como pontos principais o abandono da prioridade acerca da estrutura lógica das normas e do ordenamento jurídico (dando lugar à dimensão argumentativa do discurso, bem como à reflexão sobre o papel da hermenêutica jurídica, direcionando isso para a preocupação com os problemas de efetividade enfrentados pela ordem jurídica). Essa pretensão de justiça difere da opção jusnaturalista (crítica comum feita pelos opositores do pós-positivismo e ainda defensores do positivismo, de que ambos sofreriam da mesma vagueza) pois não se baseia em critérios metafísicos, mas sim em proposições concretas formuladas com base em princípios fundamentais que dão base às instituições vigentes no mundo ocidental: liberdade, igualdade e dignidade²²¹.

Por óbvio que a leitura positivista da liberdade (e do direito igualmente) é falha a partir do momento em que se estrutura em torno de um direito subjetivo concebido como direito individual diante do qual não existe intervenção estatal. Nele se mantém a liberdade individual (negativa) e o direito apenas opera como moldura para o

²²⁰ SILVA, Denis Franco da. *O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução*. Em: *Princípios do direito civil contemporâneo*. Maria Celina Bodin de Moraes (coordenadora). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 136.

²²¹ DINIZ, Antonio Carlos e MAIA, Antônio Cavalcanti. *Pós-positivismo*. Em: *Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barreto (organizador). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 650-652.

intercâmbio capitalista²²². O transcurso para um modelo jurídico mais razoável é caracterizado pela passagem, então, do direito formal burguês para o direito materializado pelo Estado social, não podendo mais haver direitos subjetivos referidos a sujeitos atomizados e alienados, mas sim em pressuposta colaboração²²³.

Isso porque se evidencia a norma fundamental do Estado social não mais como somente a lei fundamental do Estado, garantidor da liberdade e da atividade econômica, mas sim a lei fundamental da sociedade, pondo termo à barreira Estado/sociedade civil²²⁴, de modo que haja intervenção na e para a liberdade, bem como a sua coexistência com outros valores. Basta afirmar que a existência de um ordenamento unitário não condiz com a completude positivista do sistema ou do conjunto de leis em vigor²²⁵. Um ordenamento constituído por regras efetivamente não consegue apreender a realidade, pois é fechado, ao passo que um ordenamento aberto, constituído por regras e princípios consegue²²⁶, até porque não mais permite a antecedência de certos comportamentos ao ordenamento, uma vez que a liberdade é valor a conviver e a ser harmonizado com outros valores (o que é ratificado pelo reconhecimento de que as liberdades públicas ainda hoje inseridas na Constituição correspondem à leitura dos direitos individuais correspondentes à personalidade humana feita pelas revoluções liberais²²⁷ – o que implica na necessidade de harmonização com outros valores). Nessa ótica, cabe ao intérprete encontrar o direito, em qualquer caso, de modo que a ordem jurídica cubra toda a realidade social²²⁸.

A referida possibilidade de que todo problema passe pela ordem jurídica (não havendo qualquer espaço de não direito) reside, portanto, no advento daquilo que se

²²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 119.

²²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 120-121.

²²⁴ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. Em: *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (Coordenadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 122.

²²⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Unidade do Ordenamento e Teoria da Interpretação*. Editorial da Revista trimestral de direito civil – v. 30 (abril/junho 2007). Rio de Janeiro: Padma, p. iv.

²²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 640.

²²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 82.

²²⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 77.

pode denominar “*constituição compromissória*”²²⁹, que perpassa não apenas um viés de legalidade (por constituir-se na norma de mais alta hierarquia) mas também um viés de legitimidade, na medida em que caracteriza a composição pluralista entre diversas ideologias e forças políticas. Para utilizar outro termo, trata-se do ato constituinte de fundação de uma comunidade política, que implica o reconhecimento mútuo de um sistema de direitos que garante autonomia privada e pública²³⁰. Ou seja, as autonomias privada e pública apenas seriam possíveis em razão da passagem prévia pelo sistema jurídico.

Assim sendo, mesmo já há anos dentro do século XXI, é comum nos países da chamada família romano-germânica ocidental a existência de leis e códigos que são expressão de uma ideologia e visão de mundo diversa da atual e, principalmente, diversa das Constituições republicanas. A vigência, ao menos formal, desses diplomas legislativos díspares apenas pode ser considerada com a consciência de que o ordenamento jurídico é unitário: a solução de cada controvérsia não deve levar em consideração apenas o artigo de lei que parece resolvê-la, mas sim todo o ordenamento, em particular seus princípios fundamentais, sem embargo de a norma constitucional colocar-se em uma situação de supremacia jurídica, no ápice da hierarquia das fontes. A natureza meramente programática das normas constitucionais remonta à ideologia da Revolução Francesa, em que os princípios constitucionais seriam nada mais que um endereço futuro para o legislador infraconstitucional, que criaria a norma aplicável a cada caso concreto, como queria a escola da exegese²³¹.

A centralidade do sistema jurídico é, evidentemente, exercida pelas constituições. A centralidade dos códigos é, portanto, relegada a época passada, já infirmada, inclusive, pelo conhecido processo de descodificação²³² (no Brasil, isso se

²²⁹ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. Em: *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (Coordenadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 125.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 267.

²³¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 174-175.

²³² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 186.

verifica pelo surgimento dos chamados estatutos, ou subsistemas, verdadeiros corpos legislativos que regulam setores inteiros extraídos da normativa do código civil²³³).

Esse aspecto afigura-se especialmente importante no âmbito do direito civil, em razão da muito difundida incidência dos princípios constitucionais sobre as regras do direito privado (presentes ou não no código civil). Trata-se da metodologia internacionalmente conhecida como “direito civil-constitucional”.

Nesse âmbito, interessa a função interpretativa dos princípios constitucionais. Ela decorre de sua superioridade hierárquica e de seu caráter normativo. Por isso é garantida a imposição dos princípios sobre normas inferiores e sua aplicação a qualquer relação jurídica concreta (garantindo, assim, a coerência valorativa do sistema jurídico, que elegeu valores fundamentais para a vida em uma sociedade republicana e democrática²³⁴). Isso por que eles se diferem de políticas públicas ou meros objetivos a serem seguidos pelo legislador infraconstitucional, caracterizando-os, portanto, como normas jurídicas²³⁵. Assim sendo, cada disposição infraconstitucional (ou até mesmo constitucional) deverá ser interpretada de modo a realizar da forma mais ampla o princípio que rege a matéria em questão²³⁶.

A realidade do direito privado brasileiro é de, de um lado, uma gama variada de normas infraconstitucionais, centradas ainda na codificação, já antiquadas e anacrônicas²³⁷ (juntamente com alguns poucos subsistemas elaborados no pós-constitucionalismo com tendência de adequação à Constituição) e, de outro, da Constituição da República, caracterizada por um conteúdo principiológico fundamental, instituído democraticamente, tendo como vértice a dignidade humana. Partindo do

²³³ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. Em: *Temas de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8.

²³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Perspectivas a partir do direito civil-constitucional*. Em: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. Gustavo Tepedino, organizador. São Paulo: Atlas, 2008, p. 339.

²³⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 36.

²³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 110.

²³⁷ A vigência de um código civil supostamente novo, em 2002, não infirma esse anacronismo, haja vista a mera adaptação (muitas vezes lingüística apenas) de regras do começo do século XX à época da redação do código, a década de 1970. Não obstante, a centralidade em um individualismo proprietário, marca do direito de família, permaneceu igualmente presente. Nesse sentido: FACHIN, Luiz Edson e RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Um projeto de código civil na contramão da constituição*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 4, 2000. Rio de Janeiro: Padma.

paradigma pós-positivista, denota-se essa a função primordial dos princípios: a interpretação de todo o direito infraconstitucional, fundamentada também no descarte (em razão da insuficiência) da mera subsunção lógica das normas aos casos concretos.

Essa modificação de paradigma só é possível em um sistema necessariamente aberto, ou seja, que nunca está completo, podendo, inclusive, ser continuamente colocado em questão. Evidentemente, as molas propulsoras desses sistemas são os princípios²³⁸ (cujo conteúdo e norte para o qual apontam demandam intenso debate), já que a abertura do sistema impede sucesso pleno em qualquer tentativa de elaboração de normativa aplicável à totalidade de circunstâncias fáticas futuras²³⁹.

No âmbito do direito privado brasileiro, adotando-se a metodologia do direito civil-constitucional, parte-se justamente da insuficiência, da fratura²⁴⁰ do modelo codificado, baseado na apreensão de situações fáticas do passado, positivadas no presente com máxima abstração e generalidade, com pretensão de completude e atemporalidade²⁴¹. A opção metodológica é justamente a reelaboração desse sistema jurídico à luz dos princípios constitucionais, com seu conteúdo ético-jurídico fornecido pela democracia²⁴², por meio da superação do formalismo do dado normativo²⁴³, pelos chamados elementos extrapositivos²⁴⁴ (princípios expressos e implícitos), em um processo cognitivo unitário que considera a norma inserida em um ordenamento complexo e hierarquizado, finalizada aos valores constitucionais²⁴⁵.

Nada obstante, importante ressaltar que a interpretação/aplicação dos princípios constitucionais em casos concretos comumente resulta da colisão de dois ou mais, válidos do ponto de vista da justificação, porém concorrentes quanto à aplicação. Essa concorrência não resulta em insegurança jurídica à medida que se controla eventual

²³⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 241.

²³⁹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 4ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 141.

²⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 178.

²⁴¹ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. Em: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 93.

²⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. Em: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 116.

²⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59.

²⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 68.

²⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 71-72

liberdade fornecida ao juiz por meio do método de ponderação de princípios, que descarta a antiga subsunção²⁴⁶ ²⁴⁷. Ao contrário das regras, que são aplicadas com base na lógica tudo ou nada (ou se subsumem à hipótese fática ou não), os princípios possuem a dimensão do peso/importância, haja vista a possibilidade de se inter cruzarem, devendo o intérprete considerar a força relativa de cada um²⁴⁸. Essa colisão é resolvida em função da precedência/peso que um princípio tem em relação a outro de acordo com as condições específicas de um caso, devendo ser sopesados os interesses conflitantes. Em regra, trata-se de uma “*relação condicionada de preferência*”, pois essa relação de precedência não é pré-estabelecida legalmente²⁴⁹.

Além disso, a defesa da incidência direta dos princípios, essa metodologia do direito civil-constitucional, possui outros marcos teóricos importantes e bem difundidos: a subordinação das situações patrimoniais às existenciais; a preocupação com a historicidade e a relatividade na interpretação-aplicação do direito; a prioridade da função dos institutos em relação à sua estrutura²⁵⁰.

A eleição da dignidade humana pela Constituição como princípio fundamental da República garante especial e privilegiada tutela a qualquer pessoa humana em suas relações. Disso extrai-se a referida regra geral de que em todas as relações privadas nas quais ocorra um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e outra patrimonial, a primeira prevalece²⁵¹. Naturalmente, diante de um direito civil calcado no

²⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Perspectivas a partir do direito civil-constitucional*. Em: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. Gustavo Tepedino, organizador. São Paulo: Atlas, 2008, p. 39.

²⁴⁷ A partir da tensão problemática entre o geral e o particular que se origina o descarte do método da subsunção. Nesse sentido, pelo menos quatro pontos (elencados por Alexy, ante constatação de Larenz) podem ser ressaltados como justificadores do seu abandono na contemporaneidade: (1) a imprecisão da linguagem do direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente e (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contrarie a literalidade da norma. Em: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 33-34.

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42.

²⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-97.

²⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Perspectivas a partir do direito civil-constitucional*. Em: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. Gustavo Tepedino, organizador. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30.

²⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. Em: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 143.

individualismo do patrimônio, a proteção das relações existenciais (dentre elas as de família) torna-se tarefa preponderante para o intérprete.

Quanto à historicidade-relatividade do ordenamento jurídico, é possível afirmar que proposições normativas que são fruto de épocas e ideologias diversas e ainda permanecem vigentes, facilmente produzem contradições. Trata-se da complexidade do ordenamento, que revela a importância de o intérprete, considerando um sistema unitário, encontrar, inspirado em princípios e regras, o “*ordenamento do caso concreto*”, assumindo que os conceitos jurídicos não permanecem presos à época em que foram concebidos, mas sofrem o impacto do sistema sócio-cultural a que pertencem²⁵².

Por fim, identifica-se um deslocamento da preocupação oitocentista com os problemas estruturais do direito (seus conceitos, axiomas, deduções lógicas, classificações, enfim, dogmatismo) para a preocupação com a sua função; função destinada aos institutos e do próprio direito. Essa concepção reflete, principalmente, a defesa de uma função promocional ao sistema jurídico, ou seja, da prática de estabelecimento de vantagens para a observância da norma, uma técnica de incentivo para a realização de comportamentos pretendidos pelo legislador²⁵³. Não obstante, a eleição da solidariedade social como objetivo da República pela Constituição garante que a função (prestação, destinação, finalidade) dos institutos jurídicos em geral seja sempre a social, isto é, voltada para os interesses coletivos.

Isso reflete, no âmbito privado, nas funções social do contrato e da propriedade. Muito embora parcela da doutrina afirme uma função social da família, atinente ao papel da família na sociedade, o interesse público em sua manutenção e reprodução, pois seria base da sociedade, esta (a função social) não existe. Quanto aos adultos²⁵⁴,

²⁵² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 189-208.

²⁵³ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 101.

²⁵⁴ Quanto às crianças e adolescentes, pela incidência do princípio do melhor interesse, a necessidade de proteção social, por meio do direito e de políticas públicas, é essencial. Tem como pressupostos, ante a ausência de maturidade para conduzir a vida com autonomia, a necessidade da criança de proteção por outro ser humano, que lhe defenderá e instruirá, justamente pela ausência de conhecimento pleno de seus direitos, de condições para defender-se, de meios próprios para arcar com suas necessidades básicas, além da desigualdade física, cognitiva, emocional e sócio-cultural em relação ao adulto. O princípio possui uma concepção quantitativa e outra qualitativa: seu conteúdo normativo se explicita tanto na escolha comparativa de qual a melhor opção para o melhor (por exemplo em litígios acerca da guarda, tutela, adoção), bem como na ausência de condicionamento do interesse da criança a qualquer outro

a única função social existente na família, ou seja, o único interesse público em regulá-la corresponde à proteção das escolhas individuais (intervindo o aparato jurídico apenas para controlar as expectativas legítimas que uma pessoa criou na outra). Atribuir um caráter emancipatório à família significa valorizar a liberdade dentro do seio familiar; essa a sua função social²⁵⁵, haja vista que não há nela a necessidade de reprodução de valores distintos da formação de pessoas com base na tolerância e proteção recíproca da intimidade. Trata-se do modelo eudemonista de família.

A família é *locus* privilegiado para o desenvolvimento da pessoa²⁵⁶, para realização de seus interesses afetivos e existenciais²⁵⁷, não sendo portadora de nenhum interesse superior ou superindividual, bem como não há qualquer tipo de superioridade de determinadas espécies de família, como a nuclear ou a constituída pelo casamento. Assim sendo, em que pese a defesa de que cada entidade familiar tenha o seu próprio estatuto normativo, estabelecido segundo as suas particularidades, o conteúdo desses estatutos deve respeitar o princípio da igualdade, não admitindo que cidadãos em igual situação recebam tratamento diverso ou que cidadãos em situação diversa recebam tratamento igualitário²⁵⁸.

Dessa forma, não sendo a família tutelada externamente, como uma instituição para além de seus membros, implica a sua função serviente o não merecimento de tutela do prosseguimento do vínculo familiar quando se coloque em contraste com o desenvolvimento da personalidade de um de seus membros, de modo que não cabe ao Estado interferir nessa manifestação volitiva. Portanto, de plano refuta-se qualquer

(como o dos pais ou da proteção da família-instituição), especialmente na interpretação do direito infraconstitucional. Por conta disso, afirma-se a existência de função social na família quanto ao cuidado e prioridade relacionada às crianças e adolescentes. Sobre essa temática: COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Natureza e Implantação do Novo Direito da Criança e do Adolescente*. Em: *Estatuto da Criança e do Adolescente – Estudos Sócio-jurídicos* (coord. Tânia da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 24; FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 98; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 127; PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.

²⁵⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 11.

²⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243-244.

²⁵⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 13.

²⁵⁸ NEVARES, Ana Luíza Maia. *Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada*. Em: *Diálogos sobre direito civil*. Carmem Lucia Silveira Ramos (organizadora) ... et al. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 310.

argumento em prol da superioridade daquela família constituída pelo casamento, bem como da dificuldade da dissolução do vínculo conjugal, ou seja, da proteção *a priori* da coesão formal da família-instituição²⁵⁹.

Assim sendo, uma vez que a dignidade humana impede que se admita a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, deixa a proteção do ordenamento de ser daquela unidade de produção e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos da classe dominante – a burguesia –, dando lugar à tutela da família eudemonista, essa em que é tutelada a dignidade de seus membros²⁶⁰. Em termos práticos, mais importante inclusive que as tradicionais justas núpcias, afigura-se a realização pessoal dos integrantes da família²⁶¹.

2.2 Situações existenciais e patrimoniais

Toca diretamente a análise jurídica da metodologia civil-constitucional a separação/enquadramento das situações jurídicas subjetivas existenciais e patrimoniais. Com efeito, é temática que pressupõe a redefinição dos contornos da categoria do direito subjetivo e da relação jurídica e de suas crises na contemporaneidade.

O direito civil clássico, a partir de sua conformação, estruturou as formas de agir do indivíduo na esfera privada em algumas categorias. As mais elementares o direito subjetivo, a faculdade, o direito potestativo e o poder.

Esquema mais elementar dentre esses, o direito subjetivo caracteriza o poder que um sujeito tem para agir e exigir de outrem determinado comportamento. Tal contraposição identifica a definição clássica de relação jurídica (direito subjetivo x dever

²⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares*. Em: *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 351.

²⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares*. Em: *Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 351.

²⁶¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 93.

jurídico²⁶²). O direito subjetivo só existe, nessa definição, vinculado apenas à vontade de seu titular²⁶³, que escolhe livremente se o exercerá²⁶⁴. Contemporaneamente, indica-se como mais pertinente a definição do direito subjetivo não como poder vinculado à vontade, mas sim à realização de um interesse, pois assim atende-se também aos incapazes²⁶⁵, cujos interesses demandam a representação ou assistência, já que não manifestam vontade com autonomia. Os direitos de crédito e de propriedade são os exemplos mais comuns de direitos subjetivos.

Não há nos códigos civis (nem mesmo naqueles com partes gerais que pretendem fornecer as definições legais fundamentais) a definição do que seria uma relação jurídica ou um direito subjetivo, em que pese a regulação codificada seja toda realizada tendo como pressuposto a bilateralidade direito/poder x dever/sujeição e os direitos subjetivos diversos como poderes da vontade. Para a doutrina em geral, isso bastaria para fazer incidir uma certa previsão abstrata da relação jurídica em lei, justificável pela utilização de um “*modelo, paradigma, esquema*” pela lei para regular as situações fáticas²⁶⁶.

Ainda que tais definições sejam fornecidas pela doutrina, a estruturação do direito privado em torno da relação jurídica e do direito subjetivo demarca a inspiração jurídica da época de sua (re) formulação: a modernidade. Inspirada no liberalismo individualista da modernidade, alçada pela pandectística a conceito básico, a relação jurídica coloca no centro do direito a suposta manifestação de vontade do sujeito livre, passando a ser considerada justamente como o espaço em que a vontade do indivíduo reina independente de qualquer vontade estranha²⁶⁷. A incoerência desse discurso ganha intensidade quando se percebe a separação que cria entre as relações travadas

²⁶² PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra Editora, 2005, p. 177; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 153.

²⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 5. ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006, p. 5-6.

²⁶⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 178-179.

²⁶⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 674-675.

²⁶⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ed. Coimbra Editora, 2005, p. 177.

²⁶⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-159.

pelos seres humanos²⁶⁸ e os conceitos jurídicos (verdadeira neutralidade empírica, pureza da ciência²⁶⁹), ainda que se afirme o oposto.

Nota-se, portanto, que o jusracionalismo afirma que as suas idéias guardam correspondência com a empiria das relações humanas na sociedade²⁷⁰, o que mostra a insuficiência do formalismo que passa a adotar (ou seja, desse discurso meramente abstrato) para explicar o direito, uma vez que o direito deve ser (autenticamente) empírico, pois sempre depende de um caso, e axiológico. Evidencia-se tal contradição quando nos apoiamos em dogmatismos (direito subjetivo e relação jurídica, por exemplo) para explicar a ação humana; a classificação da conduta humana em moldes deve ser descartada pois caracteriza a fragmentação do direito como objeto do conhecimento²⁷¹.

O discurso jurídico da modernidade avança, mesmo que de modo incoerente, para, supostamente, inserir no cerne do direito privado a proteção da vontade humana. Nesse momento de sistematização e formalização do direito natural, os direitos subjetivos seriam direitos atribuídos pela natureza ao homem para dar livre curso aos seus impulsos instintivos e racionais, tendo como limitação apenas o contrato social (ou seja, o direito público). Desse modo, todo o direito privado passa a ser entendido como a forma de combinar e harmonizar o poder do indivíduo de desenvolver sua personalidade, de forma que os direitos subjetivos (visto que inatos, naturais) precedam até mesmo o direito objetivo, tendo sempre como legítimo o poder da vontade humana²⁷², da qual decorre a capacidade do sujeito, em viés claramente individualista²⁷³.

Essa idéia, que influenciou todo o pensamento jurídico nos séculos XIX e XX, teve como substrato a filosofia kantiana, que alçou a liberdade e a vontade para o cerne

²⁶⁸ São exemplos os direitos da personalidade e os atos de autonomia existencial, além das relações familiares evidentemente.

²⁶⁹ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica*, v. 1. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 45-53

²⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2.ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34.

²⁷¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32.

²⁷² HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. 3ª edição. Publicações Europa – América, 2003, p. 219-220.

²⁷³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 668-669.

da personalidade moral e, conseqüentemente, o direito como a forma de relacionar o arbítrio entre as pessoas²⁷⁴. Tanto o formalismo jurídico alemão, quanto o Iluminismo francês são filiados a esse pensamento. Na genealogia de conceitos de Puchta e Windscheid, presente no Código Civil alemão, da autonomia moral humana decorre o conceito de pessoa e depois o de direito subjetivo, que é o poder da pessoa sobre o objeto²⁷⁵. Para os iluministas, era essencial a visão da pessoa humana como indivíduo centrado, unificado, dotado das capacidades da razão, de consciência e de ação, o que configurava sua própria identidade, sendo assim um sujeito individual²⁷⁶.

O *pacta sunt servanda*, inserido no artigo 1134 do Código Civil francês, nada mais é do que a consagração do voluntarismo kantiano, na medida em que, na esfera privada, o indivíduo se obriga (ou seja, constitui direitos subjetivos) por meio da autonomia de sua vontade²⁷⁷. Tal idéia é também incorporada por Beviláqua, para quem “dentro do círculo que a lei traça, para dirigir e harmonizar a atividade humana, o homem é livre e pode desenvolver as suas energias”²⁷⁸. O mesmo ocorre com o Código Civil português de 1867, cujo artigo 2º define direito como a “*faculdade moral de praticar ou deixar de praticar certos factos*”.

Até pouco tempo, a autonomia moral kantiana e o direito subjetivo como poder da vontade foram tratados como valores absolutos, identificados como portadores de uma verdade objetiva e uma justiça intrínseca, isentos, portanto, de crítica e questionamento²⁷⁹. Isso foi necessário para efetivar e garantir os interesses econômicos burgueses no momento em que surge o Estado moderno, impulsionador de uma ordem jurídica pretensamente neutra, baseada em um direito sistematizado, no aperfeiçoamento da idéia abstrata de direitos subjetivos, corolário dessa visão individualista de sociedade. Nessa sociedade atomizada, os indivíduos estão isolados,

²⁷⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. 3ª edição. Publicações Europa – América, 2003, p. 221. nota, 336.

²⁷⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6º edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 25-27.

²⁷⁶ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 1999, p. 10.

²⁷⁷ RIBORDY, François-Xavier. *Vontade*. Em: *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Direção de Adré-Jean Arnaud et al. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 831-832.

²⁷⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. 1. 7ª edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944, p. 181.

²⁷⁹ GROSSI, Paolo. *A formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora*. Em: *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 88.

concorrendo e participando do mercado de troca de bens, que exige ausência de interferências externas, na medida em que a economia de troca pressupõe escolha e a escolha pressupõe autonomia. A posição de supostas igualdade e liberdade (formais, portanto) do indivíduo serão pontos cruciais dos discursos jurídicos e econômicos da modernidade, tendo como sustentáculo os direitos subjetivos (que são invioláveis) como espaço em que o poder estatal não interfere, mas sim o garante²⁸⁰.

Esse pressuposto de que a “livre vontade” (idealmente concebida) garante uma região de dominação independente, com o direito subjetivo garantindo a vontade individual em uma sociedade em que se reconhece igual liberdade, só seria possível a partir do momento em que a autonomia privada realmente coincidissem com a autonomia moral da pessoa. Em conclusão, os direitos do homem, ainda que fundamentados nessa idéia de autonomia moral dos indivíduos, apenas adquirem uma figura positiva por meio da autonomia política dos cidadãos²⁸¹.

Mais adequada que a teoria clássica da relação jurídica, centrada em torno do direito subjetivo, surge o conceito de relação jurídica proposto por Pietro Perlingieri. De acordo com ele, ter-se-ia uma relação jurídica sempre que houvesse a ligação entre situações subjetivas²⁸². Parte-se do pressuposto de que o direito subjetivo é insuficiente para subsumir toda a atividade humana (esta a crise do direito subjetivo), pois a liberdade pode se manifestar de formas diversas do binômio direito x dever²⁸³. Desse modo, a situação jurídica subjetiva corresponde a um conceito geral, que abrange todas as possibilidades de efeitos jurídicos decorrentes do agir humano. Por mais óbvio que pareça, a sua importância reside na característica que possui de infungibilidade²⁸⁴, visto que tal agir humano pode se valer de direitos subjetivos, poderes jurídicos, interesses legítimos, obrigações, ônus, entre outros²⁸⁵. Além disso, tomando-se por base a

²⁸⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 21-22 e 50-55.

²⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade, volume I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 113-119 e 127.

²⁸² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 734.

²⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 29.

²⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 734.

²⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 668.

orientação solidarista do ordenamento, torna-se mais coerente a alusão a situações jurídicas subjetivas complexas, que enfeixam poderes e deveres reciprocamente para as partes na mesma relação jurídica²⁸⁶.

Em última análise, a importância dessa definição traduz o próprio pensamento jurídico contemporâneo que, ao propor um sistema jurídico aberto, propõe a mutabilidade de seus valores fundamentais²⁸⁷, nesse caso valores arraigados no Estado liberal, momento em que a teoria do direito passou a explicar as figuras jurídicas tendo a vontade como elemento central²⁸⁸.

O direito subjetivo não existia na tradição romana, casuística e avessa ao dogmatismo; trata-se de criação jusracionalista, com influência do direito canônico²⁸⁹. Pode-se afirmar, portanto, que já se está diante da influência do liberalismo econômico, em que se afigurava importante o poder de submeter os indivíduos a determinados deveres, especialmente do ponto de vista da propriedade e do crédito. Diante de uma categoria não definida normativamente, coloca-se o direito subjetivo como poder da vontade em uma sociedade burguesa supostamente igualitária, baseada na autonomia moral²⁹⁰. A consequência é a estruturação meramente doutrinária de todo o direito civil com bases voluntaristas, o que se torna inconsistente diante da realidade de exclusão das situações patrimoniais (latifúndio x pequenos produtores, grandes empresas x consumidor, competindo em pé de igualdade). Nada mais do que “*colocar a inserção do mundo nas mãos de quem define o estatuto de ingresso nesta ou naquela posição jurídica*”²⁹¹, ou então na própria relação jurídica.

Um modelo jurídico definidor, pela lei ou pela doutrina, acaba por impor verdades absolutas (como a autonomia do indivíduo e, conseqüentemente, o direito subjetivo) que naturalmente se vinculam aos interesses das camadas dominantes da sociedade. Assim foi com o direito civil moderno, em que se verifica ausência de definições

²⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 678.

²⁸⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 281.

²⁸⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 25.

²⁸⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 254.

²⁹⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 717.

²⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 95.

jurídicas “*em caráter mínimo*”, mas sim “*verdadeira naturalização/racionalização artificial*”²⁹².

Tal característica, a de um modelo de direito definidor (baseada no direito subjetivo) torna-se altamente contraditória na medida em que se percebe que ao pressupor a autonomia do indivíduo ela, em verdade, acaba sendo reprimida e não potencializada. Além do direito subjetivo, são bons exemplos disso o sistema das incapacidades e o negócio jurídico.

Quanto ao negócio jurídico, tido como mecanismo tradicional para manifestação da autonomia privada, trata-se de esquema insuficiente para a expressão da vontade no plano existencial²⁹³. A incapacidade, uma vez mais exemplo do tónus definidor do legislador, é caracterizada por categorias genéricas, imprecisas, imperfeitas que enquadram o comportamento humano com algum tipo de desvio²⁹⁴, sem considerar as suas peculiaridades, a necessidade de proteção física do indivíduo e a possibilidade mitigada de manifestar sua vontade.

Considerando isso, afirmar a insuficiência do direito subjetivo é forçosamente afirmar que a atividade e personalidade humanas são insuscetíveis de redução a uma situação jurídica – tipo (ou mesmo a um elenco de direitos subjetivos – tipo), pois afetas às mais próprias e variadas circunstâncias²⁹⁵. Cabe ainda ressaltar que o direito subjetivo só encontra (ou só deveria encontrar) legitimidade no direito objetivo, não cabendo mais um cenário de indivíduos atomizados (impondo-se deveres decorrentes da autonomia moral de suas vontades), mas sim em cooperação²⁹⁶.

É comum (e equivocada) a assertiva de que a definição da relação jurídica, centrada no direito subjetivo, tem como fonte de referência a experiência jurídica privada, ou seja, tendo em vista que certas relações sociais acontecem com

²⁹² HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 133.

²⁹³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 110 e ss.

²⁹⁴ RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*. Em: *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

²⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. Em: *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XXIII

²⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade, volume I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 130-131.

freqüência, cabe ao direito, em função disso, discipliná-las²⁹⁷. Em sentido diverso, importante demonstrar que não há escolhas neutras pelo legislador e pelo intérprete. Desse modo, o direito seria passível de desconstrução em sua estrutura por dois motivos: porque se baseia em camadas textuais interpretáveis e transformáveis (algo inclusive necessário pela mudança das necessidades sociais) e também porque seu fundamento último, em verdade, não se constitui realmente em um fundamento, justamente porque o direito é baseado na força, na imposição autoritária²⁹⁸ (muitas vezes arbitrária, nos casos em que, deliberadamente, tendo em vista os interesses predominantes, se escolhe o que fica dentro e o que fica fora do “mundo do direito”).

De fato, a associação do direito à força não vai acarretar necessariamente a sua injustiça, mas sim a possibilidade de sua desconstrução, em que se averiguam os motivos e a história dessa imposição, o que certamente acaba por possibilitar a sua associação à justiça²⁹⁹. Não obstante, a idéia é justamente a de que o direito, como construção do homem, pode perfeitamente ser desconstruído. Isso serviria para demonstrar que a lei, o ordenamento e qualquer consenso (discurso jurídico) acerca de determinada matéria poderia ser “*desestabilizado*”³⁰⁰. Como conseqüência, o sentido dos textos jurídicos sempre permanecerá em aberto, sendo o contrário autoritário, expondo o aparato jurídico e judiciário a novas formulações e transformações³⁰¹.

Conhecer a relação entre direito e justiça é algo fundamental para se entender a sua desconstrução. Isso porque o direito, através de sua autoridade, tem a mera pretensão (o que não necessariamente coincide com a verdade) de ser exercido em

²⁹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 153.

²⁹⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 26.

²⁹⁹ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 27.

³⁰⁰ KOZICKI, Katya. *A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida*. Em: *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca, organizador. Florianópolis: Fundação Boiteuz, 2005, p. 133.

³⁰¹ KOZICKI, Katya. *A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida*. Em: *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca, organizador. Florianópolis: Fundação Boiteuz, 2005, p. 133.

nome da justiça, ao passo que à justiça não resta alternativa senão a de ser posta em ação pelo direito, que é aplicado pela força^{302 303}.

Considerando isso, uma das tarefas da desconstrução do direito é a da chamada memória histórica e interpretativa. Ela reflete algo mais que a tarefa do historiador de simples catalogador, vinculando-se à responsabilidade diante da herança de imperativos e feixes de injunções, que resulta na desconstrução de uma série de conceitos, como a propriedade, a família, a vontade, o sujeito, a liberdade³⁰⁴ e, nesse caso, o direito subjetivo e a relação jurídica.

A categoria específica do direito subjetivo como definidor de uma relação jurídica deve ser, portanto, substituída pelo conceito, mais genérico, de situação jurídica subjetiva. O tratamento mais adequado das situações jurídicas subjetivas envolve, dentre outros, os aspectos normativo e funcional³⁰⁵. Com relação ao aspecto normativo, crucial para a cogência na regulação da situação subjetiva, verifica-se que no direito brasileiro (assim como no estrangeiro, em países como Portugal, Espanha e França), não há definição das categorias mais comuns, especialmente do direito subjetivo. O que existe são exemplos (marcadamente na seara patrimonial, não por coincidência, como já explicado, no caso do direito subjetivo). As espécies de situações subjetivas devem ser abertas³⁰⁶, infungíveis, aptas a permitir o agir humano com autonomia, o que implica a desnecessidade de subcategorias limitadoras que sequer possuem perfil normativo e enclausuram a regulação de certos comportamentos.

Os principais exemplos disso são a mistura de situações patrimoniais com situações existenciais amplamente diversas na mesma categoria. É o que ocorre ao se inserir a figura do pai e do tutor (com função existencial de exercer a autoridade

³⁰² DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43.

³⁰³ Dessa maneira, afirma Derrida: “Essa justiça, que não é o direito, é o próprio movimento da desconstrução agindo no direito e na história do direito, na história da política e na história tout court, antes mesmo de se apresentar como o discurso que se intitula, na academia ou na cultura de nosso tempo – o ‘desconstrucionismo’”. DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 49.

³⁰⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36-37.

³⁰⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 669.

³⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 672, nota 22.

parental) na mesma categoria que o síndico de massa falida (com função patrimonial): o poder. No caso do direito subjetivo, sucede confusão com a mistura entre os direitos de crédito e os direitos da personalidade, de família (entre cônjuges, como o suposto dever conjugal) e até os chamados direitos subjetivos públicos. Resta evidente que cada uma dessas situações, dada a sua complexidade, merece tratamento normativo próprio, devendo a relação jurídica ancorar-se também no direito objetivo³⁰⁷ (sendo que este não as categoriza) e não se sujeitando à categorização doutrinária do direito civil clássico.

Tal argumentação se aplica também ao cogitar-se do aspecto funcional das situações subjetivas. Isso porque a categorização pode levar à conclusão de que todas as situações subjetivas possuem função social e, mais, a cumprem da mesma maneira. Assim, contrato, família, propriedade e personalidade estariam adstritos ao mesmo conceito de função social.

A função social na seara patrimonial envolve a intervenção do aparato jurídico para condicionar as relações mercantis ao respeito à dignidade da pessoa (não apenas a limites pontuais, portanto, não sendo a autonomia patrimonial um valor pré-jurídico, mas sim sujeito à ponderação com outros valores).

A função social na seara existencial, por sua vez, está ligada à atuação do aparato jurídico de duas formas: permitir, possibilitar que as pessoas tenham autonomia para escolher de que maneira querem viver ou seja, desenvolver e manifestar a sua personalidade dentro de sua privacidade e intimidade. Isso deve ser feito não intervindo, não condicionando essas escolhas e, logicamente, fornecendo condições básicas de vida para que ela seja realizada.

Desse modo, a dualidade das situações jurídicas subjetivas impede tratamento igualitário dos atos de autonomia. Nesse sentido a adequada separação entre autonomia negocial e contratual, distinguindo-se a última da primeira especialmente pelo conteúdo patrimonial³⁰⁸.

³⁰⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 98.

³⁰⁸ BARBOZA, Heloísa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*. Em: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 412.

2.3 Situações existenciais: entre liberdade e solidariedade

Os atos de autonomia em geral devem ser valorados pelo aparato jurídico. A liberdade do sujeito de agir, seja na esfera patrimonial, seja na existencial, confronta-se com o interesse coletivo. Diante da inexistência de condutas que antecedam o ordenamento jurídico, cabe ao intérprete, no caso concreto, sempre que chamado, ponderar entre os princípios da liberdade e da solidariedade.

O princípio constitucional da solidariedade é consequência da eleição pela Constituição da construção de uma sociedade justa e solidária, da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades como objetivos fundamentais da República. O enquadramento jurídico desse princípio o coloca frente a frente com a autonomia privada (alçada ao patamar de dogma pelo individualismo do século XIX, que concebia um ser humano hermeticamente fechado, isolado e solitário em seu mundo, o *homo clausus*), hoje vista dentro da concepção que o indivíduo existe apenas em relação com os outros (portanto, coexiste), com o mundo externo – o *homo non clausus*³⁰⁹.

Definir a solidariedade significa apreciar a pessoa humana (e, como consequência, sua dignidade), portanto não como célula autônoma, mas a partir de sua inserção no meio social, de modo que suas atitudes não sejam indiferentes aos destinos e atitudes dos demais. Trata-se, dessa maneira, de interpretar e relativizar a autonomia do indivíduo (sua liberdade, suas escolhas) de acordo com o interesse social, já que essa autonomia é exercida apenas na vida em sociedade, caracterizada pelas relações entre as pessoas. Desse modo, possível concluir que, na atualidade, qualquer situação jurídica subjetiva (a constituição da família inclusive) recebe a tutela do ordenamento (merecimento de tutela), com a Constituição no vértice, não apenas se estiver em conformidade com a vontade do titular, mas também em consonância com os demais objetivos eleitos pela Constituição³¹⁰.

³⁰⁹ ELIAS, Norbert. *Norbert Elias por ele mesmo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 98.

³¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Em: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 237-251.

Nada obstante, no âmbito da constituição da família, é possível questionar de que modo o ato de autonomia do indivíduo (ou, evidentemente, dos indivíduos, pelos menos dois que, por sua vontade, constituem família) interfere na vida dos demais, que não participaram daquele ato. Em verdade, o interesse coletivo nos atos de autonomia para constituição da família corresponde justamente à proteção da liberdade individual. A importância para a sociedade está exatamente em garantir que todos possam escolher como se manifestar afetivamente sem interferências e discriminação. Uma cultura de tolerância que proteja a manifestação da sexualidade é importante também para indivíduos em formação (crianças e adolescentes) para que aprendam a conviver em um mundo de respeito à pluralidade sexual e comportamental.

Do ponto de vista jurídico, a análise do caso diante da composição entre liberdade e solidariedade serve apenas para garantir que expectativas legítimas de terceiros não sejam violadas pela formação familiar (não há, desse modo, proibição em tese de comportamentos, de manifestações sexuais para formar família, mas apenas em situações específicas que caracterizam violação de direitos independente da esfera familiar).

2.4 O princípio constitucional da liberdade

2.4.1 Contornos filosóficos da liberdade

A livre manifestação da sexualidade e a livre escolha familiar são evidentemente antecidos por uma sociedade livre. Ao menos formalmente, tal opção nas democracias modernas e contemporâneas se faz por meio da inclusão do princípio da liberdade nas constituições. Valor abstrato, requer algumas considerações acerca das idéias principais que o permeiam, haja vista que sua investigação científica é mais epistemológica do que sociológica, pois sempre ligada com um certo contexto espaço-

temporal³¹¹. Desse modo, mesmo que se opte por uma certa espécie de liberdade, importante tratar de seus contornos na atualidade.

A modernidade inseriu na sociedade as perspectivas do individualismo proprietário e da lógica do mercado como aspectos estruturantes. Em função disso, permeia em larga escala uma visão de mundo de que apenas o esforço pessoal deve nortear o sucesso/desenvolvimento pessoal e que a eventual dependência de terceiros, do coletivo, seria eticamente condenável, pois é somente o indivíduo que deve zelar pelos seus interesses e problemas. Defende-se que seria contraproducente (de acordo com a lógica capitalista) que a responsabilidade social substituísse a responsabilidade individual, diminuindo, como conseqüência, a motivação e a participação da pessoa na produção (esse, inclusive, o recorrente argumento em desfavor das políticas de inclusão e das ações afirmativas). Por outro lado, não resta dúvida de que a negação de meios básicos de vida (saúde e educação principalmente) impedem o exercício de liberdades individuais (especialmente tudo aquilo ligado à manifestação de escolha pelo indivíduo), condicionando-as ou reprimindo-as³¹².

Além disso, a partir dessa época, com a massificação da sociedade, é constante uma idéia de liberdade tendo como parâmetro as necessidades sociais, não havendo libertação se os instintos e desejos erráticos não fossem legalmente controlados. Desse modo, a liberdade, o ser livre, estaria atrelada a “*querer o que se pode, desejar o que se deve e nunca desejar o que não se pode obter*”. Esse seria o indivíduo socializado (passível de ser feliz ou genuinamente livre), pois não experimenta discrepância entre desejo e capacidade; faz apenas aquilo que está a seu alcance³¹³. Evidente a percepção de que essa é também a gênese de uma razão jurídica discriminatória no âmbito das manifestações existenciais do indivíduo (quer seja na personalidade ou na família) correspondente à franca limitação de comportamentos que deveriam ser ilimitados.

³¹¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese apresentada em 19/06/2009 perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 111.

³¹² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 359-362.

³¹³ BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 90.

Não há uma única liberdade, mas sim um conjunto. Desde a mais elementar, que consiste na liberdade de sobreviver em vez de sucumbir à morte prematura, passando principalmente à liberdade como qualidade de vida (o que não corresponde necessariamente a recursos materiais ou renda) e às chamadas liberdades substantivas: saúde, educação, participação política, expressão. Em contrapartida lógica, são fontes de privação de liberdade a pobreza, a tirania, a carência de oportunidades econômicas, de serviços públicos e a repressão estatal³¹⁴.

A liberdade do indivíduo é influenciada por uma série de fatores globais, que podem ser divididos em liberdades políticas (voto, ausência de censura, liberdade de crítica às autoridades), facilidades econômicas (utilização livre dos recursos econômicos para produção, troca e consumo), oportunidades sociais (de educação, saúde), garantias de transparência (expectativa de confiança básica que um indivíduo pode ter no outro ao relacionar-se com ele, proibição da corrupção, irresponsabilidade financeira) e segurança protetora (rede de segurança social que impede a fome e a miséria)³¹⁵.

A valorização da liberdade na sociedade é essencial por duas razões distintas: a) mais liberdade fornece às pessoas mais oportunidade para escolher e atingir os objetivos que valorizam; b) o próprio processo de escolha desses objetivos, que somente por ser realizado na ausência de força, coação, imposição, restrição para que os indivíduos decidam (mesmo que o resultado final, a escolha, seja o mesmo, a defesa de um ideal democrático deve impedir qualquer imposição)³¹⁶.

A modernidade legou a chamada concepção negativa ou formal da liberdade, que corresponde simplesmente à ausência de restrição/coerção pelo Estado e pelo direito. Após a Idade Média, com o pensamento iluminista, vivencia-se nova valorização do conceito de liberdade, pela necessidade de oposição ao autoritarismo, aos excessos absolutistas e da Igreja, aliados à necessidade de progresso econômico livre. A condição para tal noção de liberdade é a supremacia do ordenamento jurídico³¹⁷. Em tempos de jusracionalismo, antes mesmo do positivismo jurídico, essa idéia de

³¹⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16-53.

³¹⁵ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 41-42.

³¹⁶ SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 262-263.

³¹⁷ MENDES, Alexandre Fabiano. *Liberdade*. Em: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barreto (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 536.

liberdade está ligada à mera formulação de direitos subjetivos, permeando as declarações de direitos do homem na modernidade e posteriormente as constituições democráticas³¹⁸. Essa liberdade pressupõe a separação entre público e privado, haja vista que é exercida frente ao Estado. Essa liberdade negativa está na base do conceito de liberdade contratual e autonomia da vontade para o direito civil do século XIX³¹⁹. Evidentemente, é calcada no individualismo, afastando-se de qualquer pensamento que envolva a distribuição equânime de bens materiais e imateriais para o desenvolvimento da pessoa³²⁰.

Na gênese do pensamento liberal, tem-se esta liberdade como defesa do indivíduo da autoridade e da tirania, tendo como única hipótese de interferência alheia a autoproteção, prevenindo danos entre os indivíduos³²¹. A título de exemplo, a liberdade de expressão seria igualmente vista como mera preocupação de que o governo não controle a expressão da opinião³²² (jamais a busca pelo estímulo ao pensamento e à expressão do indivíduo).

Todavia, faça-se justiça, nem mesmo John Stuart Mill (representante desse liberalismo clássico) incorpora de maneira absoluta o discurso liberal individualista, pois admite que para a liberdade como livre manifestação da individualidade é necessário um poder prévio, que só ocorre por meio do desenvolvimento humano. Isso é identificado por Dworkin³²³, ao afirmar que mais liberal do que Mill foi a leitura liberal de seus estudos, resultado de deturpação pela Suprema Corte americana e pelos conservadores ao longo das décadas para proteger interesses liberais, uma vez que Mill pressuporia, segundo Dworkin, a igualdade como antecedente à liberdade, em função da educação e da nacionalidade.

Leituras liberais à parte, a pós-modernidade reconheceu a necessidade de um conceito de liberdade (político, social, mas com conseqüências jurídicas) que ultrapassasse a mera ausência de interferência estatal. Mais comumente denominada

³¹⁸ ARNAUD, André-Jean. *Liberdade*. Em: *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Direção: André-Jean Arnaud [et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 467.

³¹⁹ MENDES, Alexandre Fabiano. *Liberdade*. Em: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barreto (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 536.

³²⁰ MENDES, Alexandre Fabiano. *Liberdade*. Em: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barreto (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 538.

³²¹ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 39-40.

³²² MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 50.

³²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 401, 407-408.

de liberdade positiva, seria caracterizada pela prévia decisão política de possibilitar a liberdade aos indivíduos por meio da igualdade e distribuição de recursos³²⁴. Vincula-se à democracia e à cidadania permitir que todos tenham acesso a bens fundamentais da vida, requerendo uma atuação prévia do Estado para colocar todos em condições concretas de exercitar a autonomia³²⁵.

Além disso, persiste o problema de interpretação (liberal ou comunitarista) dos autores clássicos em face da lembrança de que também Rousseau considerava essencial para a fundação do contrato social a liberdade como autonomia moral, independência e participação política³²⁶. Isso indica que, à exceção da manipulação liberal econômica do conceito de liberdade, desde autores clássicos de diversos matizes não se pensa a liberdade como atomizada no mundo.

A barreira da liberdade como mera não intervenção é ultrapassada a partir do momento em que se defende um acordo entre liberdade e igualdade, ou seja, não apenas um direito *de* liberdade, mas *à* liberdade. Por isso, apenas com uma grande “diluição” do conceito de direito se poderia pensar em um direito geral à liberdade, como ausência de frustração e de obstáculos ao indivíduo, sendo mais adequado cogitar de liberdades específicas (sendo as principais a liberdade de expressão e de escolha das relações pessoais e sexuais)³²⁷.

Igualmente, autores brasileiros e estrangeiros defendem idéias semelhantes para a liberdade, sendo possível notar que não são comuns idéias em que a liberdade antecederia ou precederia o direito, tendo este, em verdade, função primordial para permitir a liberdade dos indivíduos. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso considera a liberdade pós-moderna como o somatório entre (o tradicional) poder de decisão e a possibilidade objetiva de decidir³²⁸. O conceito de Philip Petit, citado por Antonio Maia, envolve a idéia de não dominação ao lado da não interferência arbitrária nas escolhas da pessoa livre³²⁹, podendo-se ressaltar o perfeito cabimento de alguma interferência

³²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 402.

³²⁵ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 41.

³²⁶ QUINTANA, Fernando. *Rousseau, Jean-Jacques*. Em: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 748-749.

³²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 410-413 e 426.

³²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 77.

³²⁹ MAIA, Antonio Cavalcanti. *Patriotismo constitucional e patriotismo republicano*. Em: *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 732 e 736.

estatal (por meio do direito), desde que não configure arbitrariedade, o que seria um dos principais papéis do Estado democrático contemporâneo. Por fim, Habermas discorre sobre a nova ótica do direito subjetivo, que deve englobar de um lado a garantia à autoafirmação e responsabilidade da pessoa na sociedade (por exemplo, intimidade, privacidade, escolhas pessoais) e de outro deve ser completado por direitos sociais que elevem o indivíduo à “*posição de membro*” na sociedade organizada³³⁰.

Liberdade é também a possibilidade de evitar a morte prematura, evitar doenças evitáveis, está ligada, desse modo, ao grau de privações de condições adequadas de vida (de escolha, portanto) a que as populações estão submetidas. Exemplos disso são a elevação da renda, a qualidade da saúde pública, da assistência médica, escolarização e educação. Não basta verificar as vidas que as pessoas efetivamente levam, mas sim os meios, os instrumentos que têm para escolher vivê-la. Muito além da utilidade (ligada ao prazer, felicidade individual) e da renda/riqueza econômica, a vantagem individual, gerada pela escolha livre, é caracterizada pela capacidade que a pessoa tem de fazer coisas/escolhas que ela própria valoriza. Desse modo, a liberdade se caracteriza por sermos livres para determinar o que queremos, o que valorizamos e decidimos escolher³³¹.

A discussão em torno do que efetivamente é a liberdade é costumeiramente simplificada em torno apenas daquilo que efetivamente acontece com a vida das pessoas, ao passo que deve se circunscrever também em torno do que ela é de fato capaz de fazer, quer aproveite ou não sua oportunidade. Não basta olhar apenas para as conseqüências (como exemplo de simplificação, a situação do desnutrido e daquele que voluntariamente jejua), mas sim para a aptidão real para escolher diferentes tipos de vida ao alcance. Isso se liga, naturalmente, à imposição cultural de padrões de comportamento. A capacidade para ser livre reflete a possibilidade de escolha de um estilo de vida particular, incorporando ou não os costumes predominantes³³².

A valorização da liberdade e de outros valores correlatos como a tolerância, a proteção da intimidade e da sexualidade resultam do reconhecimento e da defesa de

³³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 120.

³³¹ SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 260-266.

³³² SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 269-272.

uma sociedade heterogênea e da intensa amplitude e complexidade no comportamento humano. Um resquício de desejo por previsibilidade, segurança econômica, dificulta a aceitação dessa sociedade. Especialmente na tradição estadunidense (que também nos influencia), a herança utilitarista é igualmente simplificadora, à medida que reduz tudo que é valioso à quantificação homogênea da utilidade, estabelecendo padrões estatísticos para avaliação reducionista das possibilidades de vida (o mais usual, dos índices de riqueza econômica das sociedades). Denota isso o reconhecimento de que a capacidade comportamental humana é simplesmente incomensurável, ou seja, irreduzivelmente diversa, impassível de ser reduzida em uma única dimensão³³³.

Assim sendo, pensar a liberdade como mera ausência de obstáculo, devendo o direito apenas cancelar ou não atos de liberdade em função da legitimidade ou não da barreira criada (pelo Estado ou por particular) à autonomia, configura pensamento ancorado no individualismo do século XIX. Já o direito do século XXI deve ser pensado não apenas com base nessa idéia de se ocupar de função apenas repressora (autorizadora ou não de certos comportamentos, operando o código binário lícito-ilícito), mas também de função promocional, possibilitando a escolha dos indivíduos e, principalmente, incentivando comportamentos coerentes com o pacto constitucional³³⁴ (incentivo que deve acontecer sempre após a devida ponderação com os outros valores fundantes do ordenamento).

Cogitá-la como categoria autosuficiente é desconsiderar que a liberdade pode atender a uma pretensão emancipatória da pessoa na sociedade, que só é realizada por meio da chamada liberdade positiva: ela envolve a necessidade/possibilidade de autodeterminação do indivíduo, seja porque age racionalmente (no sentido clássico da autonomia moral kantiana), sendo senhor de sua própria vida, tomando suas decisões, seja porque o Estado e a sociedade lhe oferecem os recursos essenciais para que tenha autonomia para agir. É reconhecimento da pessoa e de sua dignidade que, justamente por isso, age conforme suas próprias decisões, sem que haja, até como complemento disso, a possibilidade de um discurso uniformizado e perfeccionista que

³³³ SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 273-275.

³³⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Itinerário para um imprescindível debate metodológico*. Editorial da Revista trimestral de direito civil – v. 35 (julho/setembro 2008) – Rio de Janeiro: Padma, p. iv.

defina o que é uma vida boa e/ou correta³³⁵. Com o perdão pela obviedade, deve-se reafirmar a necessidade de existência de uma república que reconheça a humanidade de todos os seus membros, oferecendo-lhes todos os direitos simplesmente porque são seres humanos, ao mesmo tempo que é plenamente tolerante às extravagâncias e idiossincrasias de cada um (desde que não causem danos entre si), sendo essa a melhor forma de convívio humano³³⁶.

A expansão da liberdade individual é, portanto, o principal meio e o principal fim para o desenvolvimento das sociedades. Ela consiste na eliminação de privações que limitem as escolhas e as oportunidades das pessoas, constituindo a livre condição de agente (condição daquele que age e, como conseqüência, causa mudança no mundo). A liberdade envolve processos globais que a permitem, pois possibilitam as ações e decisões individuais, bem como oportunidades reais para as pessoas. Atenta-se, especialmente, para a expansão das *capacidades* das pessoas levarem o tipo de vida que valorizam, que escolheram. Isso é importante para a satisfação individual, o prazer pessoal, mas também porque favorece a obtenção de resultados sociais valiosos. São importantes fatores sociais como emprego, renda, inclusão social, nível global de alfabetização, nutrição, morbidez, pois tais fatores entrecruzados interferem diretamente sobre as chamadas capacidades individuais, ou seja, a iniciativa, a habilidade, autonomia, autoconfiança, saúde física e psicológica dos indivíduos³³⁷.

Essa possibilidade/capacidade de se levar e realizar, ao menos razoavelmente, aquilo que o indivíduo quer, pretende, leva à questão acerca da importância sobre se esse indivíduo consegue ou não produzir uma avaliação arrazoada, ou seja, raciocinar efetivamente sobre aquilo que ele quer³³⁸. Muito embora isso possa fornecer argumento de apoio às escolhas moralistas (conforme os padrões estabelecidos pelos grupos sociais), não se pode afastar um certo controle sobre escolhas comprovadamente desarrazoadas (de onde surge a importância inclusive processual dessa análise, isto é, das condições psicológicas e intelectuais da pessoa).

³³⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese apresentada em 19/06/2009 perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 14-28.

³³⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 48.

³³⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 10-37.

³³⁸ SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 335.

Por isso, constitui valor básico a permissão de que as pessoas decidam livremente que tradições ou costumes desejam ou não seguir, sem que haja insistência ou obrigatoriedade por força de autoridades religiosas ou seculares³³⁹. Do mesmo modo, apenas uma liberdade que se quer efetiva se desvincula dos condicionamentos sociais impostos pela economia de mercado (esse estado de suposta “natureza” das relações humanas). Esse aparente acaso, estruturado na divisão do trabalho capitalista e na propriedade individual como instrumentos de uma burguesia mercantil existente um século atrás, não pode orientar a vida e as escolhas, devendo sim as escolhas se sobreporem a esse “*intencional acaso*”³⁴⁰.

A negação de oportunidades de transação, de escolha, portanto, por meio desses controles arbitrários do mercado é fonte de privação da liberdade que impede as pessoas de realizarem justamente o que se pode considerar sua prerrogativa, algo possível em um sistema econômico de trocas em que não houvesse condicionantes e impedimentos³⁴¹. Esse poder (ou biopoder, já que exercido sobre a vida do indivíduo e voltado para seu domínio e transformação³⁴²) discursivo condicionante das ações humanas é barreira para a liberdade, que, por sua vez, surge como insubmissão a essas redes de poder criadas pela sociedade³⁴³.

Duas searas devem ser combinadas: em que pese a manifestação volitiva *inter partes* seja relevante (tal como na formação familiar), há esse aspecto global e coletivo que possibilita, como dito, que cada um possa levar a vida que com razão valoriza. No âmbito específico, entretanto, tudo isso desemboca na relação entre liberdade, sociedade e sexualidade.

Isso porque a pessoa que não é colocada pela sociedade em condições de ser livre (ou, em outras palavras, a quem a sociedade não permite que seja livre), manifestará a sua sexualidade e a sua intimidade de acordo com os interesses e modelos predominantes do grupo (machismo e homofobia, heterossexualidade e monogamia). Inevitavelmente, ter-se-á uma das seguintes conseqüências: não se

³³⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 50.

³⁴⁰ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 84.

³⁴¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 42.

³⁴² FOCALUT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998, p. 188.

³⁴³ DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 172.

descobrirá diferente e será infeliz; quando se descobrir diferente será tarde e não saberá como expressar sua diferença, tornando-se reprimido e, como efeito, infeliz. Não bastasse esses prejuízos psicológicos individuais, coletivamente indivíduos nessas situações acarretam prejuízos sociais, pelos mais variados conflitos de convivência que disso decorrem.

Defender uma definição legal de família inspirada na idéia ampla de liberdade pode não parecer, a princípio, a melhor solução (pela natural imprecisão da noção). No entanto, é certamente melhor que a definição legal baseada no modelo pronto, pré-definido. A história está repleta de injustiças cometidas em nome de uma e única verdade, mas não se tem notícia de um ato de crueldade em nome da pluralidade e da tolerância. O “*um e único*” transmite, por sua vez, uma mensagem precisa: o direito ao monopólio do poder para alguns, o dever total da obediência para os outros. A ausência de uma receita infalível e pré-determinada para o comportamento humano significa, igualmente, que só há uma maneira de escolher/aprender livremente: errando. Além disso, a redução da liberdade dos excluídos (submetidos, em geral, às escolhas apriorísticas dos que têm o poder) diminui uma parcela considerável da sensação de liberdade dos livres, a alegria da escolha livre concede o seu lugar para o medo e a ansiedade. A obviedade da argumentação garante que pouquíssimos teóricos se oponham à defesa da liberdade. Todavia, a necessidade é de que a sociedade se legitime e se coloque em função da liberdade individual, que não pode ser atingida apenas pelo exercício, apenas por esforços individuais³⁴⁴. Ademais, isso se liga com as já mencionadas liberdade positiva e defesa de políticas públicas de inserção e informação para que os indivíduos, só então, escolham livremente.

2.4.2 Contornos jurídicos da liberdade

O individualismo do século XIX concebe a liberdade de modo negativo, atrelada sempre ao direito de propriedade, tendo a autonomia privada, dentro desse âmbito, sido

³⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 248-255.

concebida como a autorregulamentação de interesses privados, apenas formalmente assegurada, sem limites e condicionamentos concretos, bem como condições fáticas para seu exercício³⁴⁵. Trata-se de definição comum aquela que considera a autonomia da vontade a manifestação da liberdade no campo do direito, ao passo que a autonomia privada seria o poder de criar, nos limites da lei, o próprio ordenamento jurídico pelo indivíduo, desde que pretendendo efeitos patrimoniais (o que gera outra definição comum, a de que não há campo para a autonomia privada na família, uma vez que nesse campo há apenas normas cogentes, imperativas³⁴⁶). Todavia, inevitável destacar que as expressões da liberdade em matéria não-patrimonial ocupam posição mais elevada na hierarquia constitucional³⁴⁷, de modo que se torna oportuno separá-las conceitualmente da autonomia privada (que seria, do modo mencionado, patrimonial).

É corrente na contemporaneidade o pensamento de que a sexualidade do indivíduo seria área em que há uma barreira jurisdicional colocando a sua apreciação fora do direito³⁴⁸. É quase uma obviedade (outra) no direito contemporâneo a liberdade do indivíduo para livremente adotar sua opção sexual (e, especialmente do ponto de vista do direito de família, não ser sancionado por isso), sem embargo da devida intervenção promocional do direito para possibilitar escolhas distintas das tradicionais.

A questão espelha a importância em distinguir o tratamento jurídico concedido a atos de autonomia existencial, se comparados a atos de autonomia patrimonial. No campo patrimonial, a máxima intervenção jurídica para condicionar a atividade econômica ao respeito à dignidade das pessoas, não apenas por meio de obediência de contratantes e proprietários de limites pontuais impostos pelo legislador (como se fosse a liberdade pré-jurídica), mas sim pelo merecimento de tutela (a devida ponderação com outros valores do ordenamento) de cada ato³⁴⁹. No campo existencial, intervenção positiva do direito (leia-se cidadania, educação e informação) apenas para que possibilite que as pessoas, por si próprias, e aí com total liberdade, façam suas

³⁴⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese apresentada em 19/06/2009 perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 22 e 60.

³⁴⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 22-23.

³⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 18.

³⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 378.

³⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Em: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 401.

escolhas, portanto sem intervenção, de maneira que o princípio de liberdade individual corresponda a uma perspectiva de privacidade, intimidade, livre exercício da vida privada, realizar sem interferências as próprias escolhas de vida e o próprio projeto de vida³⁵⁰. Tal posição identifica-se com aquela do Tribunal Constitucional Federal Alemão acerca da cláusula geral de dignidade humana, que estaria baseada na “*compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver com liberdade*”³⁵¹.

Como já mencionado, essa dualidade das situações jurídicas subjetivas impede tratamento igualitário dos atos de autonomia. Nesse sentido a separação entre autonomia negocial e contratual, distinguindo-se a última da primeira especialmente pelo conteúdo patrimonial³⁵².

Não obstante, a menção genérica do tratamento jurídico de atos de autonomia pode causar confusões. “*Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis*”³⁵³. Não resta dúvida acerca da pertinência do merecimento de tutela (necessário pela adequação aos valores do ordenamento), mas exigir utilidade social parece algo cabível apenas para a autonomia no campo patrimonial. Ainda que se vincule tal utilidade social à segurança, à liberdade e à dignidade humana³⁵⁴, está configurado verdadeiro controle às escolhas do indivíduo, por exemplo se contrastassem com a sua própria segurança ou dignidade (como nos casos de amputados por escolha ou mesmo de suicidas), jamais de terceiros, por óbvio.

A demanda pela presença do interesse público em todo ato de autonomia, de finalidade social em todas as situações jurídicas subjetivas³⁵⁵, vai de encontro ao

³⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. Em: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 136.

³⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 356.

³⁵² BARBOZA, Heloísa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*. Em: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 412.

³⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 19.

³⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 19.

³⁵⁵ RENTERÍA, Pablo. *Considerações acerca do Atual Debate sobre o Princípio da Função Social do Contrato*. Em: *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 294-295.

conceito de liberdade jurídica que se pretende cunhar. A única saída para composição seria argumentar que a finalidade ou utilidade social se verifica justamente na trivial prevalência do ato de autonomia existencial, qualquer que seja, desde que não fira terceiros³⁵⁶.

Ainda que se considere a autonomia e o direito à autodeterminação como pressupostos da dignidade humana (ou seja, o poder do indivíduo para livremente agir e decidir), admite-se que a situação jurídica subjetiva deve cumprir uma “função”, sendo ponderada em caso de colisão com a integridade, a igualdade ou a solidariedade. Uma vez mais, sustenta-se divergência com relação à ponderação em face da integridade, cabível se integridade de terceiros, descabida (prevalecendo o ato de autonomia) se do próprio indivíduo³⁵⁷.

A defesa de todo e qualquer ato de autonomia existencial encontra guarida desde os clássicos liberais, como Mill, que defende a liberdade de moldar a própria vida inclusive da forma mais excêntrica, tendo como única barreira a necessidade de proteção de outras pessoas ou a segurança coletiva³⁵⁸. O próprio Berlin declara preferir a liberdade, ainda que desordenada, rebelde ou espontânea, desde que parta diretamente do indivíduo³⁵⁹.

Essa é claramente a intenção de Rodotà ao definir um espaço de não direito: um espaço de atuação/decisão que cabe exclusivamente ao indivíduo, relacionado a direitos sem natureza exclusivamente econômica, fora do âmbito mercantil e das relações de troca³⁶⁰. Situações em que a liberdade/dignidade do indivíduo vincula-se a aspectos econômicos e de mercado deveriam receber controle jurídico³⁶¹, tal como se dar em escravidão ou aceitar trabalho em condições de exploração econômica ou moral. Nesse sentido, Alexy confirma a existência da liberdade no sentido negativo como a ausência de obstáculo, mas admite a existência de uma liberdade econômico-

³⁵⁶ É o que afirma Rose Melo Vencelau Mairesles em MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 189.

³⁵⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 98, 109-110.

³⁵⁸ BERLIN, Isaiah. *Rousseau e outros cinco inimigos da liberdade*. Lisboa: Gradiva, 2005, p. 24.

³⁵⁹ BERLIN, Isaiah. *Rousseau e outros cinco inimigos da liberdade*. Lisboa: Gradiva, 2005, p. 72.

³⁶⁰ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 37 e 39.

³⁶¹ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 29.

social, que não existe se o indivíduo estiver submetido a uma situação de privação econômica que o embarace em seu exercício de alternativas de ação³⁶².

Há uma defesa intransigente da liberdade negativa por vários autores (os *libertarians* – Locke, Hayek, Berlin, Nozick³⁶³) o que leva a uma errônea compreensão jurídica de que a necessidade de dispensar a coerção estatal se direciona para condutas que são pré-jurídicas, ou seja, não são apreendidas pelo direito. A propagação da referência a supostos espaços de não direito, pelo menos mais recentemente, tem origem na referida obra de Stefano Rodotà, *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*³⁶⁴. Em síntese, afirma Rodotà a necessidade de retirada da norma jurídica de uma série de áreas, confiando a regulação a outras formas e instrumentos, tais como as normas morais, sociais e até à própria força. Evidencia-se a questão entre os limites do direito, mas para Rodotà essa é uma escolha que cabe ao próprio direito e à política, fazendo com que o legislador se autolimite, sendo a própria norma jurídica a escolher o que não disciplinar³⁶⁵.

Ao esclarecer o limite do direito, Rodotà revela a sua preocupação com um modelo de direito que invada com totalidade o mundo da vida, domesticando-a, negando a sua complexidade, expropriando e tiranizando a possibilidade de que certas situações sejam disciplinadas com autonomia pelos indivíduos, até porque equivocada uma suposta ânsia de simplificação de uma ordem turbada por um direito que seria total.

De fato, já à primeira leitura se observa que a questão em torno dos limites do direito e da existência de um espaço de não direito acaba por direcionar-se para os questionamentos atinentes à referida autonomia privada. É exatamente a preocupação de autores que também fazem referência a espaços que deveriam ser ocupados por outras ciências, ante a necessidade de delimitação pelo Estado/direito de esferas de

³⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 351.

³⁶³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese apresentada em 19/06/2009 perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 32.

³⁶⁴ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006.

³⁶⁵ À página 58, é possível extrair uma espécie de definição para o que propõe Rodotà: “*Il legislatore deve adoperare per ciò tecniche diverse, ricorrendo sempre più spesso a um diritto flessibile e leggero, che incontra la società, promuove l'autonomia e il rispetto reciproco, e avvia così la creazione di principi comuni. Deve divenire consapevole dei limiti del diritto, dell'esistenza di aree dove la norma giuridica non deve entrare, o deve farlo con sobrietà e mitezza*”.

não intervenção³⁶⁶. Além disso, seria possível a defesa de que a cláusula geral de liberdade inserida no inciso II do artigo 5º da Constituição permite que as próprias pessoas decidam acerca daquilo que não está previsto em lei³⁶⁷.

Rodotà, portanto, aprofunda o tema ao realizar essa conexão, tomando como base a preocupação das constituições contemporâneas (em especial a italiana e a alemã) com o reconhecimento de um espaço individual de autonomia, ligado ao livre desenvolvimento da personalidade e, conseqüentemente, defendendo a liberdade como a garantia de um espaço de autodeterminação, um espaço privado de decisão (que tem a vida do outro como limite) em que a escolha individual substituiria a escolha social (que seria feita pelo direito).

Interessante notar que o tema em torno da existência de um direito geral de liberdade deve ser acompanhado por uma série de considerações que corroboram as da seção anterior. Tomando Alexy como exemplo, percebe-se que a sua defesa de um direito geral de liberdade combina completamente com essa construção jurídica. Isso porque admite (e defende) um direito geral de liberdade desde que tomadas como condições a sua ponderação com outros princípios, bem como a existência prévia de liberdade contra intervenções da parte de sujeitos de direito de mesma categoria, competências jurídicas para participar da formação da vontade coletiva, um certo grau de inexistência de situações de privação econômica e ações de participação na comunidade política, baseadas nas próprias convicções e na responsabilidade. Tudo isso sem esquecer a necessária organização estatal e da sociedade, vinculadas a situações como a real separação de poderes e uma estrutura plural da mídia³⁶⁸. De fato, seja na Itália de Rodotà ou na Alemanha de Alexy, torna-se tarefa muito mais factível a defesa de um direito de geral de liberdade. No Brasil, especialmente as condições socioeconômicas para tanto ainda praticamente inexistem.

Não obstante, possível evidenciar certa ausência de precisão conceitual na terminologia “*espaços de não direito*”. Isso porque se cabe ao direito autolimitar-se, ou seja, definir quais matérias da vida serão decididas pelo indivíduo, não se está diante de um espaço de “*não direito*”, mas sim de uma seara em que a norma jurídica opera,

³⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 76 e 87.

³⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85.

³⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 379.

por assim dizer, age. Não há dúvida, faz isso por meio do princípio da liberdade. Quando o indivíduo caminha pela praia, por exemplo, o faz por que há a garantia da autonomia de fazê-lo. Como essa garantia é dada pelo ordenamento, não se pode tratar de um espaço de não direito, quiçá mais oportuna seria a expressão “não regulamentação”.

Além disso, é preciso que haja cuidado em não identificar a liberdade e/ou a autonomia privada como algo antecedente ao direito, uma vez que se estaria suscetível a todos os riscos do direito natural e da conseqüente utilização de tal “supervalor” pela livre iniciativa do mercado. Igualmente, ao afirmar-se que algo não produz efeito jurídico isso não acarreta um significado de não direito, pois nem sempre a norma atribui efeitos jurídicos específicos e determinados a fatos concretos, tais como o surgimento, a modificação e a extinção de situações jurídicas subjetivas³⁶⁹. Portanto, mesmo situações extremamente banais (andar na praia, presentear alguém, ouvir música) são juridicamente relevantes, pois manifestações de um valor jurídico, do princípio jurídico de liberdade, ainda que não sejam produzidas conseqüências jurídicas³⁷⁰. Não há eficácia jurídica, mas há relevância para o direito.

Do ponto de vista da democracia constitucional, a liberdade corresponde à possibilidade de um indivíduo fazer (ou não fazer) algo livre de restrições legais e esse agir ou não agir está protegido contra a interferência de outras pessoas³⁷¹. Por exemplo: o indivíduo é livre para escolher família sem a imposição de modelos legais ou de interferência pela sociedade para escolher determinado modelo. Nesse sentido, é coerente a idéia de que deve o legislador enfrentar a conduta pessoal dos indivíduos com poucas normas, não invadindo a sua esfera privada de decisão, removendo obstáculos para permitir condições ideais de exercer responsabilmente a própria liberdade³⁷². No entanto, o atual momento do ordenamento brasileiro ainda é o da necessidade de chancela jurídica permissiva em âmbito infraconstitucional e judicial à liberdade para exercício da autonomia privada existencial afetiva.

³⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 638-639.

³⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 639.

³⁷¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 248.

³⁷² RODOTÀ, Stefano. *Perché Laico*. Roma-Bari: Editoti Laterza, 2009, p. 145.

2.5 A constitucionalização das relações familiares

Ainda que já se tenha fundamentado a eficácia da Constituição e de seus princípios nas relações entre particulares e, naturalmente, nas relações de família, para definir quais os princípios jurídicos que orientam especialmente esse ramo do direito civil é preciso e oportuno remeter à conceituação da categoria princípio jurídico e suas funções.

Decorrente dos conceitos kantianos de imperativo categórico e, principalmente, dos juízos sintéticos *a priori*, surge o conceito filosófico de princípio, coerente com o fornecimento de um fio condutor para o conhecimento científico e, conseqüentemente, para a experiência e para o empirismo (estes sem fio condutor, devendo sempre ter como fonte os princípios)³⁷³. Transpassando isso para o direito, naturalmente (inclusive de modo já tradicional) se pensa nos princípios como alicerces, vigas mestras, valores fundantes que influenciam o sistema jurídico, o ordenamento³⁷⁴, algo que decorre da visão clássica de sistema jurídico como ordem teleológica de princípios gerais de direito³⁷⁵ ou, mais refinadamente, como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e valores jurídicos cuja função seria a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, estes expressos ou implícitos na Constituição³⁷⁶.

Evidentemente, à função dos princípios como organizadores do sistema jurídico foram aliadas mais e mais atribuições ao longo do desenvolvimento científico. Em um primeiro momento, para além da mera formação e consolidação do sistema, se lhes atribuiu a função para a solução da contradição entre normas, a chamada antinomia³⁷⁷. Somente isso, na atualidade, afigura-se anacrônico, visto que a função primordial dos

³⁷³ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p. 46-47.

³⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Em: *Dicionário de Filosofia do Direito* (Coordenação Vicente de Paulo Barreto). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 658.

³⁷⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 77.

³⁷⁶ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 40.

³⁷⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 232.

princípios, que se lhes acrescentou em momento posterior, é a interpretativa³⁷⁸, de cunho teórico e prático. Assim sendo, natural afirmar que os princípios jurídicos vão além da simples unidade lógico-formal do sistema e do caráter de supletividade das normas, fazendo com que se indique o fundamento com que se analisa as normas sob sua influência, descrevendo diretrizes para o aplicador do direito, bem como sendo passíveis de utilização para nortear a resposta para o caso concreto³⁷⁹.

Considerando isso, o próprio conceito de sistema jurídico é reformulado com base na função contemporânea dos princípios. Diante dos conceitos de princípio de Dworkin e Alexy, em que são eles fixadores de deveres provisórios, aplicados mediante ponderação (a atribuição de peso a um princípio *in concreto*³⁸⁰, levando-se em conta a sua força relativa no momento em que se intercrucza com outro³⁸¹), o sistema jurídico passa efetivamente a ser composto por uma ordem axiológica de pontos de vista diretivos, caracterizados como pautas abertas, carentes de concretização³⁸².

Tendo em vista então que os princípios se referem a um valor ideal, ou seja, têm um conteúdo programático (jurídico, mas também moral em alguma medida), caracterizados por uma exigência de justiça e equidade³⁸³, que explica, justifica e legitima as demais normas/regras³⁸⁴, importante estabelecer o seu conteúdo. Por um lado, na visão apenas clássica de princípio como organizador do sistema, já seria necessário fixar-lhes, em alguma medida, tal conteúdo, justamente para complementar e limitar dialeticamente a sua incidência. Na visão contemporânea, por outro lado, ainda que possa parecer um tanto contraditória a menção em teoria do conteúdo de um princípio (pois ele seria constituído por meio da aplicação *in concreto*), nada mais importante também que se estabelecer ao menos um núcleo básico, especialmente na

³⁷⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 22-23.

³⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Em: *Dicionário de Filosofia do Direito* (Coordenação Vicente de Paulo Barreto). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 660.

³⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Em: *Dicionário de Filosofia do Direito* (Coordenação Vicente de Paulo Barreto). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 658

³⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42.

³⁸² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 235.

³⁸³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

³⁸⁴ HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 114.

condição de um direito privado que se defronta com regras específicas injustas, inconstitucionais e retrógradas.

Nesse sentido, já se cogitou expressamente da teoria dos princípios como forma de se livrar da codificação e da legislação arcaica³⁸⁵, tudo como fonte para a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional na realidade brasileira. Realidade essa de importante cogitação, inclusive no momento da consideração do dado sociológico e psicanalítico dos temas ligados às relações familiares, justamente em razão da necessidade de concretização dos princípios sempre consoante à mutabilidade histórica da ordem jurídica³⁸⁶, ou seja, ao estado atual em que se dá a valoração.

Tendo isso em vista, evidencia-se que as relações de família são caracterizadas por duas espécies distintas de situações (que, caracterizam, portanto, situações jurídicas subjetivas com perfis distintos). De um lado adultos se relacionando com outros adultos³⁸⁷, em situações principalmente ligadas à manifestação da autonomia privada afetiva para constituição da família. De outro, adultos se relacionando com menores (crianças ou adolescentes), em situações principalmente ligadas à criação, educação e sustento dos menores: a autoridade parental, portanto. Em verdade, nesse último conjunto pode-se ainda inserir a convivência apenas entre crianças e adolescentes no seio familiar, que obedece o mesmo perfil jurídico.

Às situações jurídicas subjetivas de cunhos distintos existentes na família correspondem, de acordo com as definições previamente assentadas, subsistemas igualmente distintos, orientados, desse modo, por princípios jurídicos (que estão na Constituição, pelos critérios também já assentados) que são diversos e operam com lógica diversa. A unificação/interpretação das regras e relações jurídicas entre pessoas adultas colhe da Constituição a incidência dos princípios de igualdade e liberdade para que se afirme um princípio constitucional de igualdade/liberdade para a constituição

³⁸⁵ NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional*. Em: *Diálogos sobre direito civil*. Carmem Lucia Silveira Ramos (organizadores)... et al. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14

³⁸⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 236.

³⁸⁷ Para a tese, a expressão adultos não coincidirá necessariamente com pessoas maiores e capazes, mas sim com pessoas em uma fase da vida com discernimento suficiente para constituir família, podendo ser inclusive menores ou incapazes, pessoas cuja constituição da família se fundamentará adiante.

familiar. Já a unificação/interpretação das regras e relações jurídicas entre adultos e menores colhe da Constituição a incidência do princípio jurídico do melhor interesse da criança e do adolescente (mais comumente utilizado sem a última palavra).

Todo o restante que é enunciado como princípio aplicável ao direito de família pode ser enquadrado como aplicável a todas as relações jurídicas ou envolve princípios (que, em verdade, são regras) que podem ser reconduzidos aos dois previamente mencionados.

Ainda que a análise primordial da tese se direcione para o princípio da igualdade/liberdade para constituir família, o rigor conceitual contido na apresentada divergência das situações requer que, ao menos em poucas linhas, se trate da conceituação do melhor interesse da criança, de modo que se delimitem as distintas funções dos princípios no direito de família.

O melhor interesse da criança tem sabida origem no *parens patriae* inglês e no *best interest of the child* americano. Na Inglaterra como autoridade conferida ao Estado para atuar como guardião de indivíduo com limitação jurídica, primeiro todos os incapazes, depois crianças e adolescentes separadamente (com estatuto jurídico distinto) e nos Estados Unidos de forma semelhante, mas com função precípua de guarda, caracterizando a consideração das necessidades das crianças em detrimento dos interesses dos pais sempre se analisando o caso concreto³⁸⁸.

Dessa influência decorre a adoção pela Constituição da República da chamada doutrina da proteção integral do menor no artigo 227, bem como a conseqüente promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990), todo permeado por este sentido. A proteção integral corresponde à prioridade absoluta e respeito à condição peculiar do menor de pessoa em desenvolvimento³⁸⁹ por meio de ação conjunta da família, da sociedade e do Estado³⁹⁰. Tem como pressupostos a necessidade da criança de proteção por outro ser humano (pois ausente a maturidade

³⁸⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 42-44.

³⁸⁹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

³⁹⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 22.

suficiente para conduzir a vida com independência³⁹¹), que lhe defenderá e instruirá³⁹², justamente pela ausência de conhecimento pleno de seus direitos, de condições para defender-se, de meios próprios para arcar com suas necessidades básicas, além da desigualdade física, cognitiva, emocional e sócio-cultural em relação ao adulto³⁹³.

Nada obstante, não só a doutrina da proteção integral é fonte do princípio do melhor interesse da criança. Em que pese a sua caracterização como princípio constitucional expresso, decorrente do artigo 227³⁹⁴, também possui outras duas fontes. Uma delas a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, ratificada no Brasil pelo Decreto n.º 99710/1990, que determina como prioritário o “superior interesse da criança”. A outra, a cláusula geral de dignidade da pessoa humana inserida na Constituição, que fornece conteúdo normativo específico para o princípio³⁹⁵, imprescindível para a proteção e preservação da dignidade de pessoa em situação especial de fragilidade^{396 397}.

Encarando o princípio do melhor interesse como uma das bases para o direito da criança e do adolescente³⁹⁸ (mas vinculando não só legislador e intérprete, mas também as políticas da administração pública³⁹⁹), verifica-se a existência de uma acepção quantitativa e outra qualitativa. A primeira delas coincidente com o chamado “maior interesse” da criança, ao passo que a segunda com o chamado “melhor

³⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 127.

³⁹² PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.

³⁹³ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Natureza e Implantação do Novo Direito da Criança e do Adolescente*. Em: *Estatuto da Criança e do Adolescente – Estudos Sócio-jurídicos* (coord. Tânia da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 24.

³⁹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *O princípio do melhor interesse da criança e a suspensão da extradição da genitora de nacionalidade estrangeira*. Em: *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 179.

³⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional*. Em: *Temas de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 397.

³⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 127.

³⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *O princípio do melhor interesse da criança e a suspensão da extradição da genitora de nacionalidade estrangeira*. Em: *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 180.

³⁹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 42.

³⁹⁹ MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *O Princípio do Melhor Interesse da Criança*. Em: *Princípios do direito civil contemporâneo*. Maria Celina Bodin de Moraes (coordenadora). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 492.

interesse” da criança. Em que pese a discussão surgida por conta da divergência de tradução no Brasil com a ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (em que o princípio do melhor interesse – *best interest* – foi traduzido como “interesse superior”), é evidente que o princípio do melhor interesse da criança engloba tanto situações em que se deve cogitar da melhor escolha para o menor, bem como situações em que a posição do menor é privilegiada, prioritária, portanto, superior⁴⁰⁰.

Assim sendo, seu conteúdo normativo se explicita tanto na escolha comparativa de qual a melhor opção para o melhor (por exemplo em litígios acerca da guarda, tutela, adoção), bem como na ausência de condicionamento do interesse da criança a qualquer outro (como o dos pais ou da proteção da família-instituição⁴⁰¹), especialmente na interpretação do direito infraconstitucional.

Em um primeiro momento, o melhor interesse surge como agente da superação da visão tradicional da guarda. Todavia, com a elevação da criança e do adolescente a verdadeiro sujeito de direito com efetiva participação no espaço familiar⁴⁰², passa a ter clara função de conduzir o menor à maioridade de forma responsável, como sujeito (participativo) da própria vida⁴⁰³, dentro do que pode ser caracterizado como uma “*busca por igualdade*”⁴⁰⁴ nas soluções dos litígios de família e na interpretação do direito de família positivado, já que a desigualdade entre o sujeito adulto e o sujeito criança/adolescente é patente, havendo, inclusive, necessária correlação entre o melhor interesse e a igualdade material, na medida em que aquele se torna o postulado base do direito de filiação⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *O Princípio do Melhor Interesse da Criança*. Em: *Princípios do direito civil contemporâneo*. Maria Celina Bodin de Moraes (coordenadora). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 470.

⁴⁰¹ FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 98.

⁴⁰² 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, p. 92.

⁴⁰³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso*. Em: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 26, out.-nov. 2004, p. 26.

⁴⁰⁴ CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 124.

⁴⁰⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 39.

Em apertada síntese, na qual se inclui também como objetivo/função do melhor interesse da criança a convivência familiar saudável, preferencialmente no seio da família natural⁴⁰⁶, é possível observar pelo menos três razões para a tutela prioritária do menor: a tutela incondicionada da formação da personalidade do menor, mesmo em detrimento da vontade dos pais, como critério interpretativo decorrente do ECA e do artigo 227 da Constituição; filhos como sujeitos ativos do próprio processo educacional; e pais e educadores submetidos a um controle ostensivo, de modo a reprimir atos ilícitos e abusos de direito⁴⁰⁷.

Possível ainda afirmar que, sem embargo da estruturação constitucional da família em torno da proteção da criança e do adolescente (do menor, portanto), o dever de amparo que os filhos têm com relação aos pais na sua velhice inserido pelo artigo 229 da Constituição, bem como o dever familiar de assegurar sua participação na comunidade, seu bem-estar e dignidade, além da vida, inseridos no artigo 230, também estruturam a família em torno da proteção do idoso, este igualmente vulnerável. Não obstante a procedência do argumento, oportuno notar que a realidade de direitos subjetivos do idoso, como amparado atualmente no ordenamento jurídico, é exercida principalmente frente ao Estado (na esfera previdenciária e de políticas públicas). Isso não afasta, evidentemente, a necessidade de proteção existencial no seio da família (o que se não deve realizar mediante alimentos apenas). Não há dúvida de que esses mandamentos constitucionais direcionam o ordenamento jurídico para o regramento também quanto ao cuidado que decorre dos problemas de saúde que acompanham a idade avançada. À medida que tal dever é acrescentado à família, pode-se cogitar de um direito de família estruturado em torno da proteção familiar do vulnerável (menor ou idoso), ponto que acaba sendo relativamente menosprezado pela doutrina, que insere o foco mais na proteção do menor que do idoso, como já fundamentado.

Como afirmado anteriormente, as relações familiares entre adultos (e as conseqüentes situações jurídicas subjetivas que decorrem da criação de expectativa legítima de parte a parte), a manifestação da autonomia privada afetiva, ou seja, a

⁴⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson. *O princípio do melhor interesse da criança e a suspensão da extradição da genitora de nacionalidade estrangeira*. Em: *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 185.

⁴⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional*. Em: *Temas de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 419.

formação familiar é estruturada constitucionalmente por dois princípios, que se complementam: a igualdade e a liberdade para constituir família.

À medida que a autonomia privada corresponde à chancela legal para a autorregulamentação de interesses privados, a denominada autonomia privada afetiva nada mais é do que a possibilidade de escolha sobre que forma familiar adotar, desde que dentro da moldura legal. Esta, por sua vez, diz respeito diretamente à estruturação fornecida pela principiologia constitucional, para que seja atendida a hierarquia pretendida pelo sistema jurídico.

Diante disso, qual o interesse (público ou privado) na regulação dessa matéria? Em que pese o advento do Estado social tenha feito incidir sobre a autonomia dos indivíduos a interferência legislativa, judicial e administrativa (passando a ser comum que institutos de direito civil fossem objetos de intervenção estatal), isso não retira de certas situações jurídicas subjetivas a evidente natureza privada. Em que pese a constante patrimonialização da família (sujeitas, evidentemente, a todos os cânones interpretativos cabíveis às situações jurídicas patrimoniais), o direito de família é visceralmente composto de situações subjetivas que enfeixam relações pessoais, coerente com a realização da pessoa humana e de sua dignidade no ambiente familiar⁴⁰⁸.

Não obstante, a referida estruturação em torno do igual merecimento de tutela das escolhas pessoais para constituir família, assim como a proteção da liberdade para fazê-lo constituem um segmento em que cabe ao direito apenas o reconhecimento de que deve proteger e não discriminar a escolha do indivíduo (nos termos dos antes aludidos “*espacios de não-direito*” de Stefano Rodotà). Desse modo, afirma-se categoricamente que não há hierarquia constitucional entre as formas familiares, assim como é exemplificativo eventual rol de formas familiares previsto pela Constituição.

No primeiro caso, está-se diante do princípio constitucional da igualdade para constituição da família. A definição constitucional de seus princípios, ou mesmo a regulação familiar a partir do artigo 226, em nenhum momento apresenta claramente a existência de hierarquia. Tal providência, caso existisse, naturalmente colocaria o casamento (forma tradicional, primeira e por muito tempo única de constituição da

⁴⁰⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25-26.

família) em patamar superior, deixando em inferioridade outras formas familiares. Sob esse aspecto evidenciam-se duas questões jurídicas: a eventual superioridade do casamento com relação à união estável, a outra forma familiar legalmente definida (ao lado da família monoparental, em que não há interesse para a análise no momento) e a superioridade que existe justamente pela previsão legal de uma forma familiar em lei, o que não ocorre com qualquer laço afetivo diverso da união estável e do casamento.

Quanto ao primeiro dilema, pode-se afirmar que é patente em nosso sistema jurídico a tutela da união estável como a ante-sala do casamento⁴⁰⁹, como um casamento sem formalidade e não como a admissão da possibilidade de constituição da família sem formalidade e sem preocupação patrimonial exacerbada. Sem dúvida, esse juízo prévio do ordenamento jurídico, de que a preocupação patrimonial é primordial na constituição da família, decorre principalmente da exigência sistêmica de segurança jurídica⁴¹⁰, principal demanda da economia de mercado para o livre trânsito dos bens.

No plano legislativo, não só o Código Civil brasileiro mas também a Constituição da República aludem a essa inferioridade da união estável perante o casamento, mais precisamente quando prevêm, em norma ainda não regulamentada, que será facilitada a conversão da união estável em casamento⁴¹¹ (artigo 226, parágrafo 3º, com previsão similar no artigo 1726 do Código Civil e no artigo 8º da Lei 9.276/1996), espécie de tentativa de salvação de uma relação inferior⁴¹², não constituída da maneira adequada, havendo, inclusive, quem classificasse o casamento como instituição-fim e a união estável como instituição-meio⁴¹³.

Nesse sentido, mesmo o código civil atual, promulgado em momento em que é clamorosa a pluralidade, ao menos fática, em matéria familiar no país, fez questão de

⁴⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 35.

⁴¹⁰ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento: relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85.

⁴¹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 125.

⁴¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 148.

⁴¹³ Caso de Ricardo Fiúza, relator do Código Civil de 2002. DIAS, Maria Berenice. *A união estável*. Em: *Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2005, p. 104.

consagrar a inferioridade da união estável. Ninguém menos que o seu idealizador posiciona-se de modo a situar a união estável entre o casamento e o (atual) concubinato. Ocuparia, desse modo, posição inferior a união estável, sendo inclusive “*primeiro passo para o casamento*”⁴¹⁴, razão, inclusive, da necessidade da previsão para sua “conversão”, uma vez que é o casamento “*a forma por excelência da organização familiar*”⁴¹⁵, verdadeiro “*objetivo final a ser atingido*”⁴¹⁶.

Assim sendo, a igualdade de tratamento entre as formas de constituição da família apenas poderia ser inferida completamente da interpretação do texto constitucional tomado em sua totalidade, notadamente dos princípios de igualdade, dignidade e não-discriminação para determinar que não houvesse maior tutela àqueles que simplesmente optaram pela celebração de um ato formal de constituição da família⁴¹⁷, principalmente se a escolha pela celebração deste ato dificilmente ocorre de maneira livre.

Dentre as principais distinções de ordem prática é possível elencar como principais a questão acerca da utilização do sobrenome de um companheiro pelo outro e o direito sucessório, grande baluarte do descompasso entre união estável e casamento em nosso ordenamento. Com relação à utilização do sobrenome de um companheiro pelo outro, inexistente norma semelhante à do artigo 1565, parágrafo 1º do Código Civil brasileiro, que prevê a possibilidade de um cônjuge passar a utilizar o sobrenome do outro após o casamento.

Contudo, a possibilidade utilização do sobrenome trata de aspecto em que é essencial o mesmo tratamento entre casamento e união estável. Isso porque se está diante de aspecto existencial relevantíssimo, que inicialmente cuida da identificação da pessoa, mas acaba por constituir o cerne do ser (mais do que ter o nome, se é um nome⁴¹⁸), refletindo direito da personalidade, verdadeira tutela da pessoa⁴¹⁹. Por isso,

⁴¹⁴ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 238.

⁴¹⁵ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 237.

⁴¹⁶ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 239.

⁴¹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 201.

⁴¹⁸ SILVA, Marcos Alves da. *O nome da mulher: um estudo na perspectiva dos direitos da personalidade*. Em: *Revista trimestral de direito civil*. v. 5. Rio de Janeiro: Padma, 2001, p. 117.

⁴¹⁹ DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no Código Civil*. Em: *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35-36.

correto seria a admissão da utilização do sobrenome de um companheiro pelo outro caso celebrado ato constitutivo de união estável em cartório ou então mediante pedido de reconhecimento perante juiz.

Poder-se-ia argumentar que a união estável caracteriza-se por relação eminente informal e que seria aproximação descabida com o casamento a permissão para a modificação do sobrenome. Porém, é preciso salientar que a utilização de um mesmo sobrenome para aqueles que compõem família exerce significativa influência no imaginário das pessoas, não podendo tal alternativa ser impedida àqueles que optam pela união estável, mesmo que a *ratio* dessa providência tenha surgido em razão da união patrimonial entre indivíduos de famílias distintas que caracteriza o casamento⁴²⁰. Dessa maneira, tal possibilidade surgiria apenas como opção, não como necessidade para os companheiros, apta a contemplar os casais que concedem relevante importância à utilização do mesmo sobrenome.

Por fim, a maior demanda por igualdade entre formas familiares na realidade jurídica e social brasileira permanece ainda no tocante às regras sobre sucessão hereditária. Casamento e união estável possuem modelos distintos. Aquele com vocação adstrita ao artigo 1829 do Código Civil, esta ao artigo 1790. Para o casamento, modelo minimamente racional: em síntese, na concorrência com descendentes do falecido exclusão de herança para o cônjuge nas situações em que há patrimônio comum (comunhão universal e bens comuns na comunhão parcial) e no regime da separação obrigatória de bens; concorrência plena (ou seja, em qualquer situação) com ascendentes do falecido e recebimento de todo o patrimônio caso não haja descendentes ou ascendentes do falecido.

Para a união estável, situação radicalmente oposta, ausente uma racionalidade aparente. Isso porque a herança do companheiro, conforme *caput* do artigo 1790, engloba apenas o patrimônio adquirido de forma onerosa na vigência da união estável. Medida que pressupõe e tenta evitar verdadeiro “golpe do baú” do companheiro que, em qualquer hipótese, não herda patrimônio particular do falecido, ficando apenas com

⁴²⁰ Segundo Clovis Bevilacqua, em comentário ao artigo 240 do código civil de 1916, a mulher adota o nome de família do marido pois ambos são “sócios” nas funções e responsabilidade morais e econômicas da família. BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977, p. 601.

eventual meação sobre o patrimônio comum, além da parcela referente a sua herança (nada obstante, tudo indica que o legislador não considerou a possibilidade concreta de que em situações de uniões estáveis muito duradouras, com amplo patrimônio comum, portanto, a sucessão do companheiro venha a ser francamente mais vantajosa, haja vista essa dupla incidência: herança e meação sobre a mesma parcela patrimonial)⁴²¹.

Não bastasse isso, o inciso III institui a concorrência do companheiro com os parentes em linhas colateral (“*quando concorrer com os demais parentes sucessíveis*”), aspecto em clara contradição com a sucessão do cônjuge, ainda sem posicionamento do STJ, mas cuja inconstitucionalidade tem sido reiteradamente declarada pelos

⁴²¹ Esse aspecto, acerca dessa “vantagem” sucessória concedida ao companheiro, já foi inclusive questionado e mantido pelo STJ: Direito das sucessões. Recurso especial. Inventário. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1.829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento. - O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do 'de cujus' que vivia em comunhão parcial com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência. - A regra do art. 1.829, I, do CC/02, que seria aplicável caso a companheira tivesse se casado com o 'de cujus' pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controvertida na doutrina, identificando-se três correntes de pensamento sobre a matéria: (i) a primeira, baseada no Enunciado 270 das Jornadas de Direito Civil, estabelece que a sucessão do cônjuge, pela comunhão parcial, somente se dá na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, incidindo apenas sobre esses bens; (ii) a segunda, capitaneada por parte da doutrina, defende que a sucessão na comunhão parcial também ocorre apenas se o 'de cujus' tiver deixado bens particulares, mas incide sobre todo o patrimônio, sem distinção; (iii) a terceira defende que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares. - Não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil. - É possível encontrar, paralelamente às três linhas de interpretação do art. 1.829, I, do CC/02 defendidas pela doutrina, uma quarta linha de interpretação, que toma em consideração a vontade manifestada no momento da celebração do casamento, como norte para a interpretação das regras sucessórias. - Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. - Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02. - Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes. Recurso especial improvido. REsp 1117563 / SP, Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 06/04/2010.

Tribunais de Justiça de vários estados do país, para determinar que o companheiro sobrevivente herde todo o patrimônio caso não haja descendentes ou ascendentes⁴²².

Esse problema jurídico que envolve a comparação entre união estável e casamento, especialmente no que concerne a sucessão (principal efeito prático do descompasso entre essas formas familiares) desemboca na questão final: o princípio constitucional da igualdade entre as formas de constituição da família requer que as formas familiares tenham exatamente o mesmo tratamento jurídico? Evidentemente, se o princípio apontasse para isso, não seriam necessárias diversas formas familiares (casamento e união estável, no caso), mas sim apenas uma, já que o regramento seria o mesmo. Desse modo, o parâmetro para distinguir casamento e união estável e seus estatutos jurídicos está justamente na natureza jurídica de cada arranjo familiar: a formalidade do casamento e a informalidade da união estável.

Conectada à exigência burguesa de segurança jurídica por meio do rigor formal e da publicidade, possui o casamento um itinerário burocrático que é constituído de habilitação (com entrega de documento perante o cartório e testemunhas), celebração (perante o juiz e testemunhas no cartório) e registro público que altera o estado civil dos novos cônjuges, sendo essa informação veiculada em toda a vida registral da pessoa (documentos, registros imobiliários e fiscais).

A essa natureza jurídica formal opõe-se a informalidade da união estável, sem qualquer requisito para que se constitua, senão a vida em comum do casal. Mesmo a existência de contrato escrito (para o qual o artigo 1725 do Código Civil não exige qualquer requisito formal senão a forma escrita) não reflete qualquer formalidade, pois não há celebração perante a autoridade pública, registro ou mudança de estado civil.

⁴²² Nestes termos: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - UNIÃO ESTÁVEL - SUCESSÃO DA COMPANHEIRA - AUSÊNCIA DE DESCENDENTES E SCENDENTES - COLATERAIS - EXCLUSÃO DA SUCESSÃO - NÃO APLICAÇÃO DO ART. 1.790, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRA E CONJUGÊ - AFRONTA AO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E TAMBÉM AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - LEITURA SISTEMÁTICA DO PRÓPRIO CÓDIGO CIVIL - EQUIPARAÇÃO AO CONJUGÊ SUPÉRSTITE - RECURSO PROVIDO. Processo: 526489-1, 12ª Câmara Cível do TJ/PR, DJ: 304 12/01/2010. Da mesma forma: TJ/RS – Agr. de Ins.nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007, TJ/RS - Agr. de Inst. nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007, TJ/RS - Agr. de Inst. nº 70022652879, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 10/04/2008, TJ/SP - Ag. Instr. 567.929.4/0-00, Quarta Câmara Cível, Rel. Designado Francisco Loureiro, j. 11.09.2008, TJ/SP - Agv. Instr. nº. 609.024-4/4, Oitava Câmara Civil, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 06.05.2009.

Assim sendo, aspectos conectados à formalidade do casamento (seu rito formal e, principalmente, as chamadas outorgas uxórias, que se tornam exigíveis no trânsito jurídico de bens e garantias patrimoniais justamente pela existência de registro de casamento e alteração de estado civil) não serão aplicados à união estável, operando apenas em favor do casamento. Por outro lado, questões relativas à solidariedade familiar, ou seja, a vida em comum e à expectativa que se cria pela convivência entre cônjuges e companheiros (por se tratarem, efetivamente, de condutas humanas, que, muito embora voláteis, são de mesma espécie em qualquer modalidade de convivência) devem ser tratadas juridicamente da mesma forma⁴²³. É o que impõe um único modelo sucessório para o que quer que seja definido como família: toda pessoa que partilha um projeto de vida com outra cria a expectativa de recebimento da herança com o falecimento do parceiro e demanda igual solidariedade com o recebimento desse patrimônio, não se justificando qualquer espécie de distinção.

Quanto ao segundo problema, essencial notar que há uma série de possibilidades de formações familiares que simplesmente não têm seu regramento positivado (essa temática específica, quais são essas possibilidades e como deve ser esse regramento serão temas do próximo capítulo). A consequência de ordem prática para isso é justamente a judicialização da vida familiar do indivíduo que se insere nessa situação. Àquele que não tem sua manifestação afetiva regulada pelo código civil ou legislação especial requer-se o socorro judicial para que obtenha qualquer efeito jurídico decorrente de seu laço afetivo, mesmo que pretenda dissolvê-lo consensualmente. Assim, automaticamente se lhe retira a possibilidade de constituição e desconstituição (jurídicas) da família de modo informal ou mesmo extrajudicial.

Desse modo, regular de modo inferiorizado alguma forma familiar, assim como simplesmente ignorar legislativamente que outras formas familiares existem, contraria o princípio constitucional da igualdade entre as formas familiares e são orientações jurídicas que devem ser infirmadas em nosso ordenamento.

O delineamento da estrutura familiar na Constituição é finalizado com a conceituação do princípio constitucional da liberdade para constituir família, decorrência

⁴²³ TEPEDINO, Gustavo. *Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. Em: *Temas de Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 340.

da previsão constitucional de um princípio de liberdade (artigo 5º *caput*), inclusive como corolário da dignidade humana (prevista no artigo 1º, III, que se revela principalmente ao supervalorizar a proteção das chamadas situações existenciais, dentre as quais a autonomia privada para escolher como formar família, protegendo por igual, além da liberdade do indivíduo, a igualdade material com os demais, sua integridade psicofísica e instituindo um regime social de solidariedade⁴²⁴).

É corrente na doutrina contemporânea a definição desse princípio de liberdade como coincidente com o respeito à livre escolha e autonomia para constituição da família, realização dos indivíduos dentro dela e sua extinção, sem qualquer imposição ou restrição externa de parentes, da sociedade ou mesmo do legislador. Inclui-se aí o livre planejamento familiar, portanto das escolhas feitas pelos familiares quanto à administração de patrimônio, definição de aspectos educacionais, valores culturais e religiosos e formação de filhos (respeitada sua dignidade). Não obstante, o princípio não reflete apenas a criação de uma nova família, sua manutenção e extinção, mas sim a possibilidade pelos indivíduos de a reinventarem, em decisão que é exclusivamente privada, não cabendo ao Estado regular interesses (ou impor deveres) em absoluta restrição à intimidade e privacidade, salvo que se essa regulação repercutir no interesse geral⁴²⁵.

Nesse sentido, costuma-se identificar o artigo 226 da Constituição com o que seria um rol de famílias. Isso porque se trata do dispositivo legal constitucional que enuncia formas familiares: casamento (parágrafo primeiro), união estável (parágrafo terceiro) e família monoparental (parágrafo quarto). De modo específico, o princípio constitucional da liberdade para constituir família demarca esse dispositivo legal como contendo um rol que é meramente exemplificativo⁴²⁶, havendo possibilidades distintas da referida para que se forme família.

Essa é uma análise que se complementa com a devida e rigorosa exclusão de alguns princípios constitucionais como incidentes na esfera familiar, seja porque podem

⁴²⁴ Nesse sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. Em: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 105-148.

⁴²⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46-47.

⁴²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Em: *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 4, n. 12, p. 40.

ser reconduzidos aos princípios já conceituados, seja porque refletem normas aplicáveis a todas as relações jurídicas, não apenas às familiares. Trata-se, especialmente, da solidariedade familiar, dignidade, igualdade entre indivíduos na família e da afetividade.

Corolário do princípio constitucional da solidariedade, a solidariedade no âmbito familiar costuma ser definida como oferta de ajuda, mínima similitude de interesses e objetivos que implicam o condicionamento de comportamentos interindividuais, em clara superação do individualismo. Em termos práticos, envolve a assistência moral e material entre os familiares, especialmente dos pais aos filhos quando menores e dos filhos aos pais na velhice (nos termos, inclusive, do artigo 230 da Constituição)^{427 428}.

Nota-se, por outro lado, que nada há de autônomo em defender a solidariedade no âmbito familiar. Isso porque se trata de providência (princípio jurídico, no caso) que circunscreve toda a coletividade, especialmente no que tange o respeito ao próximo e à sua moralidade (havendo, portanto, um importantíssimo princípio de solidariedade que rege toda a sociedade, não apenas a família). A existência do direito aos alimentos (que reflete perspectiva de assistência material na família) não garante uma estruturação em torno da solidariedade familiar. De fato, nada mais do que um mecanismo de desoneração estatal, em que o ente público transfere à família a obrigação de sustentar as pessoas que não consegue cumprir⁴²⁹, diante da suposição (nem sempre confirmada, por isso uma suposição) de que é na família que as pessoas são mais próximas e por isso mais legitimadas (passivamente) a cumprir com o sustento alheio.

O mesmo ocorre com a defesa de princípios de dignidade humana e igualdade (formal ou material) entre membros da família. Por óbvio que dignidade e igualdade, à medida que impostas pela Constituição, aplicam-se a toda e qualquer forma de conduta e relacionamento humano, não se vinculando de maneira exclusiva ou particular à família. Assim, por exemplo, sobre homens e mulheres incide uma norma jurídica de igualdade, façam ou não parte da mesma família.

⁴²⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39-41.

⁴²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 63-64.

⁴²⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 283.

Por fim, muito se escreve acerca de um princípio de afetividade. Com embasamento no modelo eudemonista de família, na ausência de interesses econômicos em sua manutenção e reprodução e que seja, portanto, voltada para o bem-estar de seus componentes⁴³⁰, afirma-se que ela se vincula aos elos afetivos dos indivíduos, dos quais decorrem a solidariedade mútua. Serve, desse modo, para indicar a formação de uma família como iniciativa psíquica da pessoa, seja com finalidade conjugal ou parental⁴³¹, tendo essa iniciativa, o afeto, como cerne⁴³².

É extremamente comum a defesa da afetividade como princípio jurídico em função da prevalência da solidariedade, igualdade, liberdade e dignidade na família⁴³³⁴³⁴, que geram, respectivamente, como já afirmado, a ajuda mútua e ausência de hierarquia entre os familiares, a não interferência do Estado na constituição, manutenção e planejamento da família, assim como a despatrimonialização de suas relações, tendo a pessoa como cerne.

De modo específico e apto a confirmar o já afirmado no início da seção, refuta-se a existência de um princípio jurídico de afetividade, pois todas as conseqüências jurídicas pretendidas pela suposta existência desse que seria um princípio implícito podem ser remetidas a outros princípios constitucionais ou regras da Constituição. De modo direto, embasar um princípio de afetividade nos princípios de igualdade, dignidade e solidariedade nada mais é do que repetição.

Quanto às relações adultas, a valorização do afeto garante justamente a possibilidade de que se formem tantas modalidades familiares quantas forem as possibilidades de manifestações afetivas dos indivíduos. Trata-se, exatamente, daquilo que o princípio constitucional da liberdade para constituir família (este expresso) realiza. Desnecessário, portanto, o recurso a um princípio implícito.

Por fim, há importante fundamentação no princípio da afetividade das relações de filiação caracterizadas pela posse de estado de filho, bem como do dever de

⁴³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. Em: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, jun./jul. 2004, p. 155.

⁴³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179-182.

⁴³² LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

⁴³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 182-183.

⁴³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 67-69.

presença dos pais na vida dos filhos. Refuta-se, uma vez mais, esse recurso à afetividade. A situação de aparência de filiação gerada pelo tratamento recíproco de pais como pais e filhos como filhos é claramente protegida pela dignidade humana e pelo dever de solidariedade entre as pessoas, ambos princípios constitucionais expressos. Quanto ao dever de presença dos pais na vida dos filhos, exige-se tal comportamento pelo dever de criação (e não de afeto, pois subjetivo e impreciso) determinado aos pais pelo artigo 227 da Constituição, ao lado do sustento e da educação⁴³⁵, todos evidentes corolários do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

⁴³⁵ Muito embora ainda incidindo na nefasta confusão entre dever de cuidado (que gera abandono moral do filho) e dever de afeto (este ausente, que geraria o suposto abandono afetivo), posicionou-se recentemente o STJ pela coincidência entre esse dever de cuidado e a presença do genitor na vida do filho, dever este que se descumprido gera responsabilidade por dano moral. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. REsp 1159242 / SP, Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 10/05/2012.

3 A REFORMULAÇÃO DA REGULAÇÃO JURÍDICA DA CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA

Para ouvir histórias é preciso suspender a incredulidade.

Umberto Eco

No caso do direito de família temos uma situação de extrema contradição histórica, que gera um resultado terrível para a regulação das relações sociais. Uma legislação centrada na figura do casamento, portanto ideologicamente orientada, mas que, por propagação via tradição, perdeu tal força ideológica (ganhando força social pelo interesse econômico, no entanto), tornando-se aparentemente neutra no ordenamento jurídico atual (como uma figura natural, que parece ter nascido com o próprio direito de família; no entanto, o casamento civil tem pouco mais de duzentos anos).

Uma figura que perdeu o significado, mas que pela vigência, aliada à imposição social, permanece sendo utilizada como padrão, resultando na exclusão da chancela jurídica para outras formas de relacionamentos afetivos. Mais do que contrato social ou poder soberano democrático, o que fundamenta esse direito está longe de ser a livre vontade dos indivíduos reunidos, mas sim a referência simples à vida dos cidadãos como elemento político originário, uma vida nua, zona de indiferença e de trânsito entre o homem e a fera, a natureza e a cultura⁴³⁶.

O estado atual da regulação da constituição da família por adultos no direito brasileiro é fruto de longa evolução da legislação e de sua aplicação e interpretação. A família no direito é hoje diversa da apreensão da família pelo ordenamento jurídico, uma vez que há um choque entre esse ordenamento constituído por princípios e algumas de suas regras, molduras prefixadas, na ordem do posto. O direito de família é, portanto, menos que a família e seus direitos, porém é mais do que o espelho

⁴³⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 115.

juridicizado da convivência; clara opção por um modelo que é ao mesmo tempo social, cultural, político e religioso⁴³⁷.

Apresenta-se, desse modo, verdadeira fotografia de uma realidade mutante⁴³⁸, cuja imagem, nada benéfica, é o sistema jurídico baseado no casamento e em todas as injustiças que dele irradiam. Tutelar corretamente a autonomia privada para constituir família, de acordo com o seu perfil constitucional, pressupõe esse direito de família em grave crise, bem como a propositura de alterações em diversos de seus aspectos estruturais.

3.1 Evolução da chancela jurídica para as diversas configurações familiares

Descrever (para então criticar) essa fotografia jurídica (legislativa, doutrinária e judicial) da convivência familiar no Brasil é, em verdade, desenvolver os pontos essenciais da história jurídica do casamento, aquilo que se excluiu, aquilo que se permitiu e como se permitiu em termos de convivência familiar.

É a partir do Concílio de Trento, na Idade Média, que se institui o monopólio da convivência familiar apenas pelo casamento, que era então válido apenas se registrado pelo pároco em seu livro. Antes disso, em especial em épocas e lugares de incidência do direito romano, verifica-se a admissão da produção de efeitos jurídicos de casamento pela convivência prolongada por mais de um ano⁴³⁹.

O casamento monogâmico como modelo jurídico de constituição da família tem a conhecida função de proteção econômica da propriedade privada. Aproveita-se o monopólio da constituição familiar criado pela Igreja para que exerça essa função no direito. A partir da modernidade, inicialmente com o Código Civil francês, todo o direito de família se estrutura dessa forma. De fato, o próprio direito de família do começo do

⁴³⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 53-55.

⁴³⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

⁴³⁹ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 11-14 e 159-160.

século XX é concebido como o complexo das normas que regula a celebração, validade, efeitos, relações pessoais e econômicas que resultam apenas e tão somente do casamento, que é a base da família, “*legalizador das relações sexuais*”, “*ato mais relevante da vida humana*”. Além disso, o direito de família servia para regular apenas o parentesco, tutela e curatela. O bem-estar individual, orientação contemporânea do direito de família, não o inspirava na modernidade, mas sim o alto interesse moral e bem-estar social ao redor do casamento; “*agrupamentos inconsistentes, efêmeros*” não merecem tal legitimidade, que decorre da intervenção “*orgânica*” e “*santificadora*” do direito que devidamente identifica aqueles que são “*merecedores*” dessa legitimidade⁴⁴⁰.

Isso se revela, por exemplo, nas regras da denominada filiação patrilinial. Criada já no direito romano, aperfeiçoada pelo *Code Civil*, constitui verdadeira abstração jurídica legalmente imposta que se sobrepõe ao caráter biológico do vínculo paterno. Para reforçar a estruturação familiar em torno do casamento e torná-lo efetivamente o meio seguro de constituição da família, é ele colocado como garantidor da legitimidade da prole: a presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento (hoje inserida no atual artigo 1597 do Código Civil) determina que, independente da origem da filiação (fiel ou não ao marido) será ele registrado em nome do cônjuge, a quem cabe, apenas posteriormente, ação para negar esse registro e a paternidade. Assim, qualquer que seja origem, é o filho do marido; certeza que induz (presume, pressupõe) a certeza daqueles para quem se transferirá a propriedade privada em caso de sucessão^{441 442}. A doutrina do início do século identifica nessa regra (que, em verdade, institui juridicamente que a mulher jamais será infiel) a separação entre a família jurídica e a família natural, isto é, aquela cuja prole é legítima não seria “*confusa, efêmera, inconsistente*”, cabendo ao direito, inclusive, uma função

⁴⁴⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis bevilaqua*. Edição histórica: Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977, p. 482-483, 517, 563 e 569.

⁴⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 48-49.

⁴⁴² O caráter anacrônico da presunção de paternidade é bem demonstrado também pelos prazos em que se aplica, conforme os atuais artigos 1597 e 1598 do Código Civil: apenas a partir de 180 dias da convivência conjugal e até 300 dias da dissolução do casamento. Explicação biológica para o absurdo social. Para a lei, o filho nascido em apenas 180 dias do início da convivência teria sido fruto de uma gravidez curta, mas possível, jamais concebido antes do casamento. Já o filho nascido em data próxima dos 300 dias da dissolução, teria sido fruto de uma gravidez longa, jamais concebido após o casamento.

“*santificadora*”, que seria o instrumento apto a intervir na intimidade da família, pois garantidor, desse modo, da paz social e da própria família, fatores admitidos como mais relevantes que o estabelecimento da filiação pelo critério biológico⁴⁴³. A juridicização do afeto e da convivência decorre também da concepção moral vigente já no Código Civil de 1916 e defendida pela doutrina de que as relações familiares mais estreitas apenas podiam ser travadas por meio do casamento, pois a família por ele formada seria efetivamente mais importante e mais completa⁴⁴⁴.

Não obstante, é justamente na criação de uma forma burocratizada e publicizada de constituição da família que a proteção do patrimônio se revela mais acentuada. A regulação das relações pessoais, preocupação que deveria ser central, acaba rebocada pela regulação das relações patrimoniais, escopo do tónus codificador. No entanto, no caso brasileiro, é na Constituição de 1891, seguindo as aspirações iluministas e a evolução legislativa do século XIX (que consolidaram especialmente a possibilidade de realização do casamento católico por não-católicos) que se consagra (para muitos tardiamente) o casamento civil como única forma jurídica de casamento e constituição da família. Extinguindo o contrato de esponsais, o mesmo faz o Código Civil de 1916⁴⁴⁵. Tem-se um modelo constituído basicamente de habilitação, celebração e registro público, voltado, evidentemente para o intento de publicização da constituição da família, o que também se percebe por uma série de dispositivos inseridos nos códigos civis brasileiros que revelam seu caráter pró-casamento, ou seja, sua função de mantê-lo/instituí-lo a qualquer custo, tais como o casamento nuncupativo⁴⁴⁶ e o casamento daquele que está com moléstia grave⁴⁴⁷.

É o procedimento de habilitação que inicia, ainda hoje, o ingresso dos futuros familiares no itinerário público de constituição da família, de participação no cadastro

⁴⁴³ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329.* Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 258-259.

⁴⁴⁴ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329.* Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 257.

⁴⁴⁵ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329.* Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 11-14 e 159-160.

⁴⁴⁶ Atual artigo 1540, envolve a celebração do casamento de quem está em iminente risco de vida, que pode ser realizada apenas na presença de seis testemunhas, sem mesmo qualquer autoridade celebrante oficial, desde que as testemunhas comuniquem essa celebração posteriormente a autoridade judicial em dez dias.

⁴⁴⁷ Atual artigo 1539, permite a celebração do casamento no local em que se encontrar o doente, permite a substituição da autoridade competente e a nomeação de oficial de registro *ad hoc*.

estatal de quem constitui família. Para relacionar-se não basta querer e gostar-se, é preciso encaminhar-se até um cartório e entregar os documentos a que alude o artigo 1525 do Código Civil (certidão de nascimento, autorização dos representantes para os menores, declaração de duas testemunhas atestando a ausência de impedimentos, declaração de residência e documentos comprovadores de divórcio anterior se houver).

Ato contínuo, os conhecidos proclamas, que representam materialmente essa clara função publicizadora da família e do casamento⁴⁴⁸. Como corolário da imposição de certos impedimentos para a constituição da família, o procedimento de habilitação exige a publicação em cartório e na imprensa de editais informando à sociedade a intenção dos futuros familiares, que pode obstar a realização do casamento (nos termos dos artigos 1527 a 1532 do atual Código Civil). Trata-se, nada mais, que cópia da providência exigida pelo direito canônico já na Idade Média, servindo para evitar “a clandestinidade na formação familiar”⁴⁴⁹, interesse social expressamente confirmado depois com o registro público que divulga a escolha patrimonial dos cônjuges⁴⁵⁰.

Da mesma forma, para que se constitua família pela via eleita como principal pelo ordenamento jurídico, é preciso comparecer a evento oficial, perante autoridade celebrante oficial (um juiz de paz) em data e hora marcada, com as portas abertas, novamente perante duas testemunhas, sendo necessário que se afirme uma vez mais a vontade de constituir família (artigos 1533 a 1535 do atual Código Civil). Interessante notar que, à medida que nesse caso a família se constitui por uma mera formalidade seguida de registro (sem que se verifique efetivamente a conduta, a convivência), basta que a documentação adequada seja entregue e a vontade (mesmo falsa) seja afirmada perante a autoridade celebrante. Em sendo a família um registro, a intenção, até mesmo o afeto, são deixados à margem. Como ato jurídico solene, prevalece a vontade declarada, ainda que não corresponda ao querer do declarante.

Por fim, um registro público. Conforme artigo 1536 do atual Código Civil, além dos dados que envolvem a qualificação dos cônjuges (incisos I a VI), a informação mais

⁴⁴⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis bevilaqua*. Edição histórica: Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977, p. 485.

⁴⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 267.

⁴⁵⁰ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 31-33.

importante: o regime de bens escolhido (inciso VII). A publicidade do registro envolve igualmente a mudança no estado civil, agora de casado. Não bastasse o *status familiae*, que garante a produção de efeitos jurídicos da família (regime de bens, sucessão e alimentos, principalmente), os casados ganham esse novo *status*, que passa a ser veiculado em toda sua vida registral, demarcando a escolha por essa forma familiar. Não à toa, muito da vida burocrática brasileira é facilitada pela simples existência do “estado civil de casado”.

Além disso, em muitos países, criou-se modelo de casamento civil em regime dual: um impasse social mal resolvido entre Estado moderno e Igreja com o surgimento do casamento civil e o monopólio familiar pelo Estado foram contornados com a possibilidade do chamado “casamento religioso com efeitos civis”⁴⁵¹. Não há, de fato, qualquer possibilidade de casamento apenas religioso no país, ato que constitui, evidentemente, apenas prova de união estável. O que se admite como espécie de meio termo (originado nesse impasse decorrente do choque que resulta da estatização do casamento, que era católico) é justamente que a celebração do casamento (e apenas ela) seja realizada em cerimônia religiosa, precedida ou seguida de habilitação e no devido registro público, que são idênticos aos do casamento “apenas” civil.

Essa providência (contida entre os artigos 1515 e 1516) justifica-se à medida que existe o já mencionado perfil legislativo pró-casamento, uma vez que facilita que ele seja realizado, pois o combina com uma cerimônia religiosa. Configura certa contradição, pois o próprio código, assim como a Constituição, enuncia que o casamento é apenas civil (artigo 1512), mas se explica pois aparentemente finge desobrigar as pessoas de seus hábitos religiosos que constituem tradições de muitos séculos. No entanto, do ponto de vista exclusivamente jurídico, fere-se a obrigação constitucional de laicidade do direito (artigo 19, I), já que se estabelece uma espécie de aliança entre Estado e religião para a celebração de casamentos, ainda que se possa afirmar que há colaboração de interesse público. Com efeito, partindo-se da noção de que não há interesse público na constituição da família, assim como a escolha religiosa das pessoas (e a conseqüente formação de sua família de acordo com as prescrições

⁴⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 266.

da religião escolhida) deve igualmente permanecer no campo privado, não há por que legislar sobre uma alternativa religiosa para a celebração do casamento. Eventuais razões culturais que justifiquem tal providência devem ser consideradas justamente para a tutela privada da constituição religiosa da família, protegida para que se possa formar família conforme o costume religioso escolhido.

O regime matrimonializado de família esculpido já pelo Código de 1916, além do caráter público e burocrático já mencionados, estrutura-se em dois outros pilares: a positivação legal da conduta daqueles que pretendem casar/constituir família e a vinculação patrimonial dessa opção pela convivência conjunta. No primeiro pilar: impedimentos e deveres conjugais; no segundo: regime supletivo de comunhão de bens.

O Código Civil (no atual artigo 1521) proíbe o casamento entre parentes em linha reta, biológicos, civis ou por afinidade, assim como entre colaterais até o terceiro grau. Proíbe, ainda, o casamento de pessoas casadas ou com origem em homicídio consumado ou tentado de ex-cônjuge. Nesses casos, o casamento é nulo, vício que não convalida, podendo ser alegado a qualquer tempo, inclusive pelo Ministério Público ou qualquer interessado (atuais artigos 1548 e 1549). Não bastasse a proibição do ingresso no *status* de família conforme o Estado e o direito (o casamento) proíbe igualmente o código que pessoas nessas situações constituam união estável (artigo 1723, parágrafo 1º), o que demonstra a máxima intervenção estatal no sentido de pré-estabelecer a convivência e a conduta familiar. É evidente que as situações fáticas elencadas como impedimentos matrimoniais são de intensa polêmica, categorias “*praticamente intocáveis*”, pois supostamente preservam bens jurídicos de alta relevância, quais sejam a ordem biológica, a saúde da prole e, mais ainda, a incidência da moral no âmbito privado da família⁴⁵² (tema que se analisará na seqüência, sob o enfoque da diversidade de modelos familiares).

Essa positivação legal da conduta conjugal caminha ainda com a imposição de deveres e de situações patrimoniais para quem constitui família. Do artigo 231 do

⁴⁵² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A função dos impedimentos no Direito de Família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consangüíneos ocorrido na Alemanha*. Em: *Diálogos sobre o direito civil – volume II/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 548.

Código de 1916 e do artigo 1566 do atual extraem-se os dois deveres pertinentes para aquilo que se argumentará: fidelidade recíproca (inciso I) e vida em comum no domicílio conjugal (inciso II).

A exigência legal por fidelidade é correspondência à posição moral e jurídica hierárquica do casamento, havendo quem afirme ser ela – a fidelidade – a própria razão de ser do casamento (lembre-se que a legitimação da prole, aspecto crucial do casamento no direito de família, ocorre apenas por meio da pressuposição da fidelidade da mulher que engravidou e deu à luz), pois reforça o caráter de alta moralidade e fornece base para a família⁴⁵³. Interessante e até curioso notar que esse aspecto moralizador da constituição familiar e da sua conseqüente regulação pelo direito é reforçado por uma certa condição machista também do jurista (que mulher ou homem, ao longo do tempo muito mais homem do que mulher, o que paulatinamente vem diminuindo): à época do Código de 1916 e por muito tempo na jurisprudência, a infidelidade do marido era diferenciada da mulher. O homem era considerado adúltero apenas quando tinha concubina teúda e manteúda, ao passo que a mulher em qualquer relação passageira, acidental, atraía a pecha da ilicitude e infidelidade. Isso porque a sua culpa era bem mais grave, haja vista que, de um lado, a opinião pública se escandaliza mais com a infidelidade feminina (já que a mulher é obrigada a maior recato) e, de outro, pode gerar filhos bastardos, que seriam legitimados pela presunção de paternidade do casamento⁴⁵⁴.

Ainda, devem os cônjuges coabitar no mesmo domicílio. Trata-se de dever que decorre da obrigação feminina de se submeter à autoridade do marido⁴⁵⁵, e uma vez mais demonstra, já que vigente ainda hoje, o perfil interventor da legislação familiar.

Por fim, esse perfil da família e do casamento na legislação brasileira é demonstrado pelo que se chamará de patrimonialização da família (até porque ocorre com casamento e união estável). Já sob a égide do Código de 1916 a fonte única da família é o casamento e é claro para a doutrina que é insuperável a distinção entre

⁴⁵³ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329.* Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 267 e 473.

⁴⁵⁴ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329.* Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 267-269.

⁴⁵⁵ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329.* Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 270.

suas relações pessoais e patrimoniais, não havendo suficientes mecanismos legais para separá-las⁴⁵⁶. Essa regulação patrimonial engloba todas as relações jurídicas obrigacionais e reais contraídas e constituídas pelos cônjuges, entre si e com terceiros⁴⁵⁷. Como são a base, aquilo que motiva toda a regulação do direito civil, a evidente conseqüência para a família é que essa regulação patrimonial tome grandes proporções (a chamada “patrimonialização”), pouco ou nada se regulando acerca das relações pessoais, existenciais de família (que já foram definidas como a real base da família e do direito de família na atualidade). A simples percepção de que relações obrigacionais e reais, travadas pelos familiares entre si ou com terceiros, têm regulação própria no direito civil (pois decorrem de postulados próprios do direito obrigacional e real), não atinge o direito de família. Por conta disso, regras que seriam aparentemente neutras (ou ao menos teriam sua *ratio* estabelecida pelos ramos próprios do direito civil a que pertencem) acabam sofrendo igualmente o efeito moralizador do direito de família, gerando ainda mais injustiças e contradições.

As regras acerca de regimes de bens, desde o Código de 1916, têm relação com a pressuposição de vontade das pessoas. Uma suposta proteção do adulto, porém (sempre) vulnerável. Assim foi com a imutabilidade do regime de bens (artigo 230), lá presente para evitar que o regime escolhido cedesse aos “*perigos da sedução e da astúcia do outro*”, que o modificaria como situação mais vantajosa para si⁴⁵⁸.

Além disso, partindo do pressuposto (equivocado) de que o patrimônio é “*base indispensável à família*”⁴⁵⁹, impõe-se como regime supletivo legal a comunhão universal de bens (artigo 258 do Código de 1916, alterado apenas pela Lei 6515/1977, que transformou a comunhão parcial de bens em regime supletivo legal) e se restringe o patrimônio dos cônjuges, em qualquer regime de bens, mediante a chamada outorga uxória, autorização necessária e recíproca entre os cônjuges para a validade de atos de disposição patrimonial (artigos 235 e 242 do Código de 1916 e 1647 do Código de 2002, que a dispensa apenas no regime de separação de bens).

⁴⁵⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 36.

⁴⁵⁷ WALD, Arnoldo. *Direito Civil. Direito de Família*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

⁴⁵⁸ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 262.

⁴⁵⁹ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 285.

Especialmente no tocante ao regime de comunhão de bens (antes universal, hoje parcial) encontra-se explicação para sua imposição como regime supletivo legal pois fruto de larga tradição jurídica, já existente no direito medieval (como derivação das leis góticas) e em todas as ordenações portuguesas. Isso influenciou diretamente essa opção pela comunhão de bens no silêncio do casal, ainda que a história do direito privado mostre que a escolha legislativa por um regime de separação de bens como supletivo já tenha ocorrido em períodos de vigência do direito romano e do direito canônico⁴⁶⁰.

Para ela, encontra-se, inclusive, a de certo modo peculiar explicação de que tem fundamento na reprodução no mundo material (no sentido patrimonial) da identificação da vida e destinos dos cônjuges, contribuindo essa comunhão de bens para fortificar e consolidar a união, já que torna seus interesses comuns. Defende a doutrina do começo do século XX, desse modo, que a comunhão universal deve operar de modo supletivo para associar os interesses patrimoniais dos cônjuges, fazendo-os participar de seus bons ou maus resultados⁴⁶¹. Todavia, como na seqüência de demonstrará, essa foi opção legislativa ideologicamente orientada (que ainda existe, agora com a comunhão parcial de bens e, pior, também para a união estável). Tratou-se de subterfúgio para a patrimonialização indevida da vida do casal, que falsamente estatuiu que a autonomia privada afetiva é também a manifestação de autonomia privada no sentido de associação patrimonial (e pior, por omissão, já que o regime de comunhão de bens opera por força do silêncio dos nubentes).

Assim sendo, possível sintetizar o sistema matrimonializado da família como reflexo do encaixe dogmático da relação jurídica na família. Estrutura marcada pela formalidade, regras especiais para capacidade e legitimação, bem como descrição comportamental de deveres em seu conteúdo. Molde, portanto, tipicamente contratual, que, como dito, conforma relações pessoais e patrimoniais de família indistintamente⁴⁶². Não há dúvida, as relações patrimoniais de família devem ter base

⁴⁶⁰ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329.* Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 318 e 329.

⁴⁶¹ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329.* Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 339-342.

⁴⁶² CARBONERA, Silvana Maria. Reserva de intimidade – uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 145 e 152.

jurídica fornecida principalmente pelo contrato (especialmente pelo fato de que quem quiser contratar contrata, por exemplo, regime de bens e responsabilidade civil contratual). Já as relações pessoais, pautadas pela proteção da autonomia privada e da liberdade, pela anteriormente explicada moldura do não-direito fornecida pelo legislador.

Ainda em tema de casamento, possível afirmar que toda a celeuma em torno do divórcio e da forma como foi introduzido também demonstram essa tática matrimonializadora e interventora do sistema jurídico brasileiro. No Código de 1916 o casamento era ainda indissolúvel, possível apenas o desquite, ou seja, fim da sociedade conjugal, mas sem a dissolução do vínculo, impedindo que os cônjuges casassem novamente. Era possível apenas em poucas situações, que envolviam adultério, abandono e questões relativas a agressão⁴⁶³. Com a Lei 6515 de 1977 o divórcio é introduzido, mas com uma série de restrições (as quais não se pretende esmiuçar aqui, por envolverem apenas indiretamente o tema), que se vinculavam principalmente a uma fase intermediária para o divórcio, a separação judicial (herdeira do finado desquite, pois também dissolvia a sociedade conjugal sem dissolver o vínculo), que era sempre motivada e possuía prazos. Assim, só após certo tempo e alegando/provando certo motivo (tais como a violação de dever conjugal, que incluía traição e abandono, separação de fato por tempo considerável ou doença incurável do outro cônjuge) era possível inicialmente a separação e, após um ano, a sua conversão em divórcio. Muitas dessas regras foram relativizadas pela jurisprudência ao longo da década de 90, mas o anacrônico Código de 2002 ressuscitou todas essas regras, demonstrando que também se filiava ao perfil matrimonializador da família. Apenas em 13 de julho de 2010, por meio da emenda constitucional nº 66, é que se exclui a necessidade de separação judicial ou de fato prévia ao divórcio, permitindo-se um mecanismo finalmente objetivo para a dissolução do casamento. Para divorciar-se hoje, basta estar casado, demanda esta que era de muitos setores da sociedade e da doutrina nacional.

⁴⁶³ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329.* Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 280.

Em um sistema constituído sobre a noção de que a família coincide com o casamento, todo arranjo familiar que não passava pelo itinerário burocrático há pouco descrito não atingia o *status familiae* e, portanto, não podia produzir efeitos jurídicos (patrimônio conjunto, filiação legítima, alimentos, sucessão). Foi longa e tortuosa a evolução da chancela jurídica para os relacionamentos estáveis semelhantes ao casamento, porém informais (o inicialmente denominado concubinato puro ou não-adulterino), até o seu reconhecimento como família pela Constituição de 1988 com o nome de união estável.

Essa evolução da chancela jurídica das relações estáveis sem casamento também demonstra o regime de exclusão (pela desigualdade jurídica, já demarcada) e invasão da intimidade familiar pelo direito. Isso porque até a Constituição consagrar a união livre como família (constituindo, portanto, união estável) tinha-se a atribuição de efeitos jurídicos apenas no plano obrigacional, a título de sociedade de fato, com partilha apenas dos bens adquiridos por esforço comum (súmula 380 do STF), além da absurda possibilidade de concessão de indenização por serviços (domésticos ou não) prestados pela então concubina. Não havia direito a alimentos ou mesmo a herança. Desigualdade pela falta de direitos, invasão da intimidade pela necessidade de prova de esforço comum (o que não há com o regime de bens, que pressupõe esse esforço, não requerendo a exposição da condição econômica de cada componente do casal) ou então da conduta doméstica e profissional das pessoas, passível ou não de indenização pela qualidade dessa conduta, desse serviço. Trata-se, nada mais, de que momento claro, verificado até hoje, que confunde, desconhece o ato de autonomia privada existencial que caracteriza a formação familiar e que não se mistura com todos esses aspectos patrimoniais.

Essa possibilidade de efeitos para a união livre (ou concubinato puro) iniciou-se em meados da década de 1960 e já na década de 1970 a divisão do patrimônio adquirido por esforço comum (conforme a súmula 380) era garantida, assim como efeitos na esfera previdenciária⁴⁶⁴. Paralelamente, era farta na jurisprudência a análise das situações fáticas do chamado concubinato impuro ou adulterino, isto é, de pessoas

⁴⁶⁴ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 2ª edição. São Paulo: Edição Universitária de Direito. 1980, p. 12.

que não casavam também por que eram impedidas de fazê-lo. Evidentemente, além das relações ditas incestuosas, o principal impedimento era o relativo a pessoas já casadas. As já separadas de fato até a possibilidade de divórcio em 1977 não podiam casar novamente; as casadas e não separadas de fato encontravam-se nas situações evidenciadas como de simultaneidade familiar, em que uma pessoa mantém paralelamente dois ou mais núcleos familiares. Mesmo essas situações, aparentemente mais desafiadoras da moral, já mereciam defesa da doutrina e produziam algum efeito na jurisprudência, incluindo aí reparação material, efeitos previdenciários e, inclusive, partilha de bens para a segunda mulher⁴⁶⁵.

Essa evolução jurisprudencial, já de longínqua época, contrastante com a atual jurisprudência do STJ, demonstra que se evoluiu para o conservadorismo, efeito que foi fortalecido pela introdução do Código Civil em 2002, que consolidou entendimento anterior a toda essa jurisprudência, determinando justamente a completa ausência de efeitos jurídicos das situações simultaneidade, o que ocorreu no atual artigo 1727. O que era concubinato puro foi denominado de união estável pela Constituição. O que era concubinato impuro foi chamado de apenas concubinato pelo artigo 1727 do Código Civil: as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. Evidente tutela de exclusão, colocada ao final do curto e insuficiente capítulo sobre a união estável apenas para demarcar a ausência de efeitos jurídicos para essas relações. E justamente o retrocesso gerado pelo artigo 1727 é que vem sendo confirmado julgado após julgado pelo STJ. Por questão de pertinência, os excertos relativos a esse entendimento serão colacionados na próxima seção.

Não obstante, o paralelo traçado entre o modelo de união estável e de casamento no atual Código Civil demarca o já bastante propalado fator matrimonializante da legislação. À imagem e semelhança do casamento, foram repetidos para união estável os seus impedimentos (artigo 1723, parágrafo 1º) e o regime da comunhão parcial de bens como regime supletivo legal (artigo 1725). Concebida com a informalidade em sua essência, no ordenamento jurídico brasileiro eventual “utilidade” da união estável, como verdadeira alternativa para o casamento,

⁴⁶⁵ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 2ª edição. São Paulo: Edição Universitária de Direito. 1980, p. 52-55.

desaparece no momento em que o regime de bens é o mesmo. Conviventes leigos, a imensa maioria logicamente, desconhecem que o simples fato de dividirem essa convivência (a casa, o projeto, enfim, a vida) automaticamente une seus patrimônios a partir dali. Bens, créditos e dívidas todos comunicados em razão da opção (já explicada) do legislador pela comunhão como regra. O silêncio jurídico das pessoas, a regra na união estável, caracteriza uma afirmação de união patrimonial. Para os dias atuais absurdo, como ainda se defenderá.

O último ponto importante que demonstra a chancela atual das relações familiares em nosso ordenamento jurídico e, a reconhecer, evidente avanço, diz respeito à recente extensão do modelo familiar da união estável para casais compostos por pessoas de mesmo sexo. A partir do reconhecimento da juridicidade dessas relações pelo STF em maio de 2011 (na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132) ingressam no *status familiae*, produzindo todos os já mencionados efeitos jurídicos dele correspectivos.

Há quem indique que o momento atual (iniciado já há várias décadas) seja de uma suposta privatização das relações familiares, que coincidiria com o fim do monopólio religioso sobre o casamento (que antes apontava para a maior importância da comunidade em detrimento do indivíduo) e seria confirmada pelo surgimento e proliferação do amor romântico entre os casais, o arrefecimento dos costumes e das práticas sexuais, além da possibilidade ampla de utilização de métodos anticoncepcionais⁴⁶⁶. Isso, todavia, é falso. Trata-se, ao menos, de uma falsidade jurídica. Como já afirmado desde o começo, descompasso entre a família na sociedade e a família no direito. Isso porque o modelo jurídico de constituição da família, atualmente interessante para mercado e economia, continua sendo o casamento. De fato, de nada adianta que o comportamento social se modifique se o direito de família não acompanha essas modificações.

Além disso, essa transformação social do casamento e da família de instituição social, pública e transpessoal para privada, constatada sociologicamente em função da valorização e diversidade do comportamento humano livre não conforta a todos os

⁴⁶⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 321-322.

autores. Evidencia-se, em certo aspecto, uma certa obrigatoriedade do casamento, do permanecer em família, como algo perene e não associado à felicidade e bem-estar do indivíduo, fonte principal da proteção da liberdade e da autonomia privada pelo direito contemporâneo. Nesse sentido, critica-se o divórcio e suas crescentes taxas como uma “*situação de fracasso no assumir um determinando papel*”, “*insuficiência quanto ao respeito e companheirismo dos deveres por parte dos cônjuges*”, algo reprovável pois supostamente criaria “*problemas de ajustamento para adultos e crianças*”, “*gerando infelicidade social*”, “*delinqüência juvenil*”⁴⁶⁷. Esse aspecto doutrinário de viés controlador (ainda existente no direito) não combina com o modelo eudemonista de família. Com base nele, divórcio não é sinônimo de fracasso familiar, mas sim de uma nova e melhor opção de vida para o casal (ainda que a decisão seja tomada por um dos componentes apenas), que parte da consciência de que o vínculo familiar não é mais necessariamente perene. O mesmo prevalece para as crianças e adolescentes, já que não há por que manter juntos pais que não mais querem assim permanecer.

Em sentido semelhante, já se afirmou que o casamento como forma não mais única para constituição da família provoca uma série de dificuldades jurídicas, que interfere na atividade do legislador e do juiz⁴⁶⁸. Chega a hora, todavia, de reconhecer que eventuais dificuldades ligadas à burocracia e à aplicação da lei (a Constituição no caso) não podem ser obstáculo para a chancela jurídica de relacionamentos entre pessoas em geral e não apenas entre aquelas que subscrevem a receita legal familiar.

A concepção devida de família não corresponde necessariamente a perspectivas excessivamente libertárias e individualistas, ainda que (sem o excesso) esse deva ser o mote do direito de família na contemporaneidade. O reconhecimento do primado da pessoa pela Constituição e das formações sociais (incluindo aí a família) a seu serviço acompanha a afirmação de deveres de solidariedade. Desse modo, a proteção legal da família subsiste também diante de uma unidade entre liberdade e responsabilidade. Fundamental para essa idéia de responsabilidade que sejam fortalecidos no âmbito dos efeitos familiares direitos como o de alimentos e relativos à herança e não, por exemplo,

⁴⁶⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 349-354.

⁴⁶⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 358.

à fixação forçosa de um regime de comunhão patrimonial de bens, que “amarra” as pessoas economicamente.

Juridicamente, essa liberdade familiar não envolve o estabelecimento de limites, mas sim a verificação da própria função da família para os indivíduos⁴⁶⁹. É disso que se tratará na seqüência: da função (e não dos limites ao conceito de família) correta da família diante de um ordenamento jurídico pautado na dignidade e, paralelamente, na liberdade e na solidariedade. Vai inspirar essa análise (que se deterá em pontos mais específicos da regulação da autonomia privada para constituir família) o fato de que hoje sangue e afeto são razões autônomas de justificação para a constituição da família (seja pelo vínculo biológico, seja pela manifestação de vontade no sentido de constituição família, seja ela formal ou não). No âmbito das relações entre adultos, verifica-se essa autonomia privada afetiva, que tem um núcleo constituído pelo perfil consensual e pela afeição constante e espontânea (normalmente presente, mas não juridicamente obrigatória). Desse modo, o denominador comum da família hoje é uma comunhão de vida, que se manifesta por uma pluralidade de articulações de acordo com os ambientes e graus sócio-culturais de seus participantes⁴⁷⁰. E é essa autonomia afetiva que caracteriza a comunhão de vida que deve ser investigada pela doutrina (para caracterizá-la e apontar como deve ser regulada) e buscada pelo intérprete em cada caso.

3.2 A autonomia privada nas relações de família

Não é o direito que define a família, mas as pessoas se relacionando, definindo pelas escolhas diárias seus projetos comuns de vida. O direito apenas deve reconhecer essa condição, isto é, reconhecer a autonomia privada afetiva que cada ser humano tem para escolher a forma como vai conviver com os outros. Deve impedir, apenas, que

⁴⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 973.

⁴⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 973.

nessa escolha e nessa convivência causem-se danos. Isso, todavia, é escopo do direito não apenas na família, mas em todo modo de convivência humana e para isso existe dentro do direito privado a responsabilidade civil. A família como fato cultural está antes do direito, nas entrelinhas do sistema jurídico, pois antecede, sucede e transcende o jurídico⁴⁷¹. Não cabe ao sistema jurídico especificar condutas, imponha comportamentos ou modelos, sancione eventuais “desvios”.

Um modelo interventivo de direito de família é característica do modelo codificado, oitocentista, transpessoal de família, em que havia uma postura definidora do comportamento familiar pelo legislador. Quando se reconhece a autonomia privada do indivíduo, bem como por meio da dignidade humana se estabelece que a proteção da personalidade e de seu desenvolvimento são prioridade, a regulação adequada da constituição da família desvincula-se dessa tutela prioritária do grupo e conecta-se aos sujeitos e suas escolhas. Desse modo, não é mais cabível uma legislação altamente descritiva e legislar sobre modelos de família, sobre deveres dos cônjuges, impor regimes de bens denota o desrespeito do direito pelas pessoas, cuja autonomia é promovida e reconhecida pelo próprio sistema jurídico⁴⁷².

Deve-se reconhecer que são os próprios sujeitos (em casais ou não) quem constroem, quanto à convivência e patrimônio, o conteúdo de sua relação; por isso a lei deve ser a própria ausência da lei e essa convivência assunto exclusivo do casal, que é o seu próprio legislador⁴⁷³. É preciso reconstrução para que a regulação da constituição da família atenda aos princípios constitucionais ora vigentes. A relação de direitos/deveres familiares, bem como a estruturação de modelos e condutas nessa vida privada aniquila as bases pessoais da família e a disposição dos indivíduos para a solidariedade espontânea (que, evidentemente, pode ser realizada das mais variadas formas, muito diversas e mais abrangentes que aquelas tipificadas pelo legislador). Desse modo, as regras jurídicas que correspondem a esse padrão, a esse perfil tipificador, devem ser retiradas da legislação ordinária por meio do controle de

⁴⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 51.

⁴⁷² CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade – uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 265-266.

⁴⁷³ OLIVEIRA, Guilherme. *Queremos amar-nos... Mas não sabemos como!*. Em: *Temas de direito da família*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 336.

constitucionalidade, bastando, na seqüência, a baliza por meio dos princípios constitucionais⁴⁷⁴, ou, quiçá, o mero reconhecimento dessa autonomia para constituir família no código civil, como se argumentará adiante, mediante a devida reforma legislativa.

3.2.1 Pluralidade de manifestação afetiva nas formas familiares

O direito civil estruturado na modernidade pela burguesia, fiel ao liberalismo e, portanto, à necessidade de proteger o patrimônio e a segurança jurídica para o seu trânsito, teve como regra fundamental, além do casamento civil como forma única de constituição da família, outra de origem não tão declarada ou mesmo ontológica, no sentido de fiel à *ratio* do sistema jurídico. Para que as formas de apropriação dos bens (a terra inicialmente, depois os bens de produção) fossem monopolizadas pela classe política, esta que reformou o direito conforme os seus interesses, estabeleceu a chamada taxatividade dos direitos reais. Desse modo, as formas de apropriação são apenas aquelas determinadas pelo direito e essa reserva legal para a criação de direitos subjetivos reais⁴⁷⁵ explica-se na medida dos interesses que a motivaram no século XIX.

Fenômeno semelhante se observa na família e na sua regulação. A motivação é a mesma, ainda que com contornos específicos. A necessidade de uma forma juridicamente segura, portanto forma, burocrática e pública para a constituição da família a estruturou em torno do casamento civil. No Brasil, até 1988, forma única de constituição da família. Quase que como uma concessão social, a Constituição e depois a legislação ordinária reconheceram apenas que situações análogas ao casamento (casais heterossexuais, monogâmicos e sem parentesco próximo) pudessem formar família. Ainda que tal concessão tenha sido recentemente feita aos casais

⁴⁷⁴ CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade – uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 267, 275 e 281.

⁴⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Os direitos reais no novo Código Civil*. Em: *Temas de direito civil – Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

homossexuais, está o brasileiro diante de um sistema de constituição da família que é taxativo.

Ainda que a Constituição prime pela liberdade e pela dignidade (valores jurídicos que possibilitam essa tese), a estruturação da família de modo taxativo pela legislação infraconstitucional judicializa a vida do indivíduo, que só atrai efeitos jurídicos para a sua manifestação afetiva se buscá-los nas vias tortuosas do Poder Judiciário. Assim, aqueles que querem constituir uma família em seu sentido jurídico (e, portanto, ter um regime de bens e, principalmente, tutela para a solidariedade que entre si é criada, com direito a alimentos e sucessão *mortis causa* dos bens) devem enquadrar-se na moldura pré-fixada: monogamia e ausência de parentesco basicamente.

Defender uma noção plural de família é, ao mesmo tempo, definir o que é família. É possível afirmar que há um “*estado de família*”, que consiste em uma posição jurídica complexa, pois atrai para si direitos e deveres e que ao menos é algo destinada a durar⁴⁷⁶. A função do ordenamento jurídico deve ser, portanto, simplesmente reconhecer as situações fáticas em que há essa posição, sem estipular como será essa convivência. Além disso, não há meios concretos e apriorísticos de positivar-se a intenção do indivíduo, tarefa que deve ser realizada em cada caso, em função também de como essa vontade se materializa em intenção socialmente manifestada. Trata-se, portanto, de reconhecer a abertura do sistema jurídico, que enseja a construção tópica e sistemática de soluções não previamente previstas no direito legislado⁴⁷⁷.

Não obstante, poder-se-ia objetar que existem papéis pré-definidos na família (pai, mãe, filho) e que essa eventual “confusão” de modelos familiares causaria transtornos nessa seara, especialmente para crianças e adolescentes. No entanto, com amparo na psicanálise, já se afirmou que na família o que existem são funções pré-definidas. A consciência humana está preparada para essas funções, ainda que não intencionalmente⁴⁷⁸. Perceber a função nesses papéis, mais que o papel outrora fixo que havia na função, é igualmente perceber que eles não precisam ser exercidos pela

⁴⁷⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 33.

⁴⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Vínculo parental parabiológico e irmandade socioafetiva*. Em: *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 269.

⁴⁷⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 24.

figura biológica considerada correspondente, ou mesmo não precisam ser exercidos por pessoas diferentes. Desse modo, a autonomia privada para constituir família de qualquer forma é compatível com a psique humana, que se adaptará ao modelo familiar escolhido, que sempre será potencialmente apto para exercer as funções familiares necessárias.

À medida que a família para o direito passa a ser somente a intenção de constituir família, coerente com a proteção jurídica da autonomia privada do indivíduo, requisitos e terminologias ultrapassadas devem ser abandonadas: em grande medida se utiliza a palavra conjugalidade para identificar adultos se relacionando⁴⁷⁹ (assim, não só para indivíduos casados, mas também para companheiros). Nesse trabalho, entretanto, com o objetivo de se esquivar completamente de qualquer condicionamento jurídico, faz-se referência apenas a “familiares”, englobando o fato composto pela manifestação afetiva de dois ou mais indivíduos.

Se em termos genéricos a família é caracterizada pela intenção do indivíduo de constituir família, em termos específicos são muitas as questões em torno da multiplicidade de formas de família. Pode-se resumi-las em dois grupos: requisitos para constituição da família e diferentes formas familiares.

Por uma questão lógica estas questões acabam sendo imbricadas, até porque à medida que se articulam requisitos tradicionais para a constituição da família têm-se novos e diversos modelos. Comumente se debate em torno dos seguintes requisitos: prazo, publicidade, idade mínima, grau de parentesco, necessidade de relacionamento íntimo afetivo e monogamia, além, naturalmente, da necessidade de afeto e estabilidade. Quanto a esses dois últimos, pretende-se que se incluam na anteriormente mencionada intenção de constituir família, nos seguintes termos: ainda que a imensa maioria da manifestação da autonomia privada para constituir família por indivíduos adultos envolva afeto ao menos no seu início (ou seja, carinho, amor e/ou sentimento) não cabe ao direito verificar a sua presença, mesmo porque carece de instrumentos para fazê-lo. O cerne da família para o direito deve ser a intenção de indivíduos terem um projeto de vida coletivo, uma vida em conjunto, uma comunhão de

⁴⁷⁹ CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade – uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 267, 275 e 281.

vida (nas comuns palavras da legislação). Isso pode ser realizado com ou sem afeto, a não ser que subsuma o afeto justamente nessa intenção. O mesmo quanto à noção de estabilidade, que deve ser entendida na existência dessa intenção por tempo indefinido (ao menos em tese), o que evidentemente caracteriza a família.

São famosas na doutrina as digressões que elencam como requisitos/características da família a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade⁴⁸⁰. Entendidas a afetividade e a estabilidade nos termos já postos, não deve a ostensibilidade, entendida como uma publicidade, um reconhecimento no meio social operar como requisito para a constituição da família. Ainda que esse seja eficaz meio de prova judicial (como acontece com a união estável nas varas de família do país, considerada provada com declarações formais de algumas poucas testemunhas, comumente duas apenas), é elemento que se destaca da intenção do indivíduo como cerne da família, assim como da proteção da sua intimidade. Não pode o Estado obrigar que se constitua família mediante a revelação deste fato em sociedade, pois assim colocaria requisito indevido para a autonomia privada existencial se manifestar. Ainda, em linhas gerais, é essa a idéia de família distinta do casamento para o Código Civil. Conforme o artigo 1723, a união estável se constitui pela convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com objetivo de constituição de família. Ressalvada a redundância nos três últimos requisitos⁴⁸¹, incluídos como já aduzido na noção de intenção de constituir família, refuta-se a publicidade como exigência legal adequada.

Mais simples ainda é a refutação de qualquer prazo para a constituição jurídica da família. A consolidação da intenção da pessoa não requer tempo para produção de efeitos jurídicos e essa obviedade já foi reconhecida no tocante à união estável, pelo menos artigo 1723, que não exige prazo para sua constituição.

Idade mínima e parentesco são temas mais espinhosos, ao passo que necessidade de relacionamento íntimo e afetivo e monogamia envolvem formas familiares freqüentes e conhecidas, sendo analisadas na seqüência. Quanto à idade,

⁴⁸⁰ Em termos mais ou menos semelhantes: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Em: *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 4, n. 12, p. 40 e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O Direito de Família na solução dos litígios*. Em: *Textos de Direito Civil*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 97.

⁴⁸¹ Redundância essa que deve ser entendida no sentido de que a intenção de constituir família se revela também na convivência contínua e duradoura de seus componentes, o que não afasta, evidentemente, a possibilidade de outras formas de convivência contínuas e duradouras que não constituem família, pois ausente essa intenção.

em nosso ordenamento os menores de idade (de 18 anos) requerem autorização para casar, o que podem fazer a partir dos 16 anos em situação de normalidade, conforme artigo 1517 do Código Civil. O limite, todavia, não deve ser a idade, critério objetivo, mas sim a existência de discernimento que, em verdade, é o cerne para a manifestação livre da vontade. Uma vez que exista e seja aferida diante dos fatos concretos de que se pleiteiam efeitos jurídicos de uma família, independente da idade do indivíduo, deve ser considerada válida a sua manifestação afetiva para constituir família.

Quanto ao parentesco, como já afirmado, persiste critério objetivo da legislação em impedir a constituição de família, seja por casamento ou união estável entre parentes próximos (de linha reta e de linha colateral até o terceiro grau). Defender a ausência de *numerus clausus* para os arranjos familiares, corolário da dignidade humana e da liberdade como valores jurídicos, ao mesmo tempo que se desprender de vinculações moralizantes, condiz com a defesa da ausência de qualquer impedimento para a manifestação afetiva da pessoa, até mesmo o parentesco próximo. A partir do momento em que a família é simplesmente a convivência humana como projeto comum, eventuais preocupações com a filiação biológica e com modelos familiares específicos decorrentes de certas ideologias, religiões e correntes antropológicas deixam de serem jurídicas. Cabe ao direito apenas reconhecer essa intenção demonstrada pelas pessoas, parentes próximas ou não, em constituir família. Se haverá relação íntima e sexual é, efetivamente, aspecto da intimidade dessas pessoas.

Em linhas gerais, essa é a discussão em torno das chamadas famílias anaparentais, que são caracterizadas pela convivência entre parentes ou mesmo entre pessoas que não são parentes dentro de uma estrutura com identidade de propósito e esforços⁴⁸². O chamado parentesco socioafetivo, decorrente da exteriorização do propósito comum perante a comunidade de uma convivência centrada na solidariedade, também incide nas relações entre pessoas que não têm relacionamento íntimo e sexual, parentes ou não. Desse modo, essa solidariedade é força constitutiva de vínculos familiares, até porque não cabe de parte do Estado qualquer possibilidade de

⁴⁸² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 46-47.

gestão ou direcionamento do afeto⁴⁸³. Em apenas um caso, já reconheceu o STJ a possibilidade de família anaparental em caso de falecimento de pai postulante à adoção sem que houvesse demonstração cabal da sua manifestação de adotar (conforme artigo 42, parágrafo 5º da Lei 8069/1990), mas tendo havido posterior convivência do adotando com os filhos do pai postulante, de modo que se reconheceu em juízo esse vínculo familiar⁴⁸⁴.

⁴⁸³ FACHIN, Luiz Edson. *Vínculo parental parabiológico e irmandade socioafetiva*. Em: *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 274-275.

⁴⁸⁴ Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE. Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos.

A redação do art. 42, § 5º, da Lei 8.069/90 - ECA -, remunerado como § 6º pela Lei 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade.

A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas.

Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do interprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei.

O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares.

O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte.

Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA. Recurso não provido. Recurso Especial 1217415/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Dje 28/06/2012.

É comum na doutrina ainda a referência às denominadas famílias mosaico, pluriparentais ou recompostas. Originadas da reconstituição familiar, são modelos em que, apesar de situações monoparentais de filiação, há convivência recíproca entre partícipes de vínculos diversos. Trata-se, todavia, de situação jurídica em que a principal preocupação é com a proteção da criança e do adolescente (guarda, visitação, e alimentos)⁴⁸⁵, o que deixa pouco espaço para análise dessa tese, até porque não há qualquer controvérsia na admissão da juridicidade da autonomia privada para constituir famílias dessa espécie.

Por fim, o arranjo familiar mais comum e objeto de maior exclusão pelo Poder Judiciário é o das famílias conhecidas como simultâneas ou paralelas. Essas são famílias que se constituem na própria relativização da monogamia, comumente por um homem que mantém ao mesmo tempo dois ou mais núcleos familiares, sendo uma ou várias uniões estáveis que seguem um casamento ou uma outra união estável inicial.

Além disso, parte-se de outro pressuposto: a escolha do arranjo familiar, da forma como conviver, está submetida a infinitas variáveis. Nada como a previsibilidade econômica das relações mercantis que buscam a maximização do lucro, na família a volatilidade é intensa. Assim, a incidência do princípio constitucional da liberdade para constituir família não pode ser lida como liberdade para constituir família com boa-fé. Seja no viés subjetivo (pois conhecer da família anterior não impede a juridicidade da família posterior, já que são incontáveis e naturalmente pessoais, privadas as razões que levam a pessoa a optar por esse modelo familiar) ou mesmo na forma de boa-fé objetiva (visto que não há nada similar à aplicação de um de seus três efeitos – cânone hermenêutico, criadora de deveres jurídicos e limitadora de direitos subjetivos⁴⁸⁶ – pois simplesmente se reconhece a convivência como família e portanto passível dos efeitos jurídicos determinados pelo ordenamento).

Assim sendo, a pluralidade de modelos familiares enseja a existência de arranjos familiares estáveis e poligâmicos. A eventual confusão patrimonial que possa decorrer desse reconhecimento será resolvida adiante quando se tratar da patrimonialização do afeto. Não obstante, normas como a dos artigos 1727, 550 e 1801, III do Código Civil

⁴⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 45-46.

⁴⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo: RT, p.437.

são inconstitucionais a partir da interpretação conforme o referido princípio constitucional para constituir família. Elas impedem a constituição de famílias seguintes a uma primeira (artigo 1727), assim como a doação ou deixa testamentária à concubina (artigos 550 e 1801, respectivamente), ferindo a proteção que deve o ordenamento jurídico conceder para que a pessoa escolha como manifestar seu afeto, formando sua família. Todavia, nada disso tem sido reconhecido pelo STJ, em que pese a existência de divergências em alguns Tribunais de Justiça.

Pode-se afirmar que é recorrente a celeuma acerca das famílias simultâneas no Judiciário. Muito embora haja posicionamentos localizados favoráveis, cada qual a seu modo, à juridicidade das famílias concomitantes, a uniformização pelo STJ sempre obedece ao critério temporal, a monogamia portanto, seja essa concomitância de uniões estáveis⁴⁸⁷, seja de casamento e união estável a ele paralela⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Nestes termos: AGRADO REGIMENTAL. AGRADO DE INSTRUMENTO. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS EGAIOS. EQUIPARAÇÃO A CASAMENTO. PRIMAZIA DA MONOGAMIA. RELAÇÕES AFETIVAS DIVERSAS. QUALIFICAÇÃO MÁXIMA DE CONCUBINATO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Pretório Excelso já se manifestou pela constitucionalidade da convocação de magistrado de instância inferior para, atuando como substituto, compor colegiado de instância superior, inexistindo, na hipótese, qualquer ofensa ao princípio do juiz natural.
2. A via do agravo regimental, na instância especial, não se presta para prequestionamento de dispositivos constitucionais.
3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos de declaração, se o Tribunal de origem enfrenta a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que sucintamente. A motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato aos arts. 165, 458 e 535 do CPC.
4. Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (ou sociedade de fato).
5. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1130816/MG, Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Dje 27/08/2010.

⁴⁸⁸ DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. HOMEM CASADO. OCORRÊNCIA DE CONCUBINATO. INDAGAÇÕES ACERCA DA VIDA ÍNTIMA DOS CÔNJUGES. IMPERTINÊNCIA. INVIOLABILIDADE DA VIDA PRIVADA. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO PROVADA. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE A AUTORA DA AÇÃO.

1. A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado.
2. O acórdão recorrido estabeleceu que o falecido não havia desfeito completamente o vínculo matrimonial - o qual, frise-se, perdurou por trinta e seis anos -, só isso seria o bastante para afastar a caracterização da união estável em relação aos últimos três anos de vida do de cujus, período em que sua esposa permaneceu transitoriamente inválida em razão de acidente. Descabe indagar com que

Eleva-se a “*primazia da monogamia*” a patamar de regra jurídica superior, algo que, evidentemente, não possui qualquer previsão legal. Nota-se, inclusive, que essa primazia é utilizada para a corroboração (falsa, evidentemente) de prevalência da intimidade da pessoa (que não deve ser esquadrihada para se procurar e evidenciar a segunda relação estável, pura retórica que confunde o mero ato corriqueiro de traição com a constituição de uma nova família) e o seu atendimento deve ser “*redobrado*” em relação a todos os outros princípios constitucionais, estes explícitos⁴⁸⁹. Contrariamente

propósito o falecido mantinha sua vida comum com a esposa, se por razões humanitárias ou qualquer outro motivo, ou se entre eles havia "vida íntima".

3. Assim, não se mostra conveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da intimidade, vida privada e dignidade da pessoa humana, discussão acerca da quebra da *affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento válido, sob pena de se cometer grave injustiça, colocando em risco o direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

4. Recurso especial provido. Recurso especial 1096539/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Dje 25/04/2012.

⁴⁸⁹ Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável post mortem e sua consequente dissolução. Concomitância de casamento válido. Peculiaridades.

- Ainda que a coabitação não constitua requisito essencial para o reconhecimento de união estável, sua configuração representa dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família, devendo a análise, em processos dessa natureza, centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais se inclui a habitação comum.

- Nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, que referendou a doutrina e a jurisprudência existentes sob a vigência da legislação civil anterior, o casamento válido não se dissolve pela separação judicial; apenas pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. Por isso mesmo, na hipótese de separação judicial, basta que os cônjuges formulem pedido para retornar ao status de casados. Já, quando divorciados, para retornarem ao status quo ante, deverão contrair novas núpcias.

- A ausência de comprovação da posse do estado de casados, vale dizer, na dicção do acórdão recorrido, a ausência de prova da intenção do falecido de com a recorrente constituir uma família, com aparência de casamento, está intimamente atrelada ao fato de que, muito embora separados judicialmente, houve a continuidade da relação marital entre o falecido e sua primeira mulher, que perdeu por mais de cinquenta anos e teve seu término apenas com a morte do cônjuge varão, o que vem referendar a questão de que não houve dissolução do casamento válido.

- Considerada a imutabilidade, na via especial, da base fática tal como estabelecida no acórdão recorrido, constando expressamente que muito embora tenha o falecido se relacionado com a recorrente por longo período – 30 anos – com prole comum, em nenhum momento o cônjuge varão deixou a mulher, ainda que separados judicialmente – mas não de fato –, o que confirma o paralelismo das relações afetivas mantidas pelo falecido, deve ser confirmado o quanto decidido pelo TJ/PR, que, rente aos fatos, rente à vida, verificou a ausência de comprovação de requisitos para a configuração da união estável, em especial, a posse do estado de casados.

- Os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não devem ser esquadrihados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/88 – o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada –, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano.

- Deve o juiz, ao analisar as lides de família que apresentam paralelismo afetivo, de acordo com as peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa

a sociologia contemporânea, aventa-se que a monogamia é “*elemento estrutural da sociedade*”, requisito para a constituição da família, com base no que dispõe o Código Civil, não a Constituição⁴⁹⁰.

humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. Recurso especial não provido. Recurso Especial 1107192/PR, Relator Ministro Massami Uyeda, Dje 27/05/2010.

⁴⁹⁰ Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades.

- Sob a tônica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos.

- A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. - A despeito do reconhecimento – na dicção do acórdão recorrido – da “união estável” entre o falecido e sua ex-mulher, em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado – entre os ex-cônjuges – a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente – art. 1.724 do CC/02 –, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros.

- O dever de lealdade “implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural” (Veloso, Zeno apud Ponzoni, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em abril de 2010).

- Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

- As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses.

- Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

- Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente.

Recurso especial provido. Recurso especial 1157273/RN, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Dje 07/06/2010.

3.2.2 Intimidade na vida afetiva

Da mesma forma que o direito civil da modernidade previu uma regra de taxatividade para a apropriação dos bens, utilizou-se também de um mecanismo em que o conteúdo desses direitos seria estipulado pela legislação. A conhecida tipicidade dos direitos reais, em que a estrutura do direito subjetivo patrimonial é objeto de monopólio legal⁴⁹¹, tem igualmente relação com o controle burguês das formas de apropriação. Em que pese seja racionalmente justificada em função da orientação política e econômica do direito civil da modernidade, sofre evidentes mitigações na esfera mercantil, haja vista que é corriqueira a aquisição de direitos patrimoniais de apropriação, de pertença às coisas, por mecanismos meramente obrigacionais. Admite-se, portanto, que atualmente a autonomia privada é capaz de inovar o conteúdo desses direitos mesmo ante a ausência de previsão legal específica⁴⁹².

A regulação da família pela legislação brasileira seguiu critério semelhante. Quiçá pela existência de uma parte geral com a pretensa função de unificar os diferentes ramos do direito civil no mesmo conceito de relação jurídica, sua evidente orientação patrimonialista e até mesmo o evidente conservadorismo resultaram em um viés tipificador da conduta humana na esfera familiar. Especificamente, refere-se à imposição de coabitação no domicílio conjugal e à fidelidade/lealdade na vida familiar entre adultos. Tais regras (inseridas nos incisos I e II do artigo 231 do Código de 1916 e 1566 do Código de 2002) seguem a linha que é semelhante no caso dos impedimentos, monogamia, idade mínima e conotação sexual da família, pois verdadeiras imposições de uma ultrapassada ordem moral e religiosa (o que é declaradamente reconhecido pela doutrina do começo do século⁴⁹³).

Essa mencionada previsão de uma parte geral no código civil impôs a dogmática da relação jurídica (dever jurídico x direito subjetivo) a todas as relações humanas,

⁴⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Os direitos reais no novo Código Civil*. Em: *Temas de direito civil – Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

⁴⁹² TEPEDINO, Gustavo. *Os direitos reais no novo Código Civil*. Em: *Temas de direito civil – Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 144-145.

⁴⁹³ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis bevilaqua*. Edição histórica: Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977, p. 494-499.

reguladas pelo direito. A dificuldade de adequação dessa noção às relações patrimoniais atuais (pois se entende que a relação jurídica é a ligação entre quaisquer situações jurídicas subjetivas, sendo elas direitos subjetivos ou não⁴⁹⁴) é ainda mais evidente naquilo que concerne às relações existenciais (e mais ainda no direito de família). Não perceber isso é impor a lógica clássica aos chamados deveres conjugais. Ante a ausência de coabitação ou fidelidade, haveria um suposto dever jurídico de cumpri-lo; não sendo possível a execução específica (pela óbvia impossibilidade de concretizá-la), incidiria a responsabilidade civil extracontratual⁴⁹⁵.

À medida que o ordenamento jurídico insere deveres de conduta específicos para as famílias (coabitação e fidelidade), é necessário defender que, como decorrência do princípio da liberdade, há um espaço privado de intimidade, em que a conduta pessoal familiar é escolha da pessoa (desde que não colida com regras jurídicas de conduta na sociedade em geral), não do ordenamento jurídico. Essa escolha está contida, portanto, no espaço de autonomia privada afetiva do indivíduo que constitui família.

⁴⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 668, 678 e 734.

⁴⁹⁵ Em grande medida, esse aspecto já tem sido percebido pelo Judiciário brasileiro, que descarta a responsabilidade extracontratual por descumprimento de um dever jurídico de fidelidade, como na seqüência: DECISÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. ATRIBUIÇÃO DE CULPA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. DECRETAÇÃO, TÃO SOMENTE, DA SEPARAÇÃO. AFASTAMENTO DA DISCUSSÃO ACERCA DE CULPA EM SEDE DE SEPARAÇÃO. RECURSO DO AUTOR PUGNANDO PELO RECONHECIMENTO DE CULPA DA RÉ NA SEPARAÇÃO E A CONDENAÇÃO DA MESMA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE PRÁTICA DE ATOS DE INFIDELIDADE CONJUGAL. IRRELEVÂNCIA DA PERQUIRIRÇÃO DE CULPAS EM SEDE DE SEPARAÇÃO. MITIGAÇÃO DA CULPA NAS AÇÕES DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA EM SEDE DE DIREITO DE FAMÍLIA. ABORRECIMENTOS E FRUSTRAÇÕES INERENTES AO FIM DO RELACIONAMENTO AMOROSO QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA FAZER CONFIGURAR O DANO MORAL PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO. AGRAVO RETIDO. MANIFESTAÇÃO DO DESEJO DO AUTOR DE AGRAVAR DE DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA QUE DISPENSOU A OUVIDA DAS TESTEMUNHAS ARROLADAS PELO MESMO. RECURSO QUE NÃO VEIO AOS AUTOS. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO INTERPOSTO PELA RÉ POSTULANDO O CONHECIMENTO DE AGRAVO RETIDO POR ELA INTERPOSTO E A REFORMA DA SENTENÇA, JULGANDO-SE IMPROCEDENTE O PEDIDO DE SEPARAÇÃO POR CULPA, COM CONDENAÇÃO DO AUTOR NOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS E ACOLHENDO-SE O PEDIDO RECONVENCIONAL DE SEPARAÇÃO FALÊNCIA, ALÉM DE DEFERIR O ACESSO DA MESMA AO IMÓVEL E ARROLAMENTO DE BENS. NECESSIDADE DE REFORMA DA SENTENÇA. PROVIMENTO DO AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELA RÉ. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE AMBOS OS APELOS, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. Agravo de Instrumento 0050185-57.2011.8.19.0000, TJ/RJ, Rel.Des. Pedro Freire Raguene, julgado em 30/09/2011.

Evidentemente outros ramos do direito (especialmente a tutela penal e de crianças e adolescentes) impedem uma série de práticas no tocante à sexualidade e a violência⁴⁹⁶, exercidas ou não no âmbito familiar, pressupondo, inclusive, a igualdade material que lhe é característica (atuando, portanto, para proteger os vulneráveis, explorados, agredidos ou mesmo sem discernimento para comportar-se com autonomia). Isso, no entanto, não adentra diretamente o direito de família. Cabe a ele apenas reconhecer como cláusula geral esse espaço em que o legislador não intervém, em que a escolha sobre onde residir e com quem se relacionar sexualmente cabem ao indivíduo. A regulação da família entre adultos deve ser essencialmente a regulação da expectativa que se criam entre familiares; são, portanto, situações jurídicas subjetivas existenciais. Sob esse aspecto, vige essa cláusula geral de liberdade, em que é o indivíduo que escolhe como vai se comportar. É o casal que decide como a sua própria vida será vivida, quais os seus limites, de que modo a personalidade dos familiares de desenvolverá e a realização pessoal se concretizará⁴⁹⁷.

Diferente da concepção romano-germânica, o jurídico não é composto apenas da incidência positiva da norma pelo Estado (quando ele legisla, julga ou a executa) e o sujeito não é mero destinatário da norma jurídica. À medida que o sistema por si deixa de ser centralizado em si próprio e transfere o cerne para o indivíduo concreto, observa-se a real relação de vida em que este está inserido. Por isso espera-se do Estado tutela, não intervenção, esse o cerne do direito de família privatizado⁴⁹⁸.

Desse modo, há um “*direito interno de família*”, ou seja, um direito interno de cada família, que produz seu próprio direito, refletindo o estabelecimento de regras de

⁴⁹⁶ A separação entre violência e infidelidade é tratada no julgado cuja ementa se colaciona: Direito de Família. Demanda de reconhecimento e dissolução de "união estável". Alegação de prática de adultério e agressões verbais e físicas. Revelia do réu decretada. Com a inércia do demandado, produzidos os efeitos da revelia, deve ser presumida a veracidade das alegações feitas pela autora acerca dos fatos da causa. Infidelidade conjugal, que por si só não gera dano moral. Registros de ocorrência policial relatando a conduta ilícita do réu ao agredir verbal e fisicamente a autora. Comprovação de conduta desonrosa e prática de ato ilícito pelo autor capaz de configurar dano moral a ser compensado. Valor da compensação que deve ser fixado em R\$ 10.000,00. Sucumbência recíproca na demanda cautelar, sendo certa a sentença que determinou o rateio das despesas processuais e compensação dos honorários advocatícios. Recurso na demanda principal a que se dá provimento. Recurso no processo cautelar desprovido. Apelação Cível 2008.001.37808, TJ/RJ, Rel.Des. Celso Peres, julgado em 10/09/2008.

⁴⁹⁷ CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade – uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 239.

⁴⁹⁸ CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade – uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 240-241.

convivência entre as pessoas que são próprias, particulares⁴⁹⁹. Sob esse aspecto, inclusive, não se pode afastar do conteúdo dessa autonomia privada existencial a possibilidade de contratação de responsabilidade para eventuais comportamentos (a fidelidade, por exemplo, em que pese a natural dificuldade em se conceituá-la). Da mesma forma que cabe ao indivíduo liberar-se de eventuais deveres, lhe é facultado estabelecê-los na sua relação concreta.

3.2.3 Despatrimonialização do afeto

Determina o atual artigo 1640 do Código Civil que no silêncio dos futuros cônjuges, assim como caso de ser nula ou ineficaz a convenção sobre seu patrimônio, vigora o regime da comunhão parcial de bens. A partir da Lei 6515/1977 tal regra já estava inserida no artigo 258 do Código Civil de 1916; antes dela, o mesmo artigo determinava a incidência do regime da comunhão universal de bens. Não bastasse isso, o mesmo é estendido para a união estável (em perspectiva já aduzida de franca analogia legislativa com o casamento) por força do artigo 1725, como afirmado anteriormente.

Assim como na maioria dos ordenamentos jurídicos⁵⁰⁰, vige como supletivo legal um regime de comunhão de bens, antes universal, hoje parcial. Trata-se de pressupor que cônjuges e companheiros que permanecem silentes pretendem unir seus patrimônios (ativos e passivos) e restringir atos de disposição patrimonial (refere-se às já analisadas outorgas uxórias).

A gênese dessa regra é fruto da equivocada pressuposição do legislador de que há uma certa fraqueza intelectual no ser humano, principalmente na mulher (que, inclusive, quando casada tornava-se incapaz), que não poderia ser deixada em situação de desamparo com o fim do casamento. Por isso, inclusive, na vigência do

⁴⁹⁹ DIEZ-PICAZO. *Familia y derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1984, p. 24.

⁵⁰⁰ Exceção feita, por exemplo, ao Reino Unido (em que vige como supletivo regime semelhante ao da separação de bens) e à Alemanha (em que vige como supletivo regime semelhante ao da participação final nos aqüestos). GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 459, 580-585.

Código Civil de 1916 o regime de bens uma vez escolhido permanecia imutável, para que não houvesse qualquer espécie de aproveitamento de um cônjuge dessa fraqueza inerente ao outro, obtendo com a mudança vantagem patrimonial⁵⁰¹.

Diante da realidade, não se pode defender que a supletividade do regime garante a liberdade de escolha da regulação patrimonial pelos futuros familiares. Isso porque essa supletividade do regime acaba por virar imposição, à medida que a maioria das pessoas opta pelo casamento como tradição, costume, sem consciência clara de suas regras, não optando, portanto, por regime de bens diverso (a bem da verdade, efetivamente sem o conhecimento de que se pode optar por uma regulação qualquer da vida patrimonial ao habilitar-se para casar). A prática do direito de família mostra que muitos cônjuges são “surpreendidos” pela comunhão de bens no momento em que pretendem alienar bens ou conceder garantias patrimoniais (e tais atos requerem autorização expressa do outro cônjuge) ou apenas no divórcio, em que descobrem que não apenas o ativo, mas principalmente o passivo patrimonial (não apenas pessoal, mas real e, mais grave, empresarial) também se comunicou.

A “vida” prática da união estável mostra-se ainda mais drástica. Família concebida para permanecer na informalidade, surpreende ainda mais os companheiros que, desprevenidos, descobrem-se unidos pelo regime patrimonial da comunhão parcial de bens. Não bastasse isso, parcela considerável da doutrina e jurisprudência ainda pretende formalizar o “informalizável”, estendendo a outorga uxória (que igualmente decorre da alteração registral de estado civil que ocorre com o casamento) à união estável.

A supletividade de regime de bens é tema adequado para que se evite, pelo legislador, a “*armadilha da tutela paternalista*”, uma vez que ordenamentos de tipo paternalista são compatíveis com sociedade infantilizadas, em que as pessoas são tidas como irresponsáveis, ignorantes e inseqüentes, fazendo com que tudo seja proibido ou regulado, podendo-se fazer apenas o que é expressamente permitido, protegendo as pessoas de si próprias, no sentido completamente oposto da presunção que vigora nas sociedades democráticas, de que “*a liberdade de escolha acerca do*

⁵⁰¹ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis bevilaqua*. Edição histórica: Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977, p. 582.

*próprio destino não pode ser exceção*⁵⁰². Desse modo, não é mais função do Estado escolher um regime de bens para as pessoas que constituem família. Constituir família e unir patrimônio envolvem situações jurídicas subjetivas completamente distintas, reguladas por princípios e pressupostos também distintos. Nesse caso, a não interferência do Estado coincide com uma regra específica que determine: em caso de silêncio dos familiares, incide o regime da separação de bens.

Como afirmado anteriormente, esses princípios e pressupostos são distintos por que a liberdade patrimonial deve ser tratada com um viés jurídico diverso da liberdade existencial; separa-se, nesses termos, o direito civil entre a regulação das relações jurídicas patrimoniais e a regulação das relações jurídicas existenciais. A interpretação adequada da liberdade e, conseqüentemente, da autonomia privada patrimonial deve ser voltada para a sua máxima restrição, funcionalizada à dignidade das pessoas, que se sobrepõe à atividade econômica lucrativa. Para a autonomia privada existencial, notadamente a afetiva, para constituição da família, mínima intervenção e, ainda, mínima regulamentação de deveres para que ocorra o pleno exercício da personalidade (e, como conseqüência, proteja-se a dignidade da pessoa). Para a doutrina e o legislador do começo do século XX, o patrimônio era a “*base indispensável da família*” e ela base da sociedade⁵⁰³. Atualmente, imperioso compreender que a base da família é apenas a proteção da manifestação de vontade afetiva do indivíduo, devendo as relações patrimoniais ser reguladas pelo direito obrigacional e real. Desse modo, pessoas livres e em situação de pleno discernimento são obviamente livres para contratar, para dispor de seus patrimônios. Como as relações patrimoniais entre familiares são relações patrimoniais como quaisquer outras (com a mesma lógica, mesmos elementos) a tônica deve ser a mesma. Excetua-se desse conjunto aquelas relações que, ainda que tenham conteúdo patrimonial, são inspiradas pela idéia de solidariedade e repercutem diretamente na esfera existencial, quanto ao sustento da pessoa, tais como os alimentos e a sucessão *mortis causa* dos bens.

⁵⁰² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Em: *20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional*. José Ribas Vieira (organizador). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 378.

⁵⁰³ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Volume V. Do Direito de Família. Art. 180-329*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 285.

Por isso, ao pressupor-se que os indivíduos são iguais, iguais são as possibilidades de oportunidades de vida e trabalho e, desse modo, a constituição do patrimônio, do que é corolário a separação patrimonial. À medida que se considera a família e sua regulação como apenas a constituição e regulação da manifestação afetiva, as relações patrimoniais que se travam entre cônjuges, companheiros e familiares em geral devem ser reguladas pelo direito obrigacional, devendo, em âmbito privado, utilizar negócios jurídicos próprios aqueles familiares que querem patrimonializar suas vidas.

Pressupor a separação patrimonial é pressupor que a livre disposição do patrimônio fica a cargo de seu titular, jamais fruto de imposição legal. Pessoas juridicamente livres e desimpedidas e com iguais oportunidades em tese de aquisição de patrimônio na sociedade não devem interferir na disposição patrimonial do outro, mesmo que tenham manifestado-se afetivamente no sentido de constituir família.

Outras três questões estão diretamente ligadas com o tema da patrimonialização da família pelo legislador por meio de regimes de comunhão de bens. O procedimento de divórcio, a necessidade de regular outros regimes de bens e uma espécie de “reforço” quanto ao tema da seção anterior. No caso do divórcio, a instituição de um procedimento processual (muitas vezes interminável quando litigioso⁵⁰⁴ e que desgasta desnecessariamente as pessoas envolvidas) em forma de lide tem relação com a divisão do patrimônio comum, com as questões ligadas à guarda dos filhos e à eventual pensão alimentícia. A partir do momento em que a separação patrimonial operar como regra supletiva, muitas das demandas na seara do direito de família perderão o sentido e a tendência é que o próprio processo de divórcio se simplifique e se torne mais célere. Aqueles casais que pactuarem contratos patrimoniais entre si resolverão eventuais pendências no juízo cível.

Não obstante, a própria regulação pormenorizada de regimes de comunhão de bens (universal, parcial ou de participação final) deixa de ser necessária, à medida que a liberdade contratual é que deve determinar quais os pactos realizados entre os contratantes, familiares ou não, sem distinção quanto à produção de efeitos entre

⁵⁰⁴ Necessário ressaltar que os divórcios consensuais e sem filhos incapazes têm trâmite mais célere em razão da possibilidade concedida pelo artigo 1124-A do Código de Processo Civil de poderem ser realizados extrajudicialmente.

familiares ou perante terceiros. Na contemporaneidade, da mesma forma que não mais cabe a postura intervencionista do direito na família para impor regime de comunhão de bens, não cabe o fornecimento de modelos de contratação patrimonial da vida em comum.

Por fim, a análise conjunta dessa temática ratifica o que foi afirmado acerca da aceitação jurídica da diversidade de modelos familiares. Em muito se justifica a monogamia, o limite de idade e a burocratização registral da família (do casamento, mas inclusive da união estável) pelo patrimônio que é adquirido ao longo da convivência. Admitir diversos núcleos familiares geraria insegurança jurídica por não se identificar claramente os titulares do patrimônio; admitir a família entre menores teria a barreira da ausência de autonomia patrimonial e propriamente da pouca idade para administrar esse patrimônio; a burocracia registral em torno do casamento e da união estável (para aquele imposição, para esta faculdade) reflete a demanda jurídica por publicidade, ou seja, divulgação da situação patrimonial daqueles que constituem família, importante para a sua dissolução e para aqueles que com esses familiares contratam.

Ao tempo em que o direito de família estipula como supletivo legal um regime de separação de bens, assim como determina que eventuais pendências patrimoniais sejam dirimidas pelo juízo cível, reguladas pela esfera patrimonial (obrigacional e real), os problemas jurídicos acima elencados praticamente desaparecem. Reconhecer a multiplicidade de núcleos familiares passa a ser uma celeuma apenas de ordem moral, pois a insegurança jurídica patrimonial resolver-se-á na medida em que ou os patrimônios não se comunicam ou então eles pactuam entre si contratos que são alheios à regulação familiar. O discernimento para constituir família em função da idade passa a ser apenas uma questão de verificar-se um “não aproveitamento afetivo” de um pelo outro em termos de convivência, pois até mesmo a capacidade jurídica deixa de ser necessária para a família, que é apenas o conviver. Por fim, não ter um regime de comunhão de bens como regra para ser divulgado torna a formalização e registro da família desnecessária (a não ser para efeito de facilitação como prova no momento de sua dissolução). O eventual registro daquilo que é contrato obedecerá, logicamente, o rito das relações obrigacionais e reais.

3.2.4 Ausência de modelos jurídicos de família pré-concebidos

Como ápice de toda a argumentação e pesquisa realizada na tese, afirma-se que a correta proteção da autonomia privada para constituir família na contemporaneidade coincide com a ausência de qualquer modelo jurídico para tanto previamente previsto em lei. Considerando que não há limite para as possibilidades de manifestação afetiva e da sexualidade do ser humano, não cabe a um ordenamento jurídico baseado em um princípio de liberdade, que é corolário da dignidade humana (pilar jurídico desse mesmo ordenamento), estipular previamente alguns modelos de família (mesmo que atendam a certos costumes e tradições da maioria da sociedade), até porque essa forma de previsão, de um modelo familiar tradicional como indicativo e sugestivo opera em forma de condicionamento para as massas, que o adotam quase sempre acriticamente⁵⁰⁵. A vigência do Estado Democrático de Direito não caracteriza a institucionalização ou manutenção de certas práticas apenas por que são costumeiras ou tradicionais ou mesmo por que a maioria da população é delas adepta. A tutela jurídica democrática é a tutela de todos, não da maioria.

Por isso, na esfera pública cabe ao Estado apenas reconhecer a liberdade de cada um constituir família como mais lhe agradar, cabendo na esfera privada a busca por formalização e patrimonialização, de acordo com os costumes e tradições que cada um queira atender. Isso decorre igualmente da evidente impossibilidade de se criar modelos legais de família (tantos quantos forem precisos) para atender os costumes e tradições de toda uma sociedade.

⁵⁰⁵ De forma geral, em todos os ordenamentos jurídicos de que se tem freqüente notícia, o mesmo mecanismo se faz presente. Uma forma estatal e pública, com cerimônias e registros públicos para constituição da família. Nesse sentido: ENNIS, Jonathan. *Marriage: Redefined and Realigned with Bunreacht na hÉireann*. Em: *Irish Journal of Legal Studies*. V. 1, Issue 2, 2010, p. 29-71; HAMILTON, Vivian E. *Principles of U.S. Family Law*. College of William e Mary Law School. Faculty Publications, 2006, p. 31-73. *Breakthrough Britain: Every Family Matters*. Artillery Row: Centre for Social Justice, 2009, p. 46-82; MORCATE, Carlos A. Tejeiro. *El sistema matrimonial civil cubano. Principios iinformantes*. Em: *Nuevos perfiles del derecho de familia*. Coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 21-52; RUNDLE, Olivia. *An examination of relationship registration schemes in Australia*. Em: *Australian Journal of Family Law*. V. 25, nº 2, Aug 2011, p. 121-152; TABORDA, Jesús Gómez. *El Derecho de Familia en España: breves comentarios sobre dos asuntos concretos*. Coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 83-100; ZATTI, Paolo. *Trattato di diritto di famiglia/Famiglia e matrimonio*. 2ª edizione. Milano: Giuffré, 2011.

Desde há muito é reconhecido pela doutrina que o sistema matrimonializado na família também tem origem na importância social do casamento, como base da família, mecanismo que envolve celebração pública e formal, com a presença de autoridade pública competente, data e hora designadas⁵⁰⁶. Designar data e hora, celebrar, formalizar, registrar o afeto é contrário à própria essência da personalidade (da qual decorre a manifestação de vontade afetiva) humana. Não obstante, é medida que limita o debate social e jurídico em torno da família e sua regulação, pois as divergências sempre giram em torno de se estender ou não o casamento a novas formas de relacionamento, bem como a comparação (seja de designação, mas principalmente quanto aos efeitos jurídicos) entre famílias informais e o casamento civil, bem como em torno dos mecanismos para o divórcio.

Encarar o afeto como elemento de direito público é a contramão da contemporaneidade, momento em que é premente a sua privatização. Protege-se a intimidade e estimula-se a liberdade, pois se abandonam quaisquer condicionamentos que estimulam as pessoas a casar (e, pior, a encarar a união estável como fase preparatória para o casamento, equívoco que é corroborado por um ordenamento jurídico que praticamente iguala os estatutos jurídicos das duas formas familiares).

Na família privatizada, é função do Estado apenas reconhecer que, ao se verificar a existência de uma família, esta concebida como a manifestação da vontade de conviver no plano existencial apenas (e não quanto ao patrimônio), incidem os efeitos jurídicos próprios dessa relação (tais como a sucessão dos bens, a possibilidade de alimentos, eventualmente efeitos previdenciários). Quaisquer outros efeitos, especialmente os patrimoniais, estão sujeitos a devida contratação também na esfera privada. Desse modo, estabelece-se verdadeira cláusula geral de não-direito no direito de família: o Estado por meio do direito reconhece a família, mas se retira a prerrogativa de pré-defini-la e pré-regulamentá-la, faculdades exercidas pelos indivíduos, senhores de suas vontades e dos destinos de suas personalidades.

Uma vez ausente o caráter público da ontologia da família, desaparece também dessa essência a necessidade de sua celebração formal. Além disso, é lógico e

⁵⁰⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis bevilaqua*. Edição histórica: Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977, p. 518.

teoricamente possível que nada se regule na legislação sobre o casamento, já que não existe esse forte interesse público na regulação da constituição da família, em pessoas se relacionarem afetivamente e sexualmente de modo estável.

Isso não inclui as crianças, obviamente. Ilícitos em geral podem ser regulados por meio de legislação criminal e civil que aplique a devida responsabilidade, não cabendo por si só como fundamentos para a previsão legal do casamento. Mesmo a sucessão pode utilizar critérios de convivência e proximidade dos indivíduos para que seja regulada. Outras questões de direito público ou privado como a nacionalidade, tributação, residência e domicílio de pessoas casadas envolvem pressupostos que não demandam a previsão legal de um modelo de família. O casamento ou qualquer forma de família não são conceitos jurídicos necessários, pois desnecessários são a prévia previsão expressa de efeitos pessoais para adultos (pois para isso têm liberdade de escolha) ou de efeitos patrimoniais (pois para isso há ramos próprios do direito privado)⁵⁰⁷.

A abolição do casamento da legislação envolve um critério de igualdade perante todas as possibilidades de arranjos familiares. Os relacionamentos passam a ser regulados não pelo seu *status* (social) mas sim pela função que exercem perante o indivíduo, seu bem-estar e personalidade. Assim, a escolha de convivência entre as pessoas não seria distorcida pela previsão legal que naturalmente as estimula⁵⁰⁸.

O enorme apelo social que a tradição em torno do casamento possui impede que se perceba que é medida adequada abolir do ordenamento jurídico um instituto que não se coaduna com o momento jurídico e social de uma civilização. Por ocasião do Código Civil de 2002 isso ocorreu com a enfiteuse. Conforme o artigo 1225 a enfiteuse não é mais direito real. Nas disposições finais e transitórias (artigo 2038) foram proibidas a constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses, subordinando as existentes às regras do parágrafo primeiro até a sua extinção. Trata-se, hoje, de instituto jurídico de aplicação rara e de caráter econômico desinteressante, uma vez que o valor módico do foro torna barata a aquisição da propriedade para o foreiro, que já teve a faculdade de

⁵⁰⁷ CLIVE, Eric. *Marriage: An unnecessary legal concept?* Em: *A Reader on Family Law*, edited by John Eekelaar e Mavis Maclean, Oxford University Press, GB, 1994, p. 189.

⁵⁰⁸ CLIVE, Eric. *Marriage and Cohabitation*. Em: Jane Scoular (ed.), *Family Dynamics: Contemporary Issues in Family Law*. Edinburgh: Butterworths, 2001, p. 129-130.

explorar economicamente o bem. Assim, pouca vantagem há para o senhorio, que é, em verdade, um proprietário inerte, titular de um direito “teórico”, um “*locupletamento injustificável*”⁵⁰⁹.

O mesmo destino de abolição tiveram os esponsais (compromisso ou promessa de casamento), contrato cujo inadimplemento acarretava perdas e danos e era previsto em nosso direito pré-codificado. Repudiado pelo Código Civil de 1916, foi socialmente substituído pelo noivado, compromisso meramente moral entre os nubentes, sem que possa ser exigido o seu cumprimento em caso de arrependimento⁵¹⁰.

Como delineado desde o início, não deve persistir o interesse público em legislar sobre o casamento. Inexiste eventual vantagem jurídica sobre a sua previsão legal. O interesse jurídico corroborado pelo projeto constitucional é o de legislar sobre a família, promovendo a liberdade, a solidariedade e o desenvolvimento da personalidade dos familiares, de modo que não fosse pelo apelo econômico e moral do casamento, também estar-se-ia diante de instituto “teórico” e “injustificável”. Assim como nos esponsais, uma vez abolido da legislação, continuaria sendo utilizado apenas pelo aspecto moral, o que se justifica apenas na esfera privada das relações. Como na enfiteuse, os casamentos constituídos até então permaneceriam vigentes até sua extinção.

Não obstante, possível afirmar que o modelo matrimonializado de família cria, como conseqüência, um modelo divorcializado para a dissolução da família. Não bastasse a burocratização da constituição familiar, burocratiza-se também a sua dissolução, principalmente nas já abarrotadas vara de família país afora. Democratizar a família, em prol da valorização da autonomia privada, é igualmente reconhecer o divórcio como fase corriqueira do vínculo familiar⁵¹¹ e, por isso, abolir a sua obrigatoriedade como procedimento formal (judicial ou não). A ausência de modelos pré-concebidos de família deve ser também a ausência de modelos formais de dissolução da família, que, se amigável, deve poder ser feita informalmente.

⁵⁰⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 300-303.

⁵¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Volume V*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 71-72.

⁵¹¹ Nesse sentido: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio é decorrência natural do casamento por amor*. Em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-24/rodrigo-pereira-divorcio-decorrência-natural-casamento-amor?>. Acesso em 27/08/2012.

Afasta-se do entendimento exposto qualquer providência legal ou judicial que reforce ou estenda o casamento civil nas relações de família em geral, pois apenas o colocam em patamar de superioridade, confundindo família com burocratização, liberdade, dignidade e igualdade como formalização. Indivíduos com arranjos familiares distintos que vivem em um Estado democrático e de direito demandam que o direito não vire as costas para a sua convivência, que não lhes retire os mesmos efeitos jurídicos cabíveis a outras pessoas “mais convencionais”. Ao tempo em que se reconhece a família como convivência, perde o casamento a sua importância tradicional (perde, inclusive, a necessidade de ser previsto pela lei), devendo tais arranjos ser reconhecidos como família e não como casamento, como se essa fosse uma necessidade jurídica imprescindível.

É exatamente o que ocorre com as recentes decisões que permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, os casais homoafetivos. Cartórios de alguns estados, assim como juízes de algumas varas de registros públicos e câmaras de Tribunais de Justiça têm autorizado, por força do princípio constitucional da igualdade, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Não obstante a “boa intenção” das decisões, frisa-se que se trata de medida que matrimonializa a família, que transmite aos casais e à sociedade a noção de que o casamento civil é a forma padrão de constituição da família e não uma dentre tantas outras e que sequer deveria gozar dessa prioritária preferência legislativa.

Nesse sentido, comum tem sido o entendimento de que o acesso ao casamento e não à formação familiar juridicamente reconhecida é “*uma questão de cidadania sexual*”, decorrência da laicidade do Estado e de um princípio constitucional de igualdade⁵¹². Confunde-se o ato de estender os efeitos jurídicos a todas as famílias (essa a própria definição da igualdade) com a formalização igualitária de todas as famílias, providência que impede e desestimula inclusive o livre exercício da autonomia privada.

⁵¹² LOREA, Roberto Arriada. *Acesso ao casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual*. Revista de Estudos Feministas. [online]. 2006, vol. 14, n. 2, p. 488-496.

Recentemente, tal entendimento foi confirmado também pelo STJ⁵¹³. Em especial, destaca-se confusão quanto ao que realmente constitui a diversidade familiar

⁵¹³ DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.
3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.
4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.
5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.
6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.
7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.
8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao

da contemporaneidade. Como já afirmado, reconhecer a diversidade familiar é estender aos mais diversos arranjos familiares a chancela jurídica de família (que é a intenção de conviver com alguém), e, como consequência, os seus efeitos; estender o casamento civil a outros arranjos familiares (aos homoafetivos, por exemplo) é formalizar a família, engessá-la na anacrônica postura familiar do século XIX. Uma vez mais, é função do direito reconhecer o que é família; casais que pretendem formalizá-la devem buscar tal providência na esfera privada e, ainda, de acordo com a formalidade que mais os realizem. Assim, plural é a família, jamais o casamento, instituto e instituição histórica, repleta de condicionamentos e injunções legais e morais.

Reconhecer, desse modo, que o *“Estado melhor protege a família por meio do casamento”* é nada mais do que institucionalizar hierarquia familiar que a própria Constituição deixa de criar e impede pela eficácia direta de seus princípios. A partir do momento em que legalmente existir apenas a família (e não mais o casamento, a união estável ou qualquer outro modelo vindouro), instituir-se-á juridicamente e socialmente verdadeiro patamar de igualdade e respeito à liberdade/dignidade de todos os indivíduos quanto às escolhas que realizam para conviver.

casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido. Recurso especial 1183378/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Dje 01/02/2012.

4 CONCLUSÃO

O comportamento humano é condicionado pelo comportamento do grupo. Tradições e costumes impõem muitos desses comportamentos, sendo isso extremamente comum na família. Forma-se família no Brasil e no mundo como a moral pré-constituída determina e essa escolha pelos indivíduos acaba por ser irracionalizada em função da moralidade.

Essa escolha irracional, reproduzida apenas pelo sentimento de identificação com o grupo, é reforçada pelos símbolos que a representam. As vestes jurídicas (assim como religiosas e econômicas) dos símbolos nada mais são do que o estabelecimento de uma cultura dominante, imprescindível para quem a institui. Em termos de constituição familiar isso é essencial para o mercado, religiões e interesses jurídicos já do passado.

Um círculo vicioso se apresenta com incrível eficiência pois é justamente na família que inicialmente se veicula a moral, como autoridade passada às crianças. O afeto e a comum ausência de caráter crítico no pensar a família se aliam para que os padrões pré-estabelecidos sejam inseridos como verdades irrefutáveis, para as quais sequer se providencia explicação posteriormente. Religião e casamento são exemplos perfeitos desse mecanismo. Após a família, escola, trabalho, enfim, todos os círculos de convivência em que há uma certa autoridade definidora do comportamento “adequado”, bem como comparações com as condutas dos demais integrantes do grupo, passam a reproduzir essa moralidade.

A sua lógica é algo relativamente recente. Nasce com a modernidade histórica e a necessidade de afirmação do modo de vida burguês. Ou seja, aqueles que não se encaixavam ao itinerário de vida interessante à burguesia eram estranhos, diferentes, devendo ser adestrados, corrigidos, normatizados, padronizados.

É na modernidade européia que essa moralidade e, sua roupagem jurídica, isto é, todo o direito civil é formulado, com base, portanto, nessa lógica normatizadora de condutas. Atualmente, vive-se sob evidente contradição: de um lado, consensos morais e jurídicos cunhados nesse momento passado, condicionando o comportamento de

grande parte das pessoas, de outro o crescimento das formas de relacionamento e de manifestação da personalidade humana que apontam para a evidente insuficiência desses consensos. Especialmente o aparato jurídico e a lógica moderna maniqueístas mostram-se ultrapassados em relação à sociedade hipermoderna que pretendem regular. Na família, a tendência (que tenta cada vez mais se desamarrar da moralidade já antiga) é a de relacionamentos mais efêmeros, descontraídos, espontâneos, ambivalentes, libertados de papéis e complexos existentes. Por isso, um modelo de direito que pretende regular essa realidade social não pode estar distante da proteção da autonomia individual, da liberdade como valor inafastável.

Todavia, um modelo jurídico que deveria servir de parâmetro, de adequação para a moralidade, na realidade torna-se seu mero instrumento e muitas das mesmas sanções que antes são morais, tornam-se também jurídicas, impondo-se condutas da maioria ao todo. Colhe-se esse modelo jurídico do passado moderno, não se podendo mais afirmar nos dias atuais a existência de uma identidade coletiva genuína e sólida, mas sim de uma incerteza, imprevisibilidade muito comumente vista como inadequada, contrária a uma suposta necessidade de ordem imposta por esse pensamento moderno. Surgem como atraentes as teorias sistêmicas que pretendem de modo científico reduzir a complexidade mundana, inclusive no âmbito jurídico (que deveria ser concebido como um esquema cognoscitivo manejável realizado por meio de um código binário; família x não família, nesse tema especificamente).

O agir conforme a norma torna-se igualmente inconsciente, desvinculado de explicação por quem o impõe e justificativa por quem age de forma quase que inconsciente. Forma-se uma nova família conforme as imposições da sociedade, sem que muitos indivíduos sequer cogitem efetivamente de suas vontades. Imperioso demarcar que essa imposição não é apenas moral e econômica, mas fortemente jurídica. Adaptam-se os fatos, as escolhas ao direito, não o contrário.

Essas uniformizações moral e jurídica concebem como dominante a família (sempre denominada de tradicional) pela evidência de homem, mulher e seus filhos. Ao diferente, ainda que relativamente freqüente, as sanções morais e jurídicas. A recepção dessas injunções impõe uma manifestação sexual aparente aos indivíduos, que é conforme esse padrão. Estabilidade e confiança (que se atraem, inclusive, à conduta de

boa pessoa, de bom profissional) direcionadas principalmente para o modelo matrimonial monogâmico. Intrinsecamente, todavia, quase que secretamente, há uma outra sexualidade, esta conforme o instinto e a vontade do indivíduo específico. O inevitável bem-estar (social, político e econômico) causado pela alternativa estável naturalmente aponta para a formação familiar pelo casamento (pendendo, não obstante, a predominância da prática que considera as famílias informais meros arranjos preparativos para o casamento – este o mais importante)

Esse comportamento afetivo intrínseco é o que deve, no entanto, orientar a evolução da família e a sua regulação moral e jurídica; agora constituída para ser efêmera, fonte potencial de prazer em grande medida individualista. A família, ontologicamente concebida para ser uma comunidade intermédia para desenvolvimento da personalidade dos indivíduos de caráter privado, é enquadrada pela moral (religiosa inclusive, principalmente em perspectiva histórica) e pelo direito com natureza e caráter públicos.

Ainda que regras jurídicas (mesmo que injustas) se circunscrevam apenas ao âmbito local do ordenamento jurídico em que se originam, a moralidade religiosa e a economia de mercado tratam de reforçá-las em âmbito global. Assim, é comum em todas as sociedades que se construam diversos mecanismos para que se disfarcem essa dominação em práticas corriqueiras, costumes e tradições. Escola e família são os campos mais propícios para a elaboração e efetivação dessa cultura legítima, incorporada pelo *habitus*, ou seja, por essa conduta compartilhada irrefletidamente pelos indivíduos ao se relacionarem.

O panorama religioso atual ainda agrava o quadro em torno da concepção familiar. Se antes as igrejas (e o catolicismo em especial) respondiam pelo próprio espaço público, hoje, relegadas à esfera privada, disputam verdadeiros espaços de mercado, ao que se acrescenta seus discursos prescritivos de condutas familiares e sexuais que sempre se direcionam para seus dogmas históricos e tradições.

A proteção da autonomia privada para constituir família reconhece a obviedade de que religião e direito não se misturam e de que não é no espaço público que se define e se regulamenta a família. Não coincidentemente, ambos os discursos prescritivos (jurídico e religioso) valem-se do mesmo instrumental binário e maniqueísta:

lícito x ilícito, sagrado x profano. Desse modo, instituem quais condutas humanas são aprovadas e quais são sancionadas. Apela-se ao medo de ser diferente (profano, no caso), na ausência de meio-termo, na ausência de múltiplas opções. Além dos dispositivos de poder que pendem sobre o indivíduo (este que discrimina cerceando direitos), reproduz-se essa lógica no século XXI pelo costume, pela tradição e pelo desconforto em desobedecê-los.

O moralismo religioso e depois a sua associação ao moralismo iluminista na modernidade adestram a sexualidade para que ela seja condenada e, posteriormente, considerada como um dever (condicionado, evidentemente, aos discursos prescritivos; em especial à monogamia, indissolubilidade, virgindade, castidade e relação sexual apenas com finalidade reprodutiva). Ainda que na Europa e parte da América do Norte intelectualmente a maioria já se tenha desvinculado desse condicionamento, no Brasil, em função da evolução histórica da sociedade, isso não se evidencia. Experimenta-se em grande escala verdadeira pseudo-religiosidade, apenas na “superfície”, por conta das imposições do período colonial e do patriarcado econômico. Na atualidade, ainda que se verifique uma certa medida de fanatismo religioso, que permeia família, empresas e a classe política, isso dificulta que todos se libertem dos dogmas e tradições, pois eles jamais foram analisados com viés crítico pela sociedade.

Essa a concepção do direito canônico do casamento, que concede especial atenção aos impedimentos e à invalidade como fatores de controle da afetividade mundana. A Igreja Católica inventa um direito matrimonial que posteriormente é transpassado para o direito matrimonial civil, com a criação do casamento civil na modernidade européia. Modelo semelhante que reflete a necessidade de aceitação social do mecanismo burguês para a criação da família, agora voltado para a segurança jurídica patrimonial por meio da burocratização e da publicidade. A pretensa liberação sexual que ocorre a partir dessa época, nada mais configura do que efetivo adestramento biopolítico do ser humano, já que se coloca socialmente a sexualidade em pauta, mas apenas para que seja dela tratada e exercida nos termos do discurso dominante.

As pesquisas oficiais acerca da família brasileira bem demonstram como é majoritária a opção pelo casamento civil. Como se não bastassem os índices para

corroborar tal assertiva, afirma-se que o próprio discurso oficial do IBGE é fiel a essa matrimonialização, uma vez que se refere ao casamento como o “arranjo conjugal oficial”, além de considerar benéficos e justificadores desses altos índices um eventual estímulo do Código Civil de 2002 ao casamento, bem como da administração pública à realização de casamentos coletivos.

Há um poder discursivo que, não bastasse imposição política por meio do direito e do ensino, é exercido de forma indireta, implícita, nas mínimas camadas sociais, ou seja, em todas as instituições sociais, na linguagem e até no corpo das pessoas. Sua função: manter de forma repressiva a desigualdade das relações humanas. Obriga-se o indivíduo a um determinado modo de vida pela circulação cotidiana e onipresente desse discurso repressivo na sociedade. Aparelha-se a produção do saber, do conhecimento, para que recaia sobre o indivíduo esse poder disciplinar que determinará como ele deve agir, inclusive no tocante a sua sexualidade e à forma como manifestará seu afeto.

Desse modo, o panorama social atualmente oferecido para a regulação jurídica da sexualidade e da família consiste na presença da moral tradicional quase que somente na família (ou, propriamente, com relação ao ato de sua constituição), paralela à liberação quase que total dos costumes quanto à sexualidade. Assim sendo, não cabe ao direito optar por uma moral já moribunda, existente ainda apenas pela conveniência econômica e ritualística. A sua opção, evidentemente, deve ser por tutelar e regular a família conforme a sexualidade se manifesta e se revela no cotidiano da sociedade. Esse panorama é, com efeito, caracterizado pela liberdade de comportamento do ser humano.

No Brasil, mesmo uma perspectiva histórica de miscigenação e liberação sexual não resistiu à modelação familiar imposta pelo patriarcado burguês, a uniformização cultural que lhe seguiu e pelo seu instrumento jurídico, a legislação codificada. Essa legislação codificada tem conhecida origem nas revoluções burguesas européias dos séculos XVIII e XIX. Rompe-se com o direito medieval para que o Estado burguês passe a ter o monopólio jurídico. Além disso, passa a gravitar o direito civil em torno da proteção da segurança jurídica patrimonial essencial ao liberalismo econômico. Como conseqüência, apenas uma forma jurídica para constituir a família (as vestes da legitimidade jurídica, portanto), caracterizada ainda pela burocracia cartorial e a

publicidade registral: o casamento civil. Sem maiores resistências, a mesma providência é transcrita para o Código Civil Brasileiro em 1916. Concebe-se uma família cuja formação jurídica lhe garante o caráter transpessoal e simbólico e que funcionaria como efetivo pilar da estruturação social do país. Desse modo, o casamento constitui verdadeira categoria jurídica neutra, pois parece que se confunde com o próprio sistema jurídico (ou então com a própria família), sempre tendo nele estado.

Constata-se que, na atualidade, o direito de família e do código civil para a constituição da família são em essência ainda os mesmos, já que o casamento como modelo prioritário para constituição da família (em regras praticamente idênticas às do início do século XX) ainda lá se encontra. A técnica regulamentar do comportamento relacional do indivíduo em sociedade, típica do século XIX, se faz presente na família. E, mais grave, atraindo para familiares regramentos altamente complexos.

Não obstante a liberdade garantida pela Constituição, permanece a regulação infraconstitucional nesse patamar ultrapassado de submissão, verdadeira estrutura jurídica soberana de dominação, efetivada por meio de um direito positivista, que se pretende total, mas cujas regras que adota mostram-se insuficientes. Coerente com a contemporaneidade, a função do legislador no âmbito da família não seria mais regulamentar, mas sim a de se autolimitar, na medida em que reconhece a faculdade de o próprio indivíduo escolher como se comportará, já que sujeito de sua própria escolha. Aqui, portanto, a chamada cláusula de não-direito, não pela ausência do Estado ou do aparato jurídico em fornecer tutela legal, mas sim como não-regulamentação, pelo reconhecimento desse Estado de que o indivíduo escolherá como agir. Essa, frise-se, a única função social (ou mesmo a única utilidade social) existente quanto às situações existenciais e, principalmente, quanto ao ato de constituição da família, esta concebida como eudemonista.

Considerando o paradigma do pós-positivismo jurídico e a conseqüente mitigação do positivismo legal, ou seja, a eleição por um ordenamento jurídico unitário de valores axiologicamente superiores, considera-se a liberdade algo além da mera liberdade negativa (que corresponde à ausência de intervenção do Estado na esfera subjetiva). Em consonância com a solidariedade, trata-se de atividade positiva do Estado e do direito para garantirem e efetivarem a liberdade. Além disso, a prevalência

das situações jurídicas subjetivas existenciais (a manifestação afetiva do indivíduo aí incluída) sempre que em conflito específico com situações patrimoniais, corolário da dignidade humana, impõe que o intérprete encontre um ordenamento jurídico para cada caso concreto em que o direito demandar aplicação.

Para abordar adequadamente essas situações existenciais, toma-se como pressuposto a relação jurídica concebida como a ligação entre situações jurídicas subjetivas e não apenas entre direito subjetivo e dever, esquema oitocentista que permeou todo o direito civil positivado desde então e para a família é insuficiente, já que a personalidade humana e, portanto, o afeto que ela manifesta, não é redutível a essa situação jurídica específica e não deve ser dogmaticamente enquadrado em qualquer categoria ou subcategoria jurídica que a limite.

A concepção contemporânea da família é, desse modo, a concepção contemporânea da liberdade. Escolher a forma de sua família é dos principais objetivos na vida do ser humano; escolher com liberdade, portanto, confirma qualquer ideal democrático. Liberdade essa, que deve ser concebida no chamado viés positivo, direcionando-se para a prévia decisão política de possibilitar a escolha livre às pessoas, colocando-as em situação concreta de viver com autonomia. Essa capacidade para ser livre reflete, inclusive, a possibilidade de o indivíduo resistir aos padrões de comportamento dominantes que são impostos ou ao menos sugeridos como tradicionais, até porque não mais cabe qualquer espécie de discurso perfeccionista que pré-determine ou que defina de forma uniformizada o que é a vida/família boa, correta.

Aliada a toda essa argumentação de ordem sociológica, funda-se a concepção contemporânea da família em um patamar que também é jurídico. Ainda que a regulamentação infraconstitucional seja ultrapassada, é nos princípios constitucionais e na sua função interpretativa do sistema jurídico que se ancora a regulação da família atualmente. Ao estabelecer o conteúdo de um princípio, delinea-se exatamente essa função interpretativa na aplicação das regras do sistema.

Na família, duas espécies de relações pessoais se evidenciam. À medida que se tornam relações jurídicas, afirma-se que essa regulação obedece duas ordens de princípios diversas. Trata-se das relações entre apenas adultos e das relações que envolvem crianças e adolescentes. No primeiro caso, incidem os princípios da

igualdade e da liberdade para a constituição da família. No segundo, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que garante a preferência do interesse dessas pessoas na interpretação das regras, bem como a obrigatoriedade para o aplicador do direito de escolher no caso concreto a melhor solução para o menor. Esses se constituem nos únicos princípios constitucionais aplicáveis exclusivamente à família, já que outros, expressos ou implícitos, ou são desses dedutíveis ou se circunscrevem às relações jurídicas em geral.

Esse princípio complementar de igualdade e liberdade se conjuga diretamente com a autonomia privada afetiva do indivíduo, isto é, a possibilidade de escolha de como conviverá com outros em projetos de vida indefinidos aprioristicamente, enfim como se formará a sua família. Ao contrário da concepção clássica, trata-se de situações jurídicas subjetivas situadas apenas no interesse privado das pessoas envolvidas. E ao fazê-lo entende-se juridicamente que a igualdade inserida na Constituição determina que não há hierarquia na atribuição de efeitos jurídicos para qualquer que seja a opção, ao passo que a liberdade garante justamente a infungibilidade dessa escolha.

Partindo-se do pressuposto de que existem diferentes modelos de família (estado da arte atual, não ideal), não estabelece o constituinte graus distintos de atribuição de efeitos jurídicos, não estando o casamento em primeiro lugar, a união estável em segundo. Desse modo, a não ser por razões decorrentes da ontologia de cada mecanismo, sempre que a lei regular a convivência em família, terá que regular da mesma forma para casamento e união estável, por exemplo quanto à sucessão *causa mortis*. Além disso, fere a igualdade a não previsão legal de determinados arranjos familiares. A cláusula geral de liberdade os admite, mas familiares com seus vínculos desconhecidos pela lei têm como consequência a judicialização da vida comum caso pretendam quaisquer efeitos jurídicos dela. Quanto à sucessão dos bens, importante frisar que, uma vez realizada opção legislativa acerca de como deve se realizar para esse vínculo entre cônjuges, companheiros e similares, essa deve se estender a todos de maneira idêntica, já que a expectativa pela herança e a solidariedade que envolve o seu recebimento não mudam em tese por que muda a espécie da família.

No âmbito da liberdade para constituir família, incide esse princípio, fruto da ausência de taxatividade no rol de famílias inserido no artigo 226 da Constituição, para determinar que na esfera familiar o indivíduo é livre para escolher como formar e conduzir (planejar) sua família, livre de condicionamentos, imposições e pressões de autoridades públicas ou privadas, assim como da lei. Um suposto princípio da afetividade, quanto aos adultos, se inclui nesse âmbito, já que a liberdade para constituir família coincide com a centralidade do afeto na formação familiar e na proteção da diversidade de sua manifestação.

Não obstante, em sendo a família importante seara mas ainda inserida no conjunto maior de todas as relações humanas, outros princípios norteadores da convivência humana em termos gerais, extrafamiliares portanto, são aplicáveis às famílias como a qualquer outra situação jurídica, de modo que não seria tecnicamente adequado relacioná-los ao lado dos princípios já mencionados. Refere-se principalmente à dignidade, solidariedade e à igualdade entre os indivíduos.

A evidência do fenômeno familiar na sociedade, bem como o tom principiológico do ordenamento jurídico apontam para o tema central da tese: a completa reformulação da constituição da família por adultos, da autonomia privada das pessoas para manifestarem o seu afeto. Ao longo dos últimos dois séculos, conformou-se o nosso direito de família na centralidade do casamento, providência nascida no direito canônico da Europa medieval que o estabeleceu como forma única para constituição da família, posteriormente crucial para a segurança jurídica patrimonial e a legitimidade da filiação, ambas articuladas com a moralidade vigente a partir de meados do século XVIII.

De modo prático, um itinerário público para constituir família: habilitação, celebração e registro público. Controle estatal e publicidade da situação patrimonial dos cônjuges, demarcada também pela mudança de estado civil. Essa forma oficial da família, atraída portanto pela moralidade e pela proteção patrimonial, é extensamente regulamentada pelo direito: impedimentos, deveres conjugais, regime supletivo de bens e restrições patrimoniais decorrentes do simples fato de se casar.

A evolução jurídica das relações estáveis também confirma esse perfil matrimonializador do sistema jurídico brasileiro ao longo do século XX. Até a Constituição de 1988 forçava-se a que as pessoas casassem pois o chamado

concubinato puro produzia apenas efeitos obrigacionais, como sociedade de fato, nos termos da súmula 380 do STF. Ainda, invadia-se a intimidade do casal pela necessidade de prova de esforço comum para produção desses efeitos patrimoniais. Apenas com a Constituição a união estável torna-se família, não sem algum descompasso jurídico, que se perpetua até hoje.

Não obstante o reconhecimento da união estável pela Constituição, verificou-se verdadeira evolução para o conservadorismo em termos de simultaneidade familiar (o antigo concubinato impuro, atual concubinato do artigo 1727 do Código Civil). Isso porque era farta a jurisprudência que admitia efeitos, especialmente patrimoniais, nesses casos, o que hoje é infirmado pelo próprio código e por reiterados e recentes julgados do STJ.

Quanto à união estável, ainda se pode aduzir que a forma como foi introduzida pelo ordenamento jurídico infraconstitucional confirma a centralidade do casamento. Trata-se, em verdade, justamente de um casamento informal. Os mesmos impedimentos, presença de deveres para os companheiros e a mesma regra acerca do regime da comunhão parcial de bens como supletivo legal. A atração dessas regras, principalmente a última, para uma família constituída na informalidade beira o absurdo legal, já que naturalmente surpreende todas as pessoas que simplesmente acreditam estar vivendo juntas umas as outras, sem a complexidade das regras jurídicas matrimoniais.

Com efeito, a identificação desse perfil matrimonializador da regulação da família no direito brasileiro aponta para o verdadeiro norte do direito de família na atualidade: não se trata mais de debater quais os limites da família e seu conceito (tema falsamente abordado como progressista, liberal, para conceder muitas vezes menos efeitos jurídicos para determinadas espécies de convivência familiar), mas sim qual a sua função perante a sociedade e, como conseqüência disso, estabelecer o que ela é. Um ordenamento jurídico que se pauta na dignidade, na liberdade e na solidariedade corresponde uma família que tem a função de proteger a autonomia afetiva das pessoas que a constituem, de modo que elas próprias forneçam a definição de família, no caso da sua família.

Proteger e promover essa autonomia privada afetiva, com a inspiração constitucional que tutela e estimula o desenvolvimento livre da personalidade das pessoas, na contemporaneidade, engloba quatro pontos principais e complementares: a aceitação legal de variados modelos de família, a ausência de deveres legais pré-estabelecidos para familiares adultos, a desvinculação das esferas patrimonial e existencial na família e, por fim, a completa ausência de modelos de família pré-concebidos pela lei. Um direito de família interventor é a própria contramão do que se defende para a atualidade. Ele deve ser a sua própria ausência, para não aniquilar as bases pessoas da família e a disposição para a solidariedade espontânea. Controle de constitucionalidade ou reforma legislativa se fazem necessários para esse mister.

Como já aduzido, o primado da dignidade e da liberdade não diz respeito a qualquer taxatividade de formas familiares, ainda mais diante da orientação ideológica e histórica das duas formas de relacionamento entre adultos (casamento e união estável, esta à semelhança daquela). O evidente socorro aos princípios constitucionais admite o *numerus apertus* familiar, mas judicializa a vida dos indivíduos, a quem sobram as tortuosas vias das varas de família para terem efeitos jurídicos familiares muitas vezes reduzidos.

A tarefa do ordenamento consiste em fixar a monogamia, a ausência de parentesco próximo e a presença de relacionamento íntimo como requisitos para a família (casamento ou união estável). Isso não é a família. Há um efetivo estado de família, posição jurídica complexa que caracteriza essa postura de conviver com alguém por tempo indefinido. Cabe a esse ordenamento simplesmente reconhecer esse estado, sem pré-determinar deveres e condutas. Com efeito, reconhece-se a intenção do indivíduo, de maneira tópica e mediante prova processual, em cada caso portanto, se houver conflito de interesses de parte a parte.

Para manifestar essa intenção, basta ter discernimento. Passado esse ponto, não há mais requisitos para a família. Prazo, publicidade, idade mínima, grau de parentesco, relacionamento íntimo e afetivo e monogamia não são mais necessários. Dentre os modelos mais comuns, destacam-se as chamadas famílias anaparentais e simultâneas. No primeiro caso, constituem família e produzem os efeitos jurídicos corriqueiros (principalmente alimentos e sucessão dos bens) os vínculos de pessoas

com ou sem parentesco próximo que dividem um projeto comum de vida. Nessas hipóteses, não configura função do direito a verificação e impedimento (que pode ser visto até como estímulo) de relacionamento íntimo e sexual entre essas pessoas, já que esse é componente de sua intimidade. Quanto ao segundo caso, constituem família e produzem efeitos jurídicos os vínculos poligâmicos, invariavelmente constituídos por duas mulheres e um homem. Incontáveis e pessoais razões levam a constituição dessa modalidade de família, de modo que cabe ao direito simplesmente constatá-las, sem outros requisitos, para que as expectativas que se criam sejam protegidas (uma vez mais, principalmente por meio de alimentos e sucessão dos bens).

De forma semelhante, não pode mais persistir qualquer espécie de tipicidade das relações familiares. Fruto da lógica do direito subjetivo inserida na parte geral e em todo o código civil, bem como do moralismo regulador dessas relações, acarretou principalmente regras de fidelidade e coabitação, relativizadas pela incidência dos referidos princípios constitucionais e pela proteção da intimidade. Não há, portanto, deveres específicos para a conduta exclusiva de adultos na família, mas apenas os deveres gerais de conduta entre pessoas que não são familiares. Trata-se de um modelo de direito de família que tutela ao reconhecer, não ao intervir para tipificar.

Quanto ao patrimônio, verifica-se verdadeira vinculação desse ato de constituir família, existencial em sua essência, com a união patrimonial como regra. Aqueles que não manifestam conjuntamente a sua vontade patrimonial (a regra, como já aduzido, pois se constitui família pela mera tradição), atraem para si a comunhão parcial de bens, inclusive na informalidade da união estável. Em função do componente sociológico, a supletividade se transforma em imposição. Proteger a autonomia privada afetiva envolve a percepção de que eventuais negócios jurídicos patrimoniais (obrigacionais e reais) obedecem a lógica própria do patrimônio: livre iniciativa e liberdade contratual. A constituição da família, complexa por si só, não pode vincular a instituição de condomínios e parcerias patrimoniais, a não ser que essa seja a vontade declarada (por meio de contratos próprios) pelos familiares. Não cabe na contemporaneidade qualquer modalidade de tutela paternalista e infantilizada que pressupõe que os indivíduos são incapazes de administrarem seus patrimônios.

Realizada a providência no sentido de separar patrimônio e família, caracterizada pela separação total dos bens diante do silêncio dos familiares, não mais haverá problema em admitir modelos de família diferentes do padrão monogâmico (já que não há insegurança jurídica, mas apenas constatação da manifestação afetiva, inclusive por menores incapazes), não haverá mais necessidade de regulação de regimes de bens como padrões para serem adotados pelas pessoas, já que a contração patrimonial obedecerá a lógica de qualquer contrato extrafamiliar.

Por fim, a devida proteção da autonomia privada para constituir família corresponde à ausência de qualquer modelo legal de família. Ao legislador, cabe apenas reconhecer que a intenção de constituir família a constitui, em verdadeira cláusula geral de não-direito. Qualquer espécie de celebração, sempre na esfera privada, é escolha particular desses familiares. Costume e tradição não são argumentos jurídicos suficientes para a permanência do casamento civil (ou mesmo da união estável) na legislação.

À medida que se mantém um sistema jurídico matrimonializado, as discussões acerca da família sempre serão as da extensão ou não do casamento a outras formas de relacionamento ou, ao menos, da extensão de seus efeitos jurídicos. Na condenação dessa prática limitadora da doutrina e do Judiciário (que, como exemplo, vem estendendo o casamento a casais de mesmo sexo), afirma-se que a família jurídica é apenas o reconhecimento da intenção de constituí-la, cabendo o restante às próprias pessoas.

No desaparecimento do interesse público em regulamentar a família, desaparece igualmente a necessidade de manter modelos de família previstos em lei. A previsão apenas genérica da família pelo legislador diz respeito à função que ela exerce, ou seja, o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, que não pode ser distorcida ou estimulada por que um determinado modelo de família é legalmente tipificado.

Não seria novidade a abolição legal de um instituto jurídico tradicional, coerente com um certo período histórico, porém não mais necessário e útil. O mesmo ocorreu com os esponsais e as enfiteuses. Desse modo, os casamentos (e uniões estáveis) existentes persistiriam até a sua dissolução ou extinção, impedindo-se a constituição de novos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ALGRANTI, Leila Mezan. *Famílias e vida doméstica*. In:_____. História da vida privada no Brasil 1: cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMARAZ, José. *Niklas Luhman: antes de la autopoiesis: Por la radicalización del funcionalismo hacia la arquitectura de la teoría*. In: POVEDA, Alfonso Pérez-Agote; YNCERA, Ignacio Sánchez de la. Complejidad y Teoría Social. Madrid: CIS, 1996.

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

AMADO, Juan Antonio Garcia. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. In: ARNAULD, André-Jean; LOPES Jr, Dalmir Loper. (Org.). Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARNAUD, André-Jean. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARNAUD, André-Jean. *Liberdade*. In: ARNAULD, André-Jean (Org.). Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BARBOZA, Heloísa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Direito natural*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERLIN, Isaiah. *Rosseau e outros cinco inimigos da liberdade*. Lisboa: Gradiva.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 2. ed. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1980.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

BORDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 13. ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2010.

BREAKTHROUGH britain: every family matters. Artillery Row: Centre for Social Justice, 2009.

CAMPOS, Diogo Leite de. *A invenção do direito matrimonial*. Coimbra: Almedina, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkianm, 1996.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade – uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. V.1.

CASTAN, Nicole. *A comunidade, o Estado e a família. Trajetórias e tensões*. In:_____. *História da Vida Privada: da Renascença ao Século das Luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

CASTRO, Hebe M. Mattos de Castro. *Laços de família e direitos no final da escravidão*. In:_____. *História da vida privada 2*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

CLIVE, Eric. *Marriage: An unnecessary legal concept?* In: EEKELAAR, John; MACLEAN, Mavis (Org.). *A Reader on Family Law*. Oxford University Press, GB, 1994.

CLIVE, Eric. *Marriage and Cohabitation*. In: SCOULAR, Jane (Org.). *Family Dynamics: Contemporary Issues in Family Law*: Edinburgh: Butterworths, 2001.

CONEN HUNTER, Jacques. *Complexidade*. In: ARNAULD, André-Jean (Org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Natureza e Implantação do Novo Direito da Criança e do Adolescente*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Org.). *Estatuto da Criança e do – Estudos Sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

DERRIDA, Jacques. *Fé e Saber*. In: VATTIMO, Gianni; DERRIDA, Jacques. *A religião: o seminário de Capri*. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A união estável*. In:_____. *Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIEZ-PICAZO. *Familia y derecho*. Madrid: Editorial Civitas.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. *Pós-positivismo*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 5.

DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares de vida religiosa*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

ELIAS, Norbert. *Envolvimento e alienação*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

ELIAS, Norbert. *Norbert Elias por ele mesmo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Centauro, 2002.

ENNIS, Jonathan. *Marriage: Redefined and Realigned with Bunreacht na hÉireann*. *Irish Journal of Legal Studies*. V. 1, Issue 2, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Família*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *O princípio do melhor interesse da criança e a suspensão da extradição da genitora de nacionalidade estrangeira*. In: *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Vínculo parental parabiológico e irmandade socioafetiva*. In: Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.): Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de código civil na contramão da constituição. Rio de Janeiro, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, 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.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 5.ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.

FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 20. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

FOCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

FOCAULT, Michel. *História da sexualidade II: o uso dos prazeres*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

FOCAULT, Michel. *História da sexualidade III: o cuidado de si*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51. ed. São Paulo: Global, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Dois mil anos sem um novo Deus*. In: VATTIMO, Gianni; DERRIDA, Jacques. A religião: o seminário de Capri. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4. edição. Porto Alegre, Artmed, 2005.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2. edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSSI, Paolo. *A formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora*. In: _____. História da propriedade e outros ensaios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V.1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

HAMILTON, Vivian E. *Principles of U.S. Family Law*. College of William e Mary Law School. Faculty Publications, 2006.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 4. edição. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*. 3. edição. Publicações Europa – América, 2003.

HESPANHA, António Manuel. *Imbecilias*. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime. São Paulo: Annablume, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNT, Lynn. *Revolução Francesa e vida privada*. In: História da Vida Privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

IBGE. Censo 2010: Uniões consensuais já representam mais de 1/3 dos casamentos e são mais frequentes nas classes de menor rendimento. Disponível em:<
http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2240&t=censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-13-casamentos-sao-mais-frequentes>. Acesso em: 17 out. 2012.

IBGE. *Estatísticas do Registro Civil – 2009*.

IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Seção Família, tabela 4.1.

KOZICKI, Katya. *A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.) *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteuz.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro. Do Direito de Família. Art. 180-329*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor: 1918, p. 11-14 e 159-160. V.5.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEBRUN, François. *As Reformas: devoções comunitárias e piedade pessoal*. In: ARIÈS, Phillippe; CHARTIER, Roger (Org.) *História da vida privada, 3: da Renascença ao Século das Luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEBRUN, François. *O sacerdote, o príncipe e a família*. In: BURGUIÈRE, André; KLAPISCH-ZUBER, Christiane; SEGALIN, Martine; ZONABENS, François (Org.). *História da família: o choque das modernidades: Ásia, África, América, Europa*. Lisboa: Terramar, 1998. V.3.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba: Juruá, 1991.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Barueri: Manole, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. *Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna*. In: Os tempos hipermodernos. Gilles Lipovetsky. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, jun./jul. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, v. 4, n. 12.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES JÚNIOR, Dalmir. *Introdução. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. In: ARNAULD, André-Jean; LOPES Jr, Dalmir Loper. (Org.). Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

LUHMAN, Niklas. *A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito*. In: ARNAULD, André-Jean; LOPES Jr, Dalmir Loper. (Org.). Niklas Luhman: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

LUHMAN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *Patriotismo constitucional e patriotismo republicano*. In: Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar.

MARTIN – FUGIER, Anne e PERROT, Michelle. *Os atores*. In: História da Vida Privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *O Princípio do Melhor Interesse da Criança*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.) Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MENDES, Alexandre Fabiano. *Liberdade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MICHEL, Andrée. *Sociologia da família e do casamento*. Porto: Editora Rés, 1983.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2006.

MONTES, Maria Lúcia. *As figuras do sagrado: entre o público e o privado*. In: História da vida privada no Brasil 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. In: VIERIA, José Ribas (Org.). 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.): Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Perspectivas a partir do direito civil-constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORCATE, Carlos A. Tejeiro. *El sistema matrimonial civil cubano. Principios iinformantes*. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer; GALLARDO, Leonardo B. Pérez (Org.). *Nuevos perfiles del derecho de familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O Direito de Família na solução dos litígios*. In: *Textos de Direito Civil*. Curitiba: Juruá, 1998.

MOTT, Luiz. *Cotidiano e vivência religiosa: entre a capela e o calundu*. In: História da vida privada no Brasil 1: cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

NAVARRO, Evaristo Pietro. *La teoría de sistemas de Niklas Luhman y el Derecho*. In: *El Derecho en la Teoría Social: Diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid, Dykinson, 2001.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- NEVARES, Ana Luiza Maia. *Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada*. In: *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NEVES, Clarrisa Eckert Baeta e NEVES, Fabrício Monteiro. *What is complex in the complex world? Niklas Luhman and the Theory of Social Systems*. In: *Sociologias*. UFRGS – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Vol. 8, n. 15, Jan/Jun/2006.
- NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional*. In: *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NERY JR, Nelson. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- NOVAIS, Fernando A. Novais. *Condições da privacidade na colônia*. In: *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- OLIVEIRA, Guilherme. *Queremos amar-nos... Mas não sabemos como!*. In: *Temas de direito da família*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Volume V*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil Volume VI*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Campinas: Russel Editores, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra Editora, 2005.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

Processo 526489-1, 12ª Câmara Cível do TJ/PR, DJ: 304 12/01/2010.

QUINTANA, Fernando. *Rousseau, Jean-Jacques*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *Família sem casamento: relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Recurso Especial 1117563 / SP, Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 06/04/2010.

Recurso Especial 1107192/PR, Relator Ministro Massami Uyeda, Dje 27/05/2010.

Recurso especial 1157273/RN, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Dje 07/06/2010.

Recurso especial 1096539/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Dje 25/04/2012.

Recurso Especial 1159242 / SP, Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 10/05/2012.

Recurso Especial 1217415/RS, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Dje 28/06/2012.

RENTERÍA, Pablo. *Considerações acerca do Atual Debate sobre o Princípio da Função Social do Contrato*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.) *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIBORDY, François-Xavier. *Vontade*. In: ARNAULD, André-Jean (Org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RIO DE JANEIRO (Estado). Agravo de Instrumento 0050185-57.2011.8.19.0000. Relator: Des. Pedro Freire Raguene. Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível 2008.001.37808. Relator: Des. Celso Peres. Rio de Janeiro, 10 de setembro de 2008.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1130816/MG, Relator Ministro Vasco Della Giustina Dje 27/08/2010.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Terza edizione. Milano: Feltrinelli, 2006.

RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

RUNDLE, Olivia. *An examination of relationship registration schemes in Australia*. In: Australian Journal of Family Law. V. 25, nº 2, Aug 2011.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado) . Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2009.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SALDANHA, Nelson. *Sociologia do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Denis Franco da. *O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.) *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- SILVA, Marcos Alves da. *O nome da mulher: um estudo na perspectiva dos direitos da personalidade*. In: Revista trimestral de direito civil. v. 5. Rio de Janeiro: Padma, 2001.
- SINGLY, François de. *Uns com os outros. Quando o individualismo cria laços*. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.
- SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.
- TABORDA, Jesús Gómez. *El Derecho de Familia en España: breves comentarios sobre dos asuntos concretos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A função dos impedimentos no Direito de Família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consangüíneos ocorrido na Alemanha*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre o direito civil – volume II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 26, out.-nov. 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares*. In: Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional*. In: Temas de direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. *Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. In: Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *Os direitos reais no novo Código Civil*. In: Temas de direito civil – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Unidade do Ordenamento e Teoria da Interpretação*. Editorial da Revista trimestral de direito civil – v. 30 (abril/junho 2007). Rio de Janeiro: Padma.

THERBORN, Göran. *Sexo e poder: a família no mundo, 1900-2000*. São Paulo: Contexto, 2006.

TJ/RS – Agr. de Ins.nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007.

TJ/RS - Agr. de Inst. nº 70022652879, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 10/04/2008.

TJ/SP - Ag. Instr. 567.929.4/0-00, Quarta Câmara Cível, Rel. Designado Francisco Loureiro, j. 11.09.2008.

TJ/SP - Agv. Instr. nº. 609.024-4/4, Oitava Câmara Civil, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 06.05.2009.

VEYNE, Paul. *O Império Romano*. In: História da vida privada: do Império Romano ao Ano Mil. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil. Direito de Família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZATTI, Paolo. *Trattato di diritto di famiglia/Famiglia e matrimonio*. 2. ed. Milano: Giuffré, 2011.