

Coordenação

Regina Beatriz Tavares da Silva
Ursula Cristina Basset



Academia Iberoamericana
de Derecho de Familia
y de las Personas

ADFAS
Associação de Direito de Família e das Sucessões

FAMÍLIA E PESSOA: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS

Alejandra Illanes Valdes
Alexis Mondaca Miranda
Alicia Garcia
Andre Gonçalves Fernandes
Angela Vidal Gandra Martins
Antonio Jorge Pereira Junior
Atalá Correia
Beatriz Ramos Cabanellas
Bernardo Moraes
Carlos Alberto Dabus Maluf
Carlos Alberto Garbi
Columba Del Carpio

Cristina Manuela Araújo Dias
Débora Gozzo
Eduardo C. Silveira Marchi
Eduardo de Oliveira Leite
Graciela Medina
Irma Pereira Maceira
Ives Gandra Da Silva Martins
Jorge del Picó Rubio
José Rogerio Cruz e Tucci
Julio Luis Gómez
Mabel Rivero de Arhancet
Marcela Acuna San Martin

María Magdalena Galli Fiant
Otavio Luiz Rodrigues Junior
Regina Beatriz Tavares da Silva
Ricardo Rossetti
Rosa Maria B. Borriello de Andrade Nery
Rossana Martingo Costa Serra Cruz
Theodoreto de Almeida Camargo Neto
Ursula Cristina Basset
Venceslau Tavares Costa Filho
Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira
Vitor Frederico Kumpel



1ª Edição: ago/2018; 1ª tiragem - São Paulo - SP

Direção de Arte e Diagramação: Thiago Marchetti Holanda
Capa e Produção Gráfica: Joint Design e Tecnologia
Assistente de Produção: Fernando Gomez
Impressão e Acabamento: Expressão e Arte

Ficha Catalográfica elaborada pela bibliotecária
Eliana Martins Pereira - CRB 8ª/8354

F198 Silva, Regina Beatriz Tavares (Coord.)

Família e Pessoa: uma questão de princípios / coordenadoras

Regina Beatriz Tavares da Silva; Ursula Cristina Basset et al. – São Paulo: YK, 2018.
768p.

ISBN: 978-85-68215-32-6

Artigos utilizados para discussões do V Congresso Iberoamericano de Direito de
Família e das Pessoas.

1. Família 2. Direito de Família 3. Evento I. Congresso II. ADFAS
III. Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas
IV. Título.

CDU 347.6

Índice para catálogo sistemático:

I – Direito da Família

347.6

Data de fechamento da edição: 21/08/2018

ANTONIO JORGE PEREIRA JÚNIOR

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR)

Líder do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq)

Fundador da Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas.

Membro da ADFAS - Associação de Direito de Família e Sucessões.

Advogado (OAB/SP e OAB/CE) e árbitro.

antoniojorge2000@gmail.com

A família entre as modalidades convivenciais do Direito e a distinção entre ser, pensar, agir e sentir-se família

*The family between the cohabitation modalities
of the Law and the distinction between being,
thinking, acting and feeling family*

Resumo

O apresenta percepções sociológicas, filosóficas, antropológicas e jurídico-constitucionais sobre a família, com o intuito de auxiliar na percepção de notas estruturais que permitam identificar uma entidade como apta a ser tratada como família pelo Direito. Entende-se que o alargamento do conceito jurídico de família, sem critério objetivo e sem limite, leva, de rigor, à perda da compreensão dos atributos próprios que a diferenciam de outros agrupamentos e associações de natureza convivencial, e que devem receber tratamentos jurídicos diversos, ainda que assemelhados ao da família.

Palavras-chave

Família; perspectiva sociológica; perspectiva antropológica; agir; ser; sentir; parceria vital.

Abstract

The present work presents sociological, philosophical, anthropological and juridical-constitutional perceptions about the family, with the purpose of assisting in the definition of structural notes that allow the identification of an entity as being apt to be treated as family by the Law. It is understood that the expansion of the legal concept of family, without limits or objective criteria, leads to the loss of comprehension regarding the attributes that differentiate it from other groups and associations of convivial nature, which must receive distinct legal treatments, although similar to the treatment reserved for family.

Keywords

Family; modalities of coexistence; legal perspective; sociological perspective; anthropological perspective; vital partnership.

Sumário

Introdução; 1. Uma perspectiva sociológica da família; 2. Uma perspectiva filosófica da família; 3. A família entre o ser, o pensar, agir e o sentir; 4. A família entre a afetividade e solidariedade; 5. O imaginário da família a partir dos anos 1960 e a família constitucional no Brasil de 1988; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

Introdução

O presente ensaio tem por escopo compartilhar percepções sociológicas, filosóficas, antropológicas e jurídico-constitucionais sobre a família que possam auxiliar na reflexão acerca de notas objetivas que facilitem o reconhecimento jurídico de uma entidade como família (âmbito do ser), em face de visões que entendem ser suficiente a presença de elementos subjetivos como a família-imaginada (âmbito do pensar), a família-funcional (âmbito do agir) ou família-sentida (âmbito do sentir). Entende-se que o alargamento do conceito jurídico de família sem a consideração de notas estruturais ou objetivas, desde uma perspectiva social e filosófica levaria, de rigor, ao esvaziamento do próprio conceito, encobrendo-se atributos que diferenciariam objetiva, sociológica e filosoficamente, de agrupamentos e associações de natureza convivencial a ela assemelhados e que justificariam um tratamento jurídico diverso.

1. Uma perspectiva sociológica da família.

O empreendimento reflexivo que se realiza tem como uma das fontes a obra *A família como raiz da sociedade*, de Pierpaolo DONATI, sociólogo e Professor da Universidade de Bolonha, publicado em língua espanhola no ano de 2013¹. O livro apresenta a família como uma “realidade relacional” a servir de base e raiz para todas as demais relações sociais, porque nela se prepara originariamente a pessoa para a sociabilidade².

¹ Cf. *La familia como raíz de la sociedad*, Madrid, BAC, 2013.

² Outra obra de valor, para o presente estudo, mas que é comentada sobretudo em outro artigo, é A. BERNAL (ore). *La Familia como Ambito Educativo*, 2ª ed., Madrid, Rialp, 2009. São vários estudos interdisciplinares

DONATI considera que a sociedade é constituída a partir da família em uma relação de interdependência contínua. A família seria o bem relacional primário. A reflexão por ele desenvolvida serve para discussões e debates levados a termo por doutrinadores de Direito de Família, bem como para decisões judiciais, especialmente dos Tribunais Superiores. Algumas das ideias por ele desenvolvidas podem auxiliar o Direito na compreensão do fenômeno familiar em perspectiva sociológica³.

DONATI examina atributos que seriam permanentes em entidades tipicamente familiares, desde uma abordagem que reconhece certa objetividade dos componentes de uma estrutura familiar. Ao mesmo tempo, apresenta situações contemporâneas que teriam tornado difícil a identificação e percepção de tais.

No começo do livro, afirma a necessidade de se reavaliar e atualizar o significado da ideia de família. Há diferentes tipos de convivências no século XXI. Mas nem todos possuem natureza familiar, assim como nem todos contribuem de igual modo para o bem da sociedade, ainda possam ser assim avaliados ou significados subjetivamente. Neste contexto, com vistas a distinguir o que seria próprio de uma entidade familiar, desde uma análise sociológica e objetiva, ele traça o que denomina de "genoma" da família e, ato contínuo, perpassa a dinâmica familiar, desde a qual identifica efeitos relacionais do ambiente familiar que impactam na vida social e auxiliam a compreender porque mereceria tratamento diverso.

Apesar de conter atributos relacionais perduráveis, a família não é estrutura estagnada no tempo. "A família contemporânea vivencia um processo de profunda morfogênese social. A morfogênese, como o termo diz, significa a produção de novas formas sociais que mudam as estruturas familiares anteriores"⁴. A pluralização a que o conceito está submetido demonstra, sua perspectiva evolutiva. Neste sentido, DONATI reconhece um pluralismo no qual as mudanças funcionais e estruturais representam a vitalidade da família. Todavia, chama a atenção, ao mesmo tempo, a um certo "pluralismo patológico" que, de rigor, culminaria na

do individualismo que gera uma experiência da realidade familiar como uma sociedade de caráter associativo, mecânico, onde os membros vivem para a própria satisfação acima de tudo, sem adentrar no contexto de âmbito educativo da família, como manancial de crescimento de todos que a integram, tendo a experiência de vivê-la como comunidade, ou seja, em vínculos mais fortes (pp. 22-23)

³ A título de ilustração, fixa-se abaixo o sumário da obra, no qual se evidenciam a versatilidade e verticalidade da explanação científica e filosófica dadas ao tema, e que servem para inspirar o *modus operandi* das instituições políticas, judiciais e educacionais que lidam com a família. Introdução: Entender as razões da família; Capítulo 1: A família como realidade relacional; Capítulo 2: A família no horizonte da história; Capítulo 3: A identidade masculina e feminina: distinções e relações para uma família e uma sociedade adaptadas à pessoa humana; Capítulo 4: O casal e a família: em busca de um "nós" para sermos nós mesmos; Capítulo 5: As virtudes sociais da família; Capítulo 6: A família contemporânea entre fatos empíricos e normas éticas: comparação com o pensamento social católico.

reconstitucionalização da família⁵. Logo, haveria limites que dizem com a conceituação, e não além das leituras subjetivas comuns no começo do século XXI.

O sociólogo de Bolonha entende, por exemplo, que a família não existiria de modo completo sem a diferença sexual, pois na composição entre homem e mulher se atualiza e manifesta com maior sinergia potencial sua verdade, beleza e bondade. Desenvolve um raciocínio acerca da identidade masculina e feminina na família, as mudanças de papel e os diferentes modos de relacionamento dentro da organização familiar. Isso sem qualquer índole de discriminação em relação a outras modalidades convivenciais. Ele parte de uma análise objetiva acerca de situações que perpassaram os séculos da História sem controvérsia quanto à sua natureza de raiz da sociedade, ou seja, fonte.

O genoma da estrutura relacional da família teria como elementos próprios o dom de si interativo, a reciprocidade, a generatividade e a sexualidade vivenciada como amor conjugal. "A forma familiar de relacionamento interpessoal coincide com uma escolha de amor conjugal, que se abre para um projeto arriscado da vida comum, buscando a sua plenitude nos meios de regeneração contínua vivendo um para o outro"⁶. A família não seria, portanto, apenas um lugar de afetos e sentimentos, muito menos uma residência e um patrimônio, mas, antes, e sobretudo, uma relação social que se projeta para além do lar. Pode-se dizer que as entidades de perfil familiar produzem como que uma segunda natureza para além das individualidades, sendo ela uma sociedade ou comunidade real que, por isso mesmo, faria jus a um tratamento diferenciado.

O professor da Universidade Bolonha afirma que o debate contemporâneo acerca do pluralismo de formas de família tem sido marcado por duas teses antagônicas. Uma que entende que o pluralismo seria produto de uma evolução determinista, produzindo-se como resultado o aumento da variabilidade e o desmonte da "família tradicional", que se tornaria, assim, marginal, tese difundida ao arpejo das estatísticas, pois tal modalidade permanece, com adaptações de papéis às novas circunstâncias existenciais. A segunda tese, por outro lado, afirma que o pluralismo redundaria basicamente em tendências negativas, regressivas e socialmente degradantes, estando tal visão estacionada em uma única representação social de família.

⁵ "A família torna-se "plural" por duas grandes ordens de motivos de cada época ou, em qualquer caso, de longa duração: a) Por um lado, é modificada pela afirmação de um processo cultural de "individualização [cultura individualista crescente] dos indivíduos", ou seja, da crescente importância atribuída à subjetividade das pessoas, no quadro de um crescimento geral da importância dos direitos de cidadania (civil, política, social, humana) individual; Este processo tende a reduzir os direitos da família enquanto uma entidade supra-pessoal, dotada de uma objetividade própria externa aos indivíduos singulares; b) Por outro lado, a família modifica-se pela prevalência, como princípio típico da modernidade, de um processo sistêmico que se desenvolve alentando e reorganizando continuamente os laços sociais. Esse processo comporta uma contínua desconstrução e reconstrução dos laços familiares com base em objetivos de ocasião" - P. DONATI, *La familia* cit. (nota 1 *supra*), p. 53.

Mais do que falar de uma crise irreversível, ou mesmo de desaparecimento da família, deve-se falar de um processo de diferenciação social do qual a família se aproxima. Este processo implica: a) que as estruturas familiares tradicionais são colocadas em discussão; b) que expectativas e comportamentos familiares são subjetivados; c) que os papéis familiares são redefinidos de maneira extremamente articulada, isto é, o complexo dos direitos-deveres, privados e públicos, vinculados ao status de pessoas como "familiares" de outras pessoas⁷

É necessário, assim, elaborar uma nova semântica adequada à pluralidade, com termos que permitam ao mesmo tempo diferenciar a identidade peculiar da família em contraste com outras formas analógicas e metafóricas dela. Nesse contexto, demanda-se esforço intelectual para melhor compreensão da morfogênese da família, mediante a qual se avaliariam as formas convivenciais a partir de três critérios empíricos e necessários para sua consideração da família: a vitalidade interna (capacidade de regeneração), a capacidade de responder às expectativas da sociedade (socialização, responsabilidade para com as crianças) e a capacidade de se sustentar quando em confronto com outras formas familiares (grupos étnicos não ocidentais, por exemplo).

O livro expõe ainda o conceito de "cidadania familiar", ou seja, a família como entidade civil para além do indivíduo isoladamente considerado, revelando-se, efetivamente como um "outro ser" real e distinto. Essa ideia leva ainda a transcender o modelo assistencialista do Estado agir perante a família, devendo ele reconhecer e atender direitos da unidade familiar, titular de direitos.

Do conjunto das ideias expressas em *Família como Ratz de la sociedad*, vale especialmente a esta reflexão, pelo alcance prático-jurídico, a ideia de que a família traduziria uma relação estrutural e simbólica capaz de generalizar a sua ética original, enquanto outras situações, diversas dela, diferenciam-se por suas funções e por seus respectivos subsistemas internos. Isso, por si, levaria à justificativa de um tratamento normativo diferenciado.

Em suma, diante do progressivo individualismo da sociedade, a obra reivindica a família como sujeito social e como âmbito de humanização das pessoas e da própria sociedade. A família é vista como o paradigma do reconhecimento do outro através do dom (especialmente o dom do reconhecimento). Assim, tem um caráter super-funcional, isto é, um fato social total que implica todos os níveis de existência (acima de outros relacionamentos primários, como a amizade). E isso explica também que o relacionamento familiar seja fonte de virtudes específicas: pertencimento recíproco incondicionado, lealdade, disponibilidade. Dessa forma, a família é considerada uma instituição que promove

agregação de valor social, pois oferece um modelo fiducial de vida gerador de capital humano e social primário⁸ (tradução nossa).

Vistas as ideias gerais de uma obra que merece atenção de estudiosos do Direito de família, passa-se no item seguinte a uma análise talvez mais próxima do cenário brasileiro. Do que se reportou acima, chama-se a atenção à possibilidade de refletir acerca da diversidade de situações convivenciais, com projeção de efeitos diferentes sobre a sociedade. Além disso, em contraste com certa linha de doutrinadores do Direito de Família no Brasil, o sociólogo de Bolonha não coloca os afetos como dimensão principal da família. Porque efetivamente não são os sentimentos os seus elementos estruturantes, nem mesmo no direito vigente no País.

2. Uma perspectiva filosófica da família

Instaurado o questionamento acerca da substância da entidade familiar, vale advertir que a própria noção de "família-função", ou seja, aquela que se faria pela ação, de rigor, pressuporia, lógica e ontologicamente, a família-estrutura, porque as *funções* percebidas, mesmo se quiserem reduzi-las ao campo da afetividade ou da segurança, surgem de uma práxis vivenciada a partir de uma *estrutura relacional* sedimentada, posto que "o agir segue o ser". Ou seja, as potencialidades dinâmicas de uma entidade estão alicerçadas em sua própria estrutura. Neste sentido as palavras de João BAPTISTA VILLELA⁹:

"O casamento é menos uma criação que se deixe fazer, refazer ou desfazer pelo direito do que um produto cultural sedimentado ao longo dos milênios. É certo que evoluiu no horizonte do tempo. Assumiu, desde a mais remota antiguidade, formas variadas. Mas o que consente dizer que suas *formas* se alteraram na linha do tempo, sem sacrifício do *conteúdo*, é, precisamente, a permanência e a imanência de alguns elementos que deram ser e identidade ao instituto" (grifos no original).

Sendo um fenômeno impulsionado pela natureza social e vinculado à sustentabilidade humana, a situação mais corrente da vida familiar observada na História é a vivência da relação monogâmica entre homem e mulher nas diversas civilizações, incluindo-se aquelas sem influência do ideário judaico-cristão. Assim, vale notar que o argumento de uma família puramente funcional, em verdade, incorre na incongruência de nomear uma situação

⁷ Cf. R. MUÑOZ, *Resenha do livro La familia como ratz de la sociedad*, in *Scripta Theologica* 46 (2014), p. 817.

⁸ Cf. *Adaptation to Genetic Homosexuality: Inadmissibility*, in *Carta Forense* (São Paulo), 1-6-2009, disponível em

convivencial como tal, sendo que as referências para afirmá-la como *família* pressupõem traços observados em modelos estruturais.

A flexibilização máxima do conceito faria que toda situação imaginária e subjetiva pudesse ser validada pelo Direito como família, tendo por fonte o desejo ou afeto particulares dos conviventes. Desse modo não restaria substancialidade ao conceito jurídico de família e, logo, o próprio conceito perderia sentido, sendo mera expressão que traduziria coletivos de percepções subjetivas, muitas vezes fluidas e instáveis, que assumiriam, aqui e ali, alguns dos papéis realizados pela ideia de família constante na representatividade social. Nessa mesma lógica, os deveres de auxílio que se vinculam à entidade familiar fragilizam-se mais ainda, pois seriam reféns dos sentimentos. Instalar-se-ia maior insegurança nas relações jurídico-familiares e, logo, gerar-se-ia uma instabilidade social sem precedentes.

Nesse contexto, é relevante ir além do "sentir" para perquirir as notas remanescentes do conceito que confeririam a identidade de família a determinada espécie de "convivência". Também dentro do próprio conceito de entidade familiar é possível e oportuno diferenciar modalidades ou tipos, que manifestam a diversidade entre os modos de relacionamento familiar. Essa percepção está implícita na Constituição do Brasil de 1988, pois ali se fez constar que "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (Art. 226, § 3º). Reconhecem-se modalidades diferentes na categoria de família, e isso acontece na própria gênese dela e não apenas na dinâmica intrafamiliar instaurada. Assim, o próprio texto constitucional serve de fundamento para distinção de tratamento segundo a preferência de um determinado tipo de convivência para a vida social, seguindo-se estímulo para as situações mais completas e estáveis desde a arquitetura estrutural sócio-jurídica¹⁰.

O sentimento é componente da vida. Subjetivamente, por laços afetivos, tendemos a considerar como familiares aqueles que, próximos a nós, desenvolvem conosco laços de particular carinho e tenham influenciado nossas vidas, mesmo sem liame jurídico entre nós. Também os animais domésticos a que nos vinculamos afetivamente são considerados subjetivamente membros de nossa família. Nos dois casos, no simples fato de tratarmos os seres amados como membros de nossa família, por extensão, demonstra-se, pela simples lógica do pensamento e da situação, que a ideia de família, para aqui ser alargada, parte de uma perspectiva antecedente e mais restrita. Ou seja, repousa sobre uma base de caráter estrutural, cuja ideia permanece em nosso imaginário, com representatividade social.

É fato que a escolha quanto ao modo de tratar juridicamente deveria decorrer de como a sociedade política valora ou hierarquiza as situações convivenciais segundo perceba, objetivamente, sua necessidade para o bem comum, de modo a orientar a aplicação prioritária de recursos públicos, também escassos, segundo uma ordem proporcional do

ao menos necessário ou conveniente, em uma perspectiva social, o que é próprio da prática denominada distributiva¹¹.

Por exemplo, a presença dos termos "especial proteção" e "prioridade absoluta", nos dispositivos 226 e 227 da Constituição Federal do Brasil de 1988, são sinalizadores de situações que merecem maior atenção do Estado e da sociedade civil, sendo, logo, realidades que devem ter políticas públicas e dotação orçamentária preferenciais ou diferenciadas. Ou seja, no Brasil há fundamento constitucional para diferenciação legal das entidades familiares.

Ainda que uma dada sociedade decida prescrever efeitos jurídicos assemelhados ou não iguais para situações convivenciais diversas, não seria correto negar diferenças ônticas (âmbito do ser) e deôntica (âmbito do dever-ser ético) entre situações convivenciais que guardassem conexão com a maior ou menor necessidade de umas e outras para a própria sustentabilidade da sociedade civil. Isto não depende e não se confunde com necessidade ou pretensão subjetivas de cada pessoa isoladamente considerada e envolvida na respectiva situação.

A tutela da pessoa, individualmente considerada, é garantida por outras normas, arreçadas de máxima coerção, sem que se deva instrumentalizar os dispositivos sobre a família para esta finalidade. Neste sentido se compreende outra disposição do artigo 226 da Constituição de 1988: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". Quando alguma prática de violência intrafamiliar ameaçar a algum membro, caberá uma ação diferenciada para protegê-lo. Mas também aqui, a tônica está na família, em princípio um bem para todos, como se depreende do texto que diz "*assistência à família na pessoa de cada um*". Ou seja, não cabe uma interpretação individualista como alguns autores dão a este texto, deslocando totalmente a foco da família. Diferente é a tutela da pessoa contra a violência mediante o Código Penal, que pode também co-ocorrer no caso, tendo por intenção imediata a defesa da pessoa que é vítima da agressão.

Portanto, a função primordial das normas sobre família têm por escopo, na lógica do artigo 226, atender às famílias, certas situações sociais com características que possam ser reportadas como necessárias na composição da base social, sem com isso desqualificar outras relações que cada pessoa possa estabelecer. O ponto de vista aqui prevalecente é o da "ordem social", denominação do Título VIII da Constituição, dentro do qual se regula o tema da família. Diferente é a função do artigo 5 da Constituição, que está inserido no Título II, dedicado ao tema "dos direitos e garantias fundamentais", sob o Capítulo I, especificamente concebido para tratar "dos direitos e deveres individuais e coletivos".

¹⁰ Cf. A. L. PEREIRA JÚNIOR, *Hierarquia*...

¹¹ Todavia, ao mesmo tempo, convém recordar que o reconhecimento social dos diversos modos de convivência

Isso é importante de ser afirmado porque a busca de favorecimento legal para certas categorias convivenciais levou muitos a negar a distinção objetiva entre tais, afastando-se, até mesmo, da bandeira da diversidade, que foi alicerce do movimento de promoção de direitos do grupo LGBT. João BAPTISTA VILLELA afirmava, nesse sentido, que a linha argumentativa de equalização entre as entidades convivenciais revelaria incoerência e enfraqueceria o argumento de quem defendia direitos em nome da diferença¹². Por essa razão, institutos a serviço de situações diversas deveriam trazer nomes adequados para ressaltar a diversidade, mesmo que viessem a prescrever idênticos efeitos jurídicos. Seria solução mais adequada para ressaltar o pluralismo e respeitar a consciência da dessemelhança.

Por outro lado, forçar a apreensão de realidades diversas como sendo iguais, por sua vez, seria uma violência. Neste sentido, a exigência de afirmação de igualdade substancial entre situações diversas configura uma coação moral e intelectual. A imposição pode acobertar estratégia de implosão cultural de noção de família secundada em uma perspectiva estrutural, a partir da qual melhor se lhe compreende como "base da sociedade", tal qual expresso no artigo 226 da Constituição Federal.

Outro equívoco comum nessa matéria é a confusão entre *igualdade individual* e *igualdade de sociedades desiguais*. A dignidade de toda pessoa humana, pelo simples fato de ser humano, é *aprioristicamente* igual, porque a condição *humana* não é alterável e o termo não tem conotação moral. Diferente é a avaliação das atitudes praticadas pelos seres humanos. Elas podem ser qualificadas como mais ou menos dignas e mais ou menos indignas, exatamente porque a valoração da conduta e da associação de pessoas humanas varia conforme a intenção e a ação e os efeitos respectivos.

¹² "Um progresso de extraordinário alcance político e social que vem se manifestando de alguns anos a esta parte é a superação de arraigado preconceito em relação aos homossexuais. Discriminados, perseguidos e até exterminados em tempos nem tão recuados assim, o avanço da tolerância e do discernimento acabou por lhes devolver o lugar que sempre lhes pertenceu na sociedade, mas que lhes era subtraído de forma ora ostensiva, ora dissimulada: o de cidadãos portadores da imaneente dignidade de todos os seres humanos. Conquanto resíduos de indisposição a seu respeito ainda se revelam aqui e ali, o clima geral é o de reprovar a conduta de quem, por obscurantismo ou limitação mental, insiste em tratá-los com desdém ou reservas. Generaliza-se cada vez mais o reconhecimento e a merecida deferência a proeminentes figuras que, nas ciências, na literatura, nas artes e na política não escondem sua orientação homossexual. (...)

Tem-se a impressão de que o ativismo homossexual, ele próprio, ainda não se deu conta de uma velha advertência de Louis Jossierand, nos idos de 1937, a propósito das tendências que se desenhavam então para a teoria dos contratos: "A tempos novos, instituições novas". O que se vê é homossexuais, por inércia ou simples acomodação, se empenhando em recorrer a institutos que têm indelével marca de heterossexualidade e que não estão nem nunca estiveram acomodadas ao particular modo de ser homossexual. Para usar um recurso da fraseologia corrente nesse domínio, parece que os homossexuais, no fundo, insistem em *não sair do armário*. Ou o fazem com tal insegurança, que se querem ver logo vestidos com o manto protetor de institutos heterossexuais. Ai podem, de novo, dissimular sua condição. Como se o custo social ou psicológico de sua emigração do armário fosse tão oneroso que, passado um primeiro momento de coragem, voltassem a preferir o ninho acolhedor do disfarce. Em outras palavras, saem de um armário para se esconderem em outros" - J. B. VILLELA, *Adoção civil*, (nota 9 *supra*).

O tratamento diferenciado das associações humanas é desdobramento da igualdade, na proporcionalidade de suas peculiaridades. Com base nisso, a Corte Constitucional Francesa, em decisão de 27 de janeiro de 2011, negou pedido de duas mulheres que desejavam casar-se na época, e afirmavam que a exigência de diversidade sexual do Código Civil era contrária à igualdade constitucional¹³.

3. A família entre o ser, o pensar, agir e o sentir

A distinção entre ser, pensar, agir e sentir pode servir para orientar a reflexão acerca de como o Direito poderia se debruçar sobre situações convivenciais que pretendem ser tratadas sob a perspectiva jurídica de família. Essa análise parte de um viés antropológico.

No dia-dia podemos ver pessoas que, pelo fato de conviverem e se sentirem família, pretendem ter direito de receber *igual* reconhecimento jurídico de outras modalidades familiares. Por exemplo, recentemente a Folha de São Paulo publicou matéria que mostrava um conjunto de três pessoas – dois homens e uma mulher – que se diziam prejudicados com a decisão do Conselho Nacional de Justiça de proibir a lavratura de escritura pública¹⁴.

No ano de 2011, a Corte Constitucional da França, em decisão de 27 de janeiro, afirmou que o Código Civil francês, ao limitar o casamento a pessoas de sexo diferente, não ferira a igualdade preconizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que na França tem *status* constitucional.

Julgara a Corte francesa que o legislador infraconstitucional era livre para, mediante lei, tratar diferentemente situações que, de fato, mostravam-se diferentes, como era o caso da união entre pessoas de mesmo sexo e da união de pessoas de sexos diferentes. O caso que a Corte julgara tivera início mediante solicitação de duas mulheres que pleiteavam casar. Elas questionavam judicialmente a exigência de diversidade sexual para o casamento no Código Civil francês. A Corte francesa disse que para o efeito pretendido pelas partes, o caminho seria o Congresso Nacional francês, que teria competência para legislar e que a Corte não poderia substituí-lo. O trecho mais relevante da decisão diz: "9. Considerando, por outro lado, que o artigo 6 da Declaração de 1789 dispõe que a lei deve ser a mesma para todos, seja quando ela protege, seja quando ela pune; que o princípio da igualdade não se opõe a que o legislador regule de maneira diferente, situações diferentes, nem que se derogue a legalidade por razões de interesse geral, visto que, em um ou outro caso, a diferença de tratamento de que daí resulta seja vinculada diretamente ao objeto da lei que o estabelece; que, no momento, o princípio segundo o qual o casamento é a união entre um homem e uma mulher, o legislador tem, no exercício da competência que lhe atribui o art. 34 da Constituição; considerando que a diferença de situação entre casais do mesmo sexo e casais compostos de um homem e de uma mulher podem justificar uma diferença de tratamento quanto às regras do direito de família; que não cabe ao Conselho Constitucional substituir sua apreciação àquela do legislador, sob o prisma, nesta matéria, desta diferença de situação; que, por consequência, a pretendida violação ao artigo 6 da Declaração de 1789 deve ser descartada; 10. Considerando que, do exposto resulta que a queixa de violação à liberdade de casamento deve ser rejeitada; 11. Considerando que as disposições contestadas não são contrárias a nenhum direito ou liberdade que a Constituição garante; Decide: 1) O último parágrafo do artigo 75 e o artigo 144 do Código Civil [união estrita entre homem e mulher] estão conformes à Constituição; 2) Esta decisão será publicada no Jornal Oficial da República Francesa e notificada nos termos do artigo 23-11 da Portaria de 07 de novembro de 1958 acima referida" (grifos nossos).

Sobre a onda de subjetivação da função cartorial, ao arripio da lei a dos fins sociais primordiais da atividade

"Que sei eu do que serci, cu que não sei o que sou? Ser o que penso? Mas penso ser tanta coisa! E há tantos que pensam ser a mesma coisa que não pode haver tantos!"¹⁷. Outros versos de Álvaro de Campos na Tabacaria. Pelo pensamento podemos nos imaginar milhares de coisas. Mas, de rigor, poucas delas condizem com nossa realidade. Deveria o Direito regular a vida em sociedade segundo a imaginação das pessoas e entidades? Seria isso correto?

Posso pensar-me herói. Mas isso não me torna herói. Uma vez imaginado, posso até sentir-me como tal. Além disso, posso ler um romance e, a partir da imaginação, experimentar algumas sensações dos personagens. Mas isso não faz com que, de fato, eu me torne o personagem. Não altera minha natureza. Porque nem o pensar, nem o agir, nem o sentir alteram a natureza do meu ser. Podem, sim, fazer-me evoluir ou involuir dentro da minha categoria de ser. A partir de meu ser posso alinhar pensamento, comportamento e sentimento à minha substancialidade. Ou seja, de rigor, o pensamento será melhor ativado e partir da percepção de minha realidade *extra mentis*, objetiva. E assim, com a consciência de si, com a posse de um melhor conhecimento sobre si, melhor se poderia guiar a própria conduta, em harmonia com o ser.

A observação do fenômeno familiar, ao longo da História, revela uma estrutura essencial de família. É preciso contemplar tal realidade e dela aprender, para apreender seus elementos essenciais. A ideia de pai, mãe e filho compõem esse núcleo. Isso não é demérito para outras situações convivenciais. Simplesmente é o núcleo a partir do qual se estabeleceram regras gerais de organização da família e da sociedade ao longo dos séculos. Há situações que a ela são assemelhadas analogicamente -- algo semelhante a algo diferente-, sem com ela se confundir. E há outras apenas metaforicamente são associadas a elas.

Voltemos ao adágio "o agir segue o ser". Tal afirmação traduz a ordem de causalidade virtual e imperada do *dever-ser* ético, espelho do Direito. Remete-se-nos aos conceitos de ato e potência de Aristóteles. *Deve ser* (em ato) conforme o próprio *ser* (potência). Na sentença anterior, aparece duas vezes a expressão *ser*. Na primeira, *ser* é verbo. Na segunda, *ser* é substantivo. Este *ser* do final da frase, substantivo, é reconhecido a partir da observação do que se é. Do *ser* segue-se o *dever-ser*.

A filosofia, a literatura, a arte, trazem expressões da excelência humana, onde se percebe a completude do ser humano, o seu *ser* pleno. Ao mesmo tempo, também descrevem as mazelas, os defeitos, as atrocidades que podemos cometer: o *não-ser* que, logo, por derivação, gera o imperativo negativo ético *não-deve-ser*¹⁸. A chamada à existência, evidentemente, é um convite para a consumação do melhor, a partir da situação de cada qual. Um convite de otimização para maior resultado de bem particular e comum. O "ser ou não ser" de Hamlet,

Shakespeare, vem nesse mesmo sentido. *Ser* (pleno), conforme o *dever-ser*, de nobreza ou *não-ser* (em discordância da atitude mais nobre), para realizar a vingança.

O termo *realização*, por exemplo, expressa o avanço concreto do *ser* como se deve ser, no tempo e nas circunstâncias de cada um. A pessoa *realizada*, nesta perspectiva, é aquela que realizou, em si, mediante a conduta, os fins elevados que potencialmente estavam em sua condição humana, nos limites de sua capacidade, e segundo suas possibilidades existenciais.

Outras máximas da Ética clássica traduzem o pressuposto ôntico subjacente ao ético. O aforisma "Conhece-te a ti mesmo", que estaria no Templo de Delfos, e que Platão expressa como sendo uma máxima repetida por Sócrates, parte dessa ideia. Ao lado dela, pode-se colocar o imperativo "Torna-te o que és!", atribuída a Píndaro. Tal locução expressa também a conexão entre a vocação à excelência e o convite da consciência à sua realização no tempo e no espaço. Novamente, ato e potência. São termos de quem admite que há notas essenciais no humano, que lhe servem de guia para a ação¹⁹. Naturalmente há conexão entre as duas máximas²⁰. Sem a perspectiva de uma referência objetiva, que inspire e possa servir para modelar o pensamento, há uma tendência a abraçar a miragem projetada em nossa imaginação por situações e sensações. Por vezes, essas *sensações* ou *imaginações* que predispõem à ação estarão alinhadas ao próprio ser, na perspectiva da melhor versão do humano. Outras vezes não.

Neste sentido, convém alertar que, mesmo pessoas que vivem com referenciais que coincidem com uma base objetiva do *ser*, segundo o modelo mais pleno, podem fazê-lo somente desde a projeção dela em seu imaginário, sem atingir a compreensão essencial da dignidade e da categoria humanas. Ou seja, podem estacionar em uma perspectiva meramente subjetiva, calcada em sensações e impressões, antes que alicerçada no entendimento consciente da essência humana.

Isso explicaria porque, por vezes, ocorre crises existenciais em pessoas aparentemente harmonizadas em sua conduta aos padrões éticos mais elevados. De repente, passam a adotar estilo de vida oposto ao anterior. Talvez seja simplesmente porque não possuíam o domínio consciente do modo como viviam. Não captaram a realidade em sua substância. Simplesmente, aquele modo de viver coincidia com a conduta mais comum no ambiente no qual foram educadas, servindo-lhes de estímulo ou emulação, ao tempo em que experimentavam uma dada satisfação em viver daquele modo. Mas, quando experimentaram frustração ou desgosto naquele contexto, incidentes que compõe o claro-escuro de qualquer vida humana média, se não possuem bases compreensivas adequadas da Ética que praticava, veem-se perdidas, vulneráveis, sem saber como reagir.

¹⁷ Disponível em <https://www.insite.com.br/art/pessoaficcoeslacampos/456.php> [27-7-2018].

¹⁸ Nesse ensaio não se está a tratar de situações psicológicas diferenciadas, que reclamam tratamento e considerações particulares e especiais.

¹⁹ O próprio termo "essência" foi polemizado na filosofia, e há Escolas que negam sua existência, a modo de um agnosticismo acerca da verdade.

²⁰ Cf. L. G. BRAZIL, *Do "conhece-te a ti mesmo" ao "torna-te o que tu és" - Nietzsche contra Sócrates em Ecce Homo*, in *Revista Brasileira de Filosofia*, N.º 11, v. 5 (2013), pp. 30-45.

uma vida romântica, a percepção de valor do modelo clássico, que servisse de motivação, decaiu. Mas não desapareceu em razão de sua necessidade para a sustentação social.

A família entre a afetividade e a solidariedade

Pensando em matéria de Direito de Família, a crise na compreensão do que seria próprio da família como projeto existencial e social de caráter transcendente, aliado a uma atmosfera superficial e sensorial, facilitará a atração e fama do denominado "princípio da afetividade". De rigor, o que haveria de sólido na estrutura da relação familiar não é a afetividade, senão a própria vocação à solidariedade que é realidade de sociabilidade. Esta nota ultrapassa a questão da sensação individual e pode trazer um alicerce para uma ação baseada no próprio *ser* da família porque derivada da condição humana independentemente da instabilidade afetiva²¹.

Sobre isso, vale a exposição de João Carlos ALMEIDA, Doutor em Educação pela Universidade de São Paulo, no trabalho "Antropologia da Solidariedade". "Solidariedade é, hoje, um espaço de consenso conceitual. Progressistas e conservadores o utilizam sem culpa. Mas o que significa exatamente? O perigo do consenso é significar tudo e nada ao mesmo tempo"²².

Antes de ensejar uma resposta, João Carlos lança um questionamento: "Que vínculos recíprocos de responsabilidade mútua interferem ontologicamente na construção da identidade humana? Poderíamos chamar este fenômeno de "solidariedade ontológica"? Desse modo, assume o desafio de apoiar a inspiração ética (deontica) sobre uma base ôntica (plano do ser). "Se conseguirmos responder razoavelmente a esta questão, em um segundo momento poderemos discorrer sobre a "solidariedade ética" que naturalmente emerge da "solidariedade ontológica", uma vez que o agir segue o ser".

Lança-se o autor a explicar o que seria "solidariedade ontológica vertical": "o vínculo que existe entre as gerações pelos laços naturais, como os de sangue, mas também de cultura

²¹ Não se deve desprezar a dimensão dos afetos na vida. Eles são necessários para tornar a vida grata. Apenas se deve entender que não são o primeiro elemento quando se pensa na estrutura da vida e no exercício da liberdade. Para melhor compreensão do enquadramento do afeto na vida pessoal, familiar de sua dinâmica na vida social, sugere-se a leitura de dois textos: A. J. PEREIRA JÚNIOR, "Da afetividade à afetividade do amor nas relações de família", in M. BERENICE DIAS - E. F. BASTOS - N. M. M. MORAES (orgs.), *Afeto e estruturas familiares*, Belo Horizonte, Del Rey, 2009, pp. 57-77; e A. J. PEREIRA JÚNIOR - M. P. NORÕES, *A abordagem antropológica e jurídica da afetividade no Direito de Família mediante o uso do diálogo socrático em sala de aula*, in *Argumenta Journal Law* 28 (2018), pp. 57-77.

²² Cf. *Antropologia da Solidariedade*, in *Notandum* 14 (2007), disponível em <http://www.hotspot.com/notandum14/joao.pdf> [27-7-2018].

Nesse estado de angústia, insegurança ou decepção circunstancial, em uma palavra, de crise, sentir-se-ão atraídas a experimentar condutas que possam lhes devolver a sensação de conforto que um dia experimentarão. Algumas vezes encontrarão esse alento exatamente em atitudes paradoxalmente opostas às que anteriormente praticavam, insinuadas no ambiente. E ali estacionam. Porque sua orientação, mais que objetiva, desde sempre fora mais subjetiva.

Situações assim podem ilustrar exatamente a vivência por mero reflexo do ambiente, sem a incorporação existencial das razões que alicerçariam a conduta em valores organizados em uma dada mundividência. Os projetos educativos de arraigamento racional de valores decaiu fortemente no século XX, com a desconfiança quanto à possibilidade de conhecer a verdade (possível) sobre as coisas e a onda crescente de relativismo moral. Isso afetará a percepção da família e a vivência de sua realidade.

Transportemos o raciocínio para a matéria familiar. Pouco se compreendia acerca dos elementos estruturais da família. Viviam-se sobretudo da *imaginação*, da *ação* e da *sensação*, antes que de sua *compreensão a partir do ser*. A imaginação e a ação eram trabalhadas pela Arte e pela Religião, que propiciavam o suporte de manutenção das estruturas. Mas, neste cenário, a mudança ética e cultural (plano da ação) e a diminuição massiva do sentido religioso (plano do sentimento), ao serem substituídos por bases individualistas e hedonistas, fazem que a vivência da experiência familiar se ressinta em diversos ambientes, especialmente influenciados por tais estímulos.

Assim, surgirá uma construção imaginária e frágil, uma nova representatividade social da vivência das relações familiares na cultura que se massifica desde os anos 1960, a concorrer com a perspectiva anterior, ainda presente, mas que remanesce especialmente em ambientes menos afetados pela onda de individualismo e hedonismo.

De modo geral, todavia, há estímulo para a experiência de um novo modo de viver, que contrasta com a ideia predominante até metade do século XX. A proposta da Revolução Sexual ganhou terreno em face da superficialidade geral da cultura dita "tradicional", bem como dos efetivos defeitos e desigualdades que estavam acobertados sob tal bandeira. Em parte, havia pobreza intelectual e motivacional na exposição das virtualidades da família tradicional com relação à sua capacidade de gerar felicidade, sobretudo porque a imagem refletida em moldes de religião decaiu com o próprio afastamento da crença, anteriormente suficiente para sustentar aquele *modus vivendi*. Em parte também, a representação social de família, então, trazia distorções que o tempo cuidaria de evidenciar.

De rigor, a imagem que sucede a visão de família tradicional teria muito menos profundidade. Mas, em face dos defeitos que muitas vezes eram acobertados naquela representação social, pela razão de as novas modalidades dialogarem melhor com a dimensão sensorial e ganharem espaço no imaginário coletivo, especialmente pelas construções idílicas

e outras formas de memória". Sendo essencialmente histórico, ou seja, dependente do tempo, no ser humano este vínculo seria recíproco, pois "o pai somente é pai porque tem filho e o filho somente é filho porque tem o pai". Fala então em "reciprocidade relacional", constitutiva de ambos. Aqui ele se aproxima do que se dizia ao começo deste ensaio, com a abordagem de Pierpaolo DONATI. Todavia, aqui o autor se alicerça em uma consideração de caráter antropológico, de filosofia do ser humano.

Essa conexão íntima entre as pessoas efetivamente relacionadas em uma dimensão familiar, explica o fenômeno de que a morte do genitor significaria também a morte real de uma parte do filho. Não seria à toa que perda de um ente querido da envergadura de um pai, mãe ou filho ocupam o primeiro lugar nas listas de causadores de estresse. Não se reduz a uma questão de sentimento, ainda que a afetividade seja a dimensão onde a perda se manifesta de imediato, dada sua conexão com a sensibilidade. A perda afeta o próprio ser. Assim como a construção dos laços da família em sentido sólido, que estão além dos afetos.

Ao lado da categoria de "solidariedade vertical", haveria ainda, segundo João Carlos, uma "solidariedade ontológica horizontal" que aconteceria somente "no único instante que nos pertence: o presente".

É neste nível que gostaríamos de indicar alguns pressupostos antropológicos. Não se trata de tabular uma idealização filosófica e a-histórica do humano. É exatamente o contrário. Queremos entender a dinâmica da construção da identidade humana nas relações estabelecidas neste "eterno presente" em que estamos imersos. É preciso desvendar o mistério da existência. Para isso será necessário considerar a pessoa e as estruturas em que está inserida. Nossa proposta de elaboração didática do conceito de solidariedade ontológica horizontal é considerar a pessoa como um "nó" de quatro vínculos de responsabilidade recíproca, que chamaremos de relação: 1) Relação com a materialidade; 2) Relação com a interioridade; 3) Relação com a alteridade 4) Relação com a totalidade²³.

Sem avançar mais no estudo de João Carlos, os trechos selecionados servem para contrastar os conceitos de solidariedade e afetividade. Permite-se introduzir, aqui, a proposta de recondução do festejado "princípio da afetividade" ao "princípio da solidariedade". O primeiro seria como estofa a fluidez dos sentimentos. O segundo se apoia na estrutura relacional e gera deveres que perduram para além da variação emocional. Isso é importante também de ser afirmado porque no Direito de Família prevalece a lógica de deveres. As estruturas sociais mínimas, as famílias, consolidam-se como núcleos da sociedade civil. Como qualquer realidade convivencial, a relação familiar está sujeita às intempéries do ir-

vir dos afetos e das condutas. Mas nem por isso se justificaria o abandono de deveres de solidariedade.

Pensemos no casamento entre um homem e uma mulher, por exemplo, ainda uma das representações sociais de família, pela capacidade de geração da própria sociedade civil. Essa relação projeta e simboliza, para além do desejo e do contrato entre os cônjuges, uma instituição – recorde-se das teorias do casamento como *instituição* – que se identifica com a matriz principal da própria sociedade civil. Por isso ela é celebrada socialmente e amparada pela coletividade.

A regulação do casamento, nesse caso, não se trata de uma ingerência sem mais na vida privada. Até porque o Direito não investiga os sentimentos e as práticas íntimas do casal. A exigência de solenidade para sua constituição civil, como um rito social, sinaliza exatamente que uma dimensão diferente, social, é alcançada pelo ato dos nubentes. Por isso, ao adentrar nesse patamar de relação, socialmente se impõem deveres de solidariedade e vínculos entre os diretamente envolvidos e suas famílias de origem, que vão perdurar mesmo para além da separação de ambos, assim como o parentesco de afinidade e os impedimentos matrimoniais. Exatamente pelo atingimento desse patamar generativo da sociedade civil é que esta união fará jus a uma especial proteção, com ônus e bônus. Ou seja, o reconhecimento social não se baseia na afetividade. Antes, na gênese de uma estrutura relacional apta a reproduzir a sociedade civil.

No passado, caso essa realidade familiar se enfraquecesse pela crise dos afetos, isso não era considerado suficiente para dar causa à ruptura civil mediante o divórcio. Hoje a situação é outra. No Brasil o divórcio pode ser requerido no dia seguinte ao casamento, de modo unilateral, sem necessidade de exposição de razão alguma. Essa facilidade, tido por muitos como uma conquista, na verdade dificulta perceber exatamente o patamar diferenciado da relação conjugal²⁴. Mais fácil hoje desfazer-se de compromissos perduráveis que comprometeriam toda a vida duas pessoas e até mesmo eventualmente da prole, do que encerrar a conta em um banco. É algo paradoxal dizer que medidas assim sejam favoráveis à família. Antes parece denunciar uma linha individualista²⁵. Isso contrasta com a legislação de muitos países, mesmo mais liberais que o Brasil.

Por exemplo, no Reino Unido, onde há união civil e casamento de pessoas do mesmo sexo há muito mais tempo que no Brasil, na última semana de julho de 2018, por

²⁴ Uma política pública condizente com a percepção do valor social do casamento civil e efetiva proteção especial da família seria a oferta de terapia para o casal em crise ou de outros tratamentos de auxílio à cada cônjuge em separado, como tentativa de ajudar na superação de dificuldades pessoais ou relacionais.

²⁵ Sem dúvida é mais difícil resistir às crises que irrompem durante a decantação de um projeto familiar transcendente, em face a à idealização de mundo apetecível, com prazeres e satisfações sensíveis e acessíveis para o consumo. Nesse sentido, a vivência dos ônus da relação familiar, em um contexto de inconsciência das

unanimidade, a Suprema Corte negou o pedido de divórcio de Tini Owens, mulher de 68 anos que, após 40 anos casada, argumentou que estava infeliz. Ela separou-se em 2015 do marido, que se recusou ao divórcio consensual. Por isso ela foi até a última instância do Judiciário, que decidiu que ela só poderá obter o divórcio em 2020, passados 5 anos de separação, conforme previsto na lei para casos assim. No caso, o pedido unilateral não pode ser atendido de imediato, porque ela não tem razões requeridas pela legislação local para a concessão mais rápida do divórcio. O dever de espera legal, de rigor, sinaliza que há algo no vínculo para além do mero interesse de um ou outro na relação²⁶.

Assim, há diversas visões concorrentes acerca do que seja família e de como ela deve ser regulada pelo Estado. Essa heterogeneidade também poderia ser considerada mediante a criação de legislação diferente para que as situações sejam tratadas conforme sua realidade própria. Com essa perspectiva, no Estado do Arizona, nos Estados Unidos da América, em 1998, mediante o *Arizona Covenant Marriage Law*, criou-se em lei uma modalidade de casamento com divórcio mais difícil²⁷, o chamado "casamento-aliança".

O antecedente histórico desta ideia remete a fato acontecido na França, em 1945. Léon MAZEAUD, com vistas a atender àqueles que demandavam do Estado um modelo de casamento civil indissolúvel, em tempos que na França havia somente o casamento passível de divórcio -- como até hoje--, ele propôs uma solução conciliatória: que a lei ofertasse os dois modelos²⁸. A proposta foi apresentada por Henri MAZEAUD, seu irmão, perante a Comissão encarregada da reforma do Código Civil francês. Mas foi rejeitada em dezembro de 1947, sob alegação de que seria impossível alguém comprometer-se por toda a vida. Não se respeitou o pluralismo de concepções na ocasião.

Nos EUA, cuja democracia provocou o elogio de Alexis de TOCQUEVILLE, a ideia dos irmãos Mazeaud foi acatada 51 anos após sua rejeição em uma França dita pluralista.

"Pede-se a tutela civil do matrimônio indissolúvel porque há nubentes que assim o querem contrair; e funda-se a proposta na atitude realista de aceitar o pluralismo e o respeito pela igualdade. Só desta forma serão

²⁶ Cf. C. R. RODRIGUES, *Tribunal Inglês rejeita pedido de divórcio por "infelicidade"*, in *Insólito*, 25-7-2008, disponível em <https://www.sabado.pt/insolito/detalheltribunal-ingles-rejeita-pedido-de-divorcio-por-infelicidade-no-casamento> [27-7-2018]. Na mesma notícia lê-se: De uma forma geral, a lei em Inglaterra e no País de Gales só autoriza o divórcio sem culpa em caso comprovado de adultério, abandono ou comportamento irracional, com o consentimento de ambas as partes e se estas viveram separadas pelo menos 2 anos, ou ainda sem autorização do respectivo cônjuge se o casal estiver a viver separado há pelo menos 5 anos". A presidente do Corte, Brenda Hale, disse que "tomou a decisão com 'relutância' e que considera o caso como 'muito preocupante', mas que a mudança legislativa é competência do Parlamento e não do órgão judicial em questão".

²⁷ Cf. A DE FUENMAYOR, *Repensar o Divórcio. A tutela da indissolubilidade matrimonial num Estado pluralista*, Lisboa, Diel, 2002, p. 36.

²⁸ Cf. *Solution au problème du divorce*, in *Recueil Dalloz-Sirey - Chronique* 11 (1945).

tuteladas pelo Estado as duas opções sobre o matrimônio; pois, se não fora assim, estar-se-ia impondo na sociedade uma só e determinada concepção da liberdade: aquela que supõe que o homem é incapaz de se comprometer para toda a vida."²⁹

Vale lembrar que o casamento civil indissolúvel perdurou no Brasil de 1891 a 1977, inserido em uma conjuntura cultural que enxergava como possível e razoável tal projeto, diferentemente da visão dos franceses de 1947. Naturalmente para viver a experiência de indissolubilidade, sobretudo em uma atmosfera hedonista e individualista predominante nos grandes centros urbanos, conviria houvesse uma política pública de educação que preparasse as pessoas para tal vivência. Educação na qual, em face de crises, favorecesse que cada um dos esposos olhasse para além de si e da própria circunstância, de modo a vislumbrar uma perspectiva mais atraente a apta a lhes facilitar a atualização prática dos atos conducentes à manutenção voluntária do casamento. Seria caso de políticas públicas de apoio, ainda, para épocas de crise. Se há lei para recuperação de empresa, em razão do benefício social de sua manutenção para a sociedade, seria possível pensar em uma política pública para auxiliar na recuperação da sociedade conjugal, antes de decretar sua falência.

Hoje, todavia, a crise do conceito de verdade, associado ao individualismo de matiz hedonista, faz que a máxima de *o-agir-segue-o-ser*, terminasse por ser substituída pela *o-agir-segue-o-sentir*. Nessa perspectiva, mais que agir pelo que deveríamos, segundo a ordem do *ser*, tenderemos a agir pelo que *sentimos*. Depois, enquanto seres racionais que cobram de si as razões -- mesmo desarrazoadas -- para a própria conduta, tenderemos a fazer que o pensamento se amolde às ações, para além de qualquer consideração de bem comum³⁰. Dessa forma se anulam assim parâmetros objetivos de consideração da família como realidade que transcende, inclusive, os sentimentos.

A hipersexualização e a cultura hedonista são expressões de individualismo porque o prazer sensorial é uma realidade tátil e, logo, epidérmica, limitada fisicamente à pessoa que sente. Isso naturalmente levou a que a experiência dos projetos de família, em uma perspectiva transcendente e permanente, sofresse abalo quando em contraste com as possibilidades de degustação no mercado das relações, sendo a variação um valor cantado como necessário.

Desse modo, as situações vivenciais e as justificativas forjadas para elas, produziu, especialmente desde os anos 1960, novo modos de compreender a família, a partir dos modos de viver. Ela estaria em função de *minha* satisfação. Isso se deu, como apontado acima, mesmo na vivência da família de padrões tradicionais, quando faltava a consideração dos pilares existenciais e sociais desta realidade familiar e quando se trazia, sob tal denominação, abusos, acobertando-se distorções internas que não poderiam remanescer. Diminuiu-se a tolerância

²⁹ Cf. A DE FUENMAYOR, *Repensar* cit. (nota 27 *supra*), p. 54.

³⁰ Nesse sentido o alerta de André FROSSARD, da Academia de Letras da França: "a sociedade contemporânea, com a sua ênfase na liberdade, não consegue combater".

para manter relações ou suportar situações desgastantes; primeiro, porque o desafio de uma vida de relacionamento e superação a dois, antes vislumbrado como grandeza de realização pessoal, ficou encoberto; segundo, porque alguns dos desgastes apontados como necessários, de rigor, não o eram.

Enquanto isso, no imaginário coletivo, massificou-se, mediante produção cultural audiovisual, ideia de que as situações de vida familiar deveriam ser momentos de êxtase. O contraste desse retrato idílico com a realidade, e a perspectiva individualista, favoreceu a crise, pela quebra de expectativa. Havia estímulo para novas experiências e parcerias. Simultaneamente, aumentou a oferta de bens de consumo que tornaram a vida mais deletável.

As próprias relações humanas mais íntimas, de natureza sexual, passaram a ser apresentadas antes de tudo como situações de prazer. Diluiu-se a ideia de compromisso familiar em face da insatisfação. Nesse contexto cresceu o apelo à afetividade como sendo o "eixo" do Direito de Família, para o lado da construção e da desconstrução das relações.

De rigor, no entanto, desde a perspectiva da Teoria Geral do Direito, a afetividade jamais poderia ser um princípio³¹, tal qual entendida por muitos hoje. Porque como alguns defendem-no, antes seria um veneno que um remédio, dada a compreensão estritamente individualista de alguns dos autores mais badalados na área de Direito de Família.

Desse modo, em traços largos – em outro artigo trataremos com mais propriedade a descrição desse fenômeno – a família transpersonalista cederia espaço para a família hedonista, da civilização do amor líquido de Zygmunt BAUMAN³². Essa família hedonista permeia o imaginário de Maria BERENICE DIAS, quando usa o termo eudaimonista, que chega a referir como sendo de perspectiva Aristotélica. Todavia, o termo "eudaimonia", na expressão de Aristóteles, traduz a Felicidade derivada das virtudes, da conduta, o que não coincide e não precisa necessariamente ser percebida pela dimensão sensorial dos afetos, senão que é evidenciada pela consciência da posse efetiva das virtudes, ou seja, da realização da excelência humana pela aderência a um conjunto de valores, mesmo em detrimento e melhores sentimentos ou sensações, que é a ideia de felicidade de Maria Berenice³³.

³¹ Cf. A. J. PEREIRA JÚNIOR – J. W. OLIVEIRA NETO, (hi)viabilidade do princípio da afetividade, in *Universitas Jus* 27 (2016), pp. 113-125.

³² Cf. *Liquid Love: On the Frailty of Human Bonds*, trad. port. de Carlos Alberto Medeiros, *Amor líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos*, Rio de Janeiro, Zahar, 2004.

³³ "Ética baseada na noção aristotélica de 'eudaimonia' ou felicidade humana. Embora próxima da 'ética da virtude', essa abordagem distingue-se daquela quando é eliminada a identificação grega entre a ação virtuosa e a felicidade. O eudemonismo pode também variar conforme as noções do que é, de fato, a felicidade. Assim, os cirenaicos acentuam o prazer sensual; os estoicos salientam o desapego em relação a bens mundanos, como a riqueza e a amizade. Tomás de Aquino dá mais atenção à felicidade como contemplação eterna de Deus e assim por diante." – M. BERENICE DIAS, *Manual de Direito das Famílias*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 52. Pelo texto...

5. O imaginário da família a partir dos anos 1960 e a família constitucional no Brasil de 1988

Todavia, ao lado da revolução sexual, especialmente a partir dos anos 1960, diversos fatores levaram a variações no modo de organização dos membros da família e, logo, sua própria estrutura sofreu mudança. Tais eventos também seria responsáveis pela pluralização condizente com a visão estrutural da família.

Entre outros, aconteceu a progressiva desvinculação do *status* social do indivíduo com relação ao casamento. Junto a esse fator, aumentou a independência econômica da mulher. Isso facilitou que restasse à família, no imaginário coletivo, uma função pessoal e microssocial.³⁴ O desenvolvimento científico e da medicina permitiu novas condutas, que reconfigurariam hábitos. Assim, com os anticoncepcionais logrou-se separar a sexualidade da reprodução e o aperfeiçoamento de técnicas de reprodução humana assistida, possibilitaram dissociar a geração da relação sexual. Os fins do matrimônio – vida comum entre esposos, abertura à procriação e educação dos filhos – puderam ser desmembrados. Essas possibilidades influenciaram na vida em sociedade e reconfiguraram os relacionamentos.

No mesmo sentido houve a progressiva participação da mulher na atividade profissional fora do lar, diminuindo-se sua dependência econômica com relação ao marido. As funções familiares desvincularam-se da condição sexual do cônjuge. Avançou-se na igualdade de poderes e deveres entre os esposos. Neste cenário, a perspectiva afetivo-sentimental ganhou maior importância. Ao mesmo tempo, o divórcio tornou-se procedimento mais acessível. Não significa isso, por si só, que a dimensão dos afetos se impusesse como elemento essencial. Simplesmente que efetivamente deveria ocupar espaço digno na dinâmica familiar.

Portanto, nota-se que, no últimos 40 anos do século XX, fatores de ordem filosófica e ideológica afetaram a visão do matrimônio, da família, e da sexualidade humanas. Comum às correntes de ideias que geraram esse resultado seria a consideração de que o matrimônio e a família deixariam de ser realidades postas por uma perspectiva objetiva ou "natural" (direito natural). Pelo contrário, permaneceriam mutáveis e moldáveis em cada época pela compreensão de cada pessoa, sem atributos essenciais perduráveis³⁵.

noção aristotélica é conexa à Ética das Virtudes. De rigor, melhor seria, para maior honestidade intelectual, para não confundirem conceitos e ideias. Nesse sentido, melhor seria se autora retirasse de sua explicação a menção a Aristóteles e evitasse usar o termo Eudaimonia, maiormente referido à sua concepção. Senão, dá-se a impressão de falsa indução ou falso argumento.

³⁴ C. MARTINEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid, Rialp, 1996, pp. 17-18. O mesmo autor afirma que em paralelo a esses fatores socioeconômicos esquecia-se que a família desempenhava funções formativas e assistenciais de primeira ordem, nas quais é praticamente insubstituível.

³⁵ A. J. PEREIRA JÚNIOR, *A família na Constituição do Brasil – missão, limites e responsabilidades - comentário ao art. 226 da Constituição de 1988*, in A. J. PEREIRA JÚNIOR – D. GOZZO – W. R. LIGIERA (orgs.), *Direito e*

Carlos MARTINEZ DE AGUIRRE aponta como fatores motivadores dessas mudanças: a secularização e o positivismo, pelo quais se atribuiu à vontade humana e ao Estado o poder de determinar o que se deveria entender, bem como se deveriam tratar os assuntos pertinentes à sexualidade; o *individualismo liberal*, em face do qual o matrimônio e a família seriam instituições a serviço exclusivo dos interesses e satisfações dos indivíduos, sem qualquer finalidade supraindividual; a *valorização do aspecto sentimental* como fundamento principal do surgimento e da manutenção do casamento, acima de qualquer outro interesse; o *pluralismo ideológico* e a *neutralidade do Estado* em face das concepções acerca do matrimônio, família, sexualidade, bem como diante das diferentes formas dos cidadãos organizarem suas relações afetivas e sexuais.³⁶

A Constituição brasileira de 1988 traz os sinais do tempo: ao lado da *família matrimonial*, no plano sociojurídico, instalou-se a entidade familiar formada pela *união estável* e também se passou a proteger o núcleo familiar constituído sob a forma *monoparental*. Além da família matrimonial e da família constituída pela filiação – natural ou jurídica –, a Constituição de 1988 reconheceu a *situação de vinculação jurídica não formal entre homem e mulher* como entidade familiar. Ampliou-se, assim, a consideração de diferentes unidades familiares como base da sociedade. Todavia, vale notar que as situações enunciadas na Constituição de 1988 trazem a potencialidade objetiva de reprodução natural da sociedade, razão pela qual seriam destinatárias de *especial proteção* do Estado. Além disso, manteve-se a família matrimonial como paradigma jurídico e social mais perfeito. Havia ainda uma perspectiva objetivista predominante.

A Constituição Federal, portanto, elencou relações de convivência que deveriam receber a *especial proteção* do Estado, a despeito de outras possibilidades de relacionamento. Podia-se notar, naquela lista, a raiz ontológica da própria sociedade civil, quando se pensa em sua conservação e perpetuação. Outras modalidades de convivência pessoal, que não fossem suficientes e necessárias para a preservação da sociedade civil, fariam jus a outra categoria de proteção jurídica, qual seja, a geral, ou a alguma distinta que se viesse a definir, sem adentrar em institutos típicos de relações *jusfamiliares*.

Isso significa que outras categorias de convivência podem ser, desde a perspectiva do Direito, concebidas e/ou tuteladas juridicamente. Mas, a *especial proteção* do artigo 226, por princípio, seria exclusiva das situações de *interesse objetivo*, sendo elas *necessárias* para a sociedade civil, a despeito da coexistência de fatores de ordem subjetiva que tenha aproximado aqueles que estão vinculados sob tais modalidades relacionais.

Portanto, podem ser criadas modalidades jurídicas para atender outros interesses. Uma proposta nesse sentido, por exemplo, é a *parceria vital* que, alicerçada na efetiva coexistência

³⁶ Cf. *Diagnostico* cit. (nota 28 *supra*), pp. 23-24. Aqui se veem notas que depois levariam ao decaimento da experiência da família como realidade que transcende aos membros, e facilitaria a multiplicação de modalidades convivenciais diferentes.

de convivência entre pessoas que compartilham a mesma casa, com base na solidariedade, pudessem receber um *status* diferenciado perante a lei, que lhes conferisse benefícios legais, uma vez que efetivamente estão a suprir mútuas necessidades, de modo assemelhado, ainda que não idêntico, às situações familiares que compõem a base social.

A parceria vital, por sinal, foi apresentada como uma ideia a ser desenvolvida, ainda de *lege ferenda*, para situações diferentes da “base da sociedade”, no Relatório que acompanhou o projeto de Lei 6.584/13, *Estatuto da Família*, aprovado em 26 de setembro de 2015 na Comissão Especial criada com a finalidade de examinar o referido projeto de Lei, ainda à espera de votação no plenário da Câmara Federal.

“A partir do quadro instalado e, em uma autêntica e ampla perspectiva, o que fazer em face de situações que não se consubstanciam como “base”, fundamento ou condição de existência da sociedade civil, sem jus, portanto, à proteção especial do art. 226, mas que trazem alguma nota a demandar uma proteção diferenciada, para além da proteção geral que já é garantida a todo cidadão? Haveria algum impedimento a se conceber nova categoria de proteção diferenciada? Para casos que escapam à condição de essencialidade para a sociedade civil, vislumbra-se, na atual conjuntura, a possibilidade da formalização legal de uma “parceria vital”, apta a conferir benefícios à sociedade oriunda da reunião deliberada de cidadãos que compartilham residência e esforços na manutenção do lar comum, com intenção de perdurabilidade. A categoria, de *lege ferenda*, seria admissível desde que não afetasse direitos indisponíveis de terceiros. E poderia ser aprovada como iniciativa do Congresso Nacional na atual legislatura.

Sob tal denominação – “parceria vital” – sem necessária conexão com a procriação ou a criação da família, base da sociedade, poder-se-ia reconhecer o enlace de solidariedade entre duas pessoas, que entre si estabeleceriam vínculo de peculiar interdependência, ajustando a lei, entre tais, o caráter de dependência para efeitos previdenciários. Caberia ainda definir a possibilidade de que os parceiros pudessem optar de participar, também, da condição de herdeiro do outro, em posição similar àquela que caberia ao cônjuge ou companheiro, caso este não existisse, ou de herdeiro testamentário presumido, na hipótese de inexistência de tal instrumento, para receber 50% do patrimônio liberado para ser disposto em testamento. Isso se daria mediante alteração da legislação sucessória, para pleno acolhimento da categoria.

Poderiam estar sob tal denominação as uniões de irmãos, amigos e outras quaisquer, independentemente da orientação sexual. Sob tal instituto se albergariam todas situações não subsumíveis às categorias

do art. 226. Na dimensão sucessória, poderia operar efeitos quando não houvesse vínculo de conjugalidade, uma vez que o consorte ocuparia esta posição. A fundamentação da "parceria vital" seria, portanto, a especial solidariedade entre duas pessoas, desvinculadas de conjugalidade, e que se reunissem na manutenção do lar comum.

Isso atenderia também reuniões de pessoas do mesmo sexo, independentemente da orientação sexual de tais, uma vez que a orientação sexual, por si mesma, não justificaria direitos especiais, sob risco de excluir aqueles que vivessem plena e efetiva interdependência, na simples condição de amigos ou irmãos, sem qualquer envolvimento sexual. Desta feita, a lei requisitaria atributos para conferência do status de parceria vital às situações subsumíveis. Seria limitada a uma parceria vital por indivíduo, exigindo-se sua efetiva comprovação à época da instituição, bem como se prescreveria o modo de seu reconhecimento junto aos órgãos competentes do registro civil, com o ônus e o bônus da nova situação. Ônus que se expressaria no eventual dever de prestar alimentos em caso de o parceiro necessitar, mesmo após a extinção do vínculo. Tal procedimento iria ao encontro da realização da sociedade livre, justa e solidária, objetivo da República Federativa do Brasil, segundo art. 1.º, III."

Como se vê, é possível conceber institutos jurídicos que supram necessidades de entidades convivenciais, sem comprometer a natureza dos institutos típicos de entidades familiares que sejam assimiláveis ao qualificativo de *base da sociedade*, desde uma perspectiva objetiva.

6. Conclusão

O ensaio ora concluído participou aos que tiveram a paciência de chegar até aqui, algumas leituras sociológicas, filosóficas, antropológicas e jurídico-constitucionais do autor acerca do fenômeno familiar. Efetivamente acredita-se ser necessário estabelecer, mediante reflexão de caráter interdisciplinar, critérios que permitam identificar os atributos essenciais de uma entidade convivencial para que ela possa ser acolhida, juridicamente, como família. Ao mesmo tempo, quis-se apresentar uma possível explicação acerca da subjetivação do conceito, bem como mostrar o que teria contribuído para uma perspectiva mais individualista e sentimental da família. Julgou-se oportuno, ainda, apontar a solidariedade como o autêntico e principal princípio de Direito de Família, em lugar do "princípio da afetividade". Por fim, quis-se dizer que é possível vislumbrar e conceber institutos jurídicos diversos, que possam

responder à demanda de segurança de certas situações convivenciais que não se identificam com a base da sociedade, mas fazem jus a uma tutela diferenciada.

Referências Bibliográficas

- ADIFAS, *Pedido de Providências no sentido de proibir a lavratura de escrituras públicas de união estável entre três ou mais pessoas* n. 0001459-08.2016.2.00.0000, de 17-4-2018, disponível em <http://www1.migalhas.com.br/wp-content/uploads/2018/06/2-Memoriais-Pedido-de-Providencias-0001459-08-2016.2.00.0000.pdf> [28-7-2002].
- ADIFAS, *Segundo Pedido de Providências no sentido de proibir a lavratura de escrituras públicas de união estável entre três ou mais pessoas* n. 0001459-08.2016.2.00.0000, de 25-4-2018, disponível em <http://adfas.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Memoriais-Pedido-de-Providencias.pdf> [28-7-2002].
- ALMEIDA, João Carlos, *Antropologia da Solidariedade*, in *Notandum* 14 (2007), disponível em <http://www.hotspots.com/notand14/joao.pdf> [27-7-2018].
- AMÂNCIO, Thiago, *Com 2 homens e 1 mulher trisal deixa o País após decisão do CNJ*, in *Folha de São Paulo* (São Paulo), 20-7-2018, disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colidiano/2018/07/com-2-homens-e-uma-mulher-trisal-deixa-o-pais-apos-decisao-do-cnj.shtml> [27-7-2018].
- BAUMAN, Zygmunt, *Liquid Love: On the Frailty of Human Bonds*, trad. port. de Carlos Alberto Medeiros, *Amor líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos*, Rio de Janeiro, Zahar, 2004.
- BERNAL, Aurora (org.), *La Familia como Ambito Educativo*, 2ª ed., Madrid, Rialp, 2009.
- BORGARELLI, Bruno de Ávila, *De Rolandino de Passeggeri à "escritura do poliamor": a atividade notarial em tempos difíceis*, in *Migalhas*, 28-7-2018, disponível em <http://m.migalhas.com.br/depesol/284568/de-rolandino-de-passeggeri-a-escritura-do-poliamor-a-atividade> [31-7-2018].
- BRAZIL, Luciano Gomes, *Do "conhece-te a ti mesmo" ao "torna-te o que tu és" – Nietzsche contra Sócrates em Ecce Homo*, in *Revista Trágica: estudos sobre Nietzsche* 5 (2012), pp. 30-45.
- CÂMARA FEDERAL, *Relatório do PL 6583/2013 Estatuto da Família, de autoria do Deputado Diego Garcia*, disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=D2EDACADCE0C.B6834DDE842A2B27901B.proposicoesWebExterno1?codFor=1379862&filename=Tramitacao-PL+6583/2013 [27-7-2018].

