

CESUPA – CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ

KAREN RICHARDSON ROCHA

“O HORIZONTE DA SIGNIFICAÇÃO” DO CONCEITO DE FAMÍLIA A PARTIR
DA ADPF - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 132-STF

Belém

2014

KAREN RICHARDSON ROCHA

“O HORIZONTE DA SIGNIFICAÇÃO” DO CONCEITO DE FAMÍLIA A PARTIR
DA ADPF - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 132-STF

Dissertação apresentada ao programa de
Mestrado em Direito do CESUPA- Centro
Universitário do Pará como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos, Políticas
Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de Pesquisa: Direitos, Políticas
Públicas e Direitos Humanos.

Orientador: Professor Doutor Sandro Alex
Simões.

Belém

2014

AGRADECIMENTOS

Aos meus amores, apenas por ordem de chegada em minha vida: Meu Deus;
minha mãe; meu irmão; meu Luiz; e, meus pequenos Pedro e Antônio.

RESUMO

O homem, antes de entender a si mesmo como ser autônomo e eivado de subjetividades, necessita entender a si mesmo acrescido de numerosas identidades, tanto construídas social e culturalmente quanto herdadas, para então formar o seu próprio horizonte. Isto significa dizer que a compreensão de um fato histórico – *a passagem da Família Institucionalizada para uma Família assentada na Subjetividade e no Afeto* -, por mais contemporâneo que seja e fincado por um abrupto rompimento paradigmático, jamais será considerado inaugural. Isto porque as identidades humanas emergem, ainda que de forma inconsciente, do passado, a que estamos estreitamente conectados pelo elo da tradição seja ela cultural, linguística ou histórica. Assim, os preconceitos herdados e formados são carregados pela tradição, revelados pela linguagem e perpassados em geração em geração, isto é, não se perderam no tempo tampouco no espaço, apenas se ressignificam para acompanhar a dinâmica humana.

Palavras-Chave: Tradição. Família Institucionalizada. Fusão de Horizontes. Família contemporânea. Ressignificação.

ABSTRACT

The man before understanding oneself as an autonomous and riddled with subjectivity, needs to understand yourself plus numerous identities, both socially and culturally constructed as inherited, and then build your own horizon. This means that the understanding of a historical event - the passage of the Family Institutionalized for a family seated in Subjectivity and Affection - for that is more contemporary and nailed by an abrupt disruption paradigm, will never be considered maiden. This is because human identities emerge, albeit unconsciously, the past, we are closely connected by the link of tradition be it cultural, linguistic or historical. Thus, legacy biases are loaded and formed by tradition, disclosed in the language and transmitted from generation to generation, i.e., is not lost in time nor in space, only resignify to monitor human dynamics.

Key-words: Tradition. Institutionalized family. Fusion of Horizons. Contemporary family. Reinterpretation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I: HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: IMPORTÂNCIA DE GADAMER NA VIRADA LINGUÍSTICA.....	12
1.1) A PRESENÇA DOS ENSINAMENTOS GADAMERIANOS NA ADPF 132 - RJ.....	39
CAPÍTULO II: A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA COMO INSTITUIÇÃO.....	53
2.1) FAMÍLIA E RELIGIÃO ANTIGA.....	53
2.2) FAMÍLIA E O DIREITO ROMANO.....	62
2.3.) MATRIMÔNIO E O SIGNIFICADO DE FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO.....	73
CAPÍTULO III: A RESSIGNIFICAÇÃO DA ANTIGA DUALIDADE ENTRE OS UNIVERSOS PRIVADO E PÚBLICO.....	81
CAPÍTULO IV: RELACIONAMENTOS FAMILIARES EM TEMPOS DE MODERNIDADE: AUTONOMIA DA VONTADE E AFETIVIDADE, UMA NOVA SEMÂNTICA PARA A FAMÍLIA.....	114
CONCLUSÃO.....	128

INTRODUÇÃO

É inegável que o Estado se projeta com intensidade sobre a vida e a liberdade de cada um de nós, condicionando-nos a fruição dos direitos que nos amoldam a existência e impondo-nos deveres para melhor convivência social.

Nesse esteio, quando nos pomos a refletir sobre o Estado como autor central da vida de uma sociedade, não raro, somos impulsionados a pensar que o homem vive com ele uma relação de subordinação, acostumados que estamos com sua presença marcante e das instituições que nos ajudam a definir nossos destinos.

Seria uma espécie de herança social a que o homem estaria preso desde o seu nascimento, consoante ensina *Michel Foucault*, ao asseverar que as verdades humanas são fruto da apreensão de um fato a que o homem confere um sentido ou significado e perpassa de geração em geração.

Nessa linha de pensar, estaríamos então todos vocacionados a uma acomodação natural sobre os fenômenos que nos cercam, isto é, desde o nascimento nos habituamos a conviver, não raro, com os mais variados conceitos morais, sociais, religiosos, etc. que nos são impostos e aceitamos, não sem dificuldades, o que o passado histórico nos traz.

Em razão disso, a *“sociedade espera de cada um dos seus membros certo tipo de comportamento, impondo inúmeras e variadas regras, todas elas tendentes a ‘normalizar’ os seus membros, a fazê-los comportarem-se, a excluir a ação espontânea ou façanha extraordinária”*¹.

Com isso, as leis humanas nasceram neutras, vinculantes e abraçando todos – verdadeiros comandos estruturantes de cunho institucional – com o escopo de regular e estabelecer limites ao comportamento do homem, a ponto de moldar normas de convivência com relação ao poder, regular propriedade, estruturar a família, manter a coesão social, predizer boas e más ações, resolver problemas cotidianos, enfim um verdadeiro catálogo de regras que,

¹ARENDR, Hannah. A condição humana. Tradução: Roberto Raposo; revisão técnica: Adriano Correia, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 49.

por resolver determinados problemas do dia-a-dia são absolvidos pelo homem e exteriorizados em seus comportamentos.

Isto porque, a partir do momento em que concordamos com a existência desses valores, imprimimos sobre eles mecanismos de condução do agir humano, o que nos permite aceitar, por consequência, que tais regras são capazes de acumular tradições que, não obstante o processo de desenvolvimento, se arrastam no tempo, pulverizando aspectos históricos, culturais, linguísticos, sociais, etc.

Diante disto, em um primeiro momento, pensaríamos que a questão norteadora deste trabalho decorreria da hipótese de que o homem sempre foi conduzido por uma forma de comando institucional disciplinatório, refletido ora pela existência de costumes, leis naturais, crenças religiosas, regras e normas que, não raro, afetavam as suas escolhas e comportamentos.

Não obstante isso, aguda e célere foram às mudanças perpetradas nas últimas décadas no cenário jurídico que fez emergir uma nova forma de pensar, eivada de caracteres instáveis, complexos e plúrimos, que permitiram a rediscussão das formas de manifestação do Direito, a releitura de diversas categorias jurídicas, a democratização da vida privada, demarcando novos horizontes na vida do homem.²

Dentro desse contexto histórico, não há como negar que a família inevitavelmente absorveu todas essas mudanças e tais transformações trouxeram consigo notória inquietude, isto é, todos esses acontecimentos fenomênicos vêm acompanhados de um aumento acelerado tanto de conhecimento como de profunda mudança nas funções e nas estruturas sociais, as quais influem diretamente na pluralidade de convívio humano, e, via de consequência, afetam a família.

² Na complexidade, esse fenômeno apresenta, neste momento, um interessante banco de prova que se abre em afazeres epistemológicos que acolhem as novas demandas da juridicidade, ao lado da recuperação discursiva de valores como a ética e justiça. Um ensaio pode ser caminho aconselhável para encontrar interrogações que entrelaçam o Direito e a Sociedade - *in* – FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 04.

Com isso, a mobilidade sociocultural é a pedra de toque das relações familiares, eis que a família hodierna, não diferente de outros tempos, vivencia um processo contínuo e intenso de ressignificação.³

Nesse sentido, há quem diga, entretanto, que ao absorver os influxos impactantes da ruptura paradigmática, a família teria aparentemente rompido com os grilhões do passado, o que teria implicado certo decréscimo das influências exógenas - normas segregadas pela instituição familiar, provenientes ora pelo costume, religião ou Estado - à instituição família, contrapondo-se, diametralmente, o aumento acelerado e crescente do espaço destinado à subjetividade, fincado na ideia da autonomia de vontade, liberdade e afetividade que, como pontos nodais, passariam então a nortear e conferir respostas ao clamor social, e, por conseguinte, reconhecer a desinstitucionalização da família.

Daí por que discutir e revelar o horizonte da significação do conceito da família na atual jurisprudência pátria, notadamente, na ADPF n. 132-RJ e na ADI n. 4277⁴ que reconheceram a categoria de entidade familiar à relação homoafetiva, e, a partir destes julgados, investigar o elemento definidor estrutural da família, no perpassar do tempo, é a tarefa a que se dedicará a presente dissertação.

Em outras linhas, aferir o elemento estrutural da família em horizontes distintos (passado e futuro) nos conduzirá a algumas indagações: Quais são os elementos de diálogo entre os horizontes? Como esses horizontes permitem a ressignificação dos conceitos?

Ao falar, contudo, da ADPF n. 132-RJ e da ADI n 4277, não procuraremos tratar das uniões e parcerias homoafetivas propriamente ditas, mas, falaremos do significativo progresso de abertura da sociedade, não sem dificuldades, em confiar ao ente público à possibilidade de discutir e de decidir

³O quadro atual é peculiar na rapidez com que se alteram tais dados de realidade, sendo que uma das suas principais características é justamente esta instabilidade sempre presente - in - CALDERÓN, Ricardo Lucas, Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 25.

⁴As duas ações foram julgadas procedentes, por unanimidade, e grande parte dos Ministros acompanhou na integralidade o voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. O Supremo Tribunal Federal brasileiro entendeu que a união homoafetiva é entidade familiar, e que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.

o assunto, de órbita tão íntima, e, com isso, reconhecer e aceitar conceitos e valores novos que fomentaram tamanha mudança no cenário jurídico.

Assim, no interesse de contribuir com a reflexão sobre se a inserção desses novos valores, ou melhor, desse novo modo de pensar - fincado na ideia de autonomia de vontade e da afetividade -, reflete supostamente a passagem da concepção institucionalista da família para a aceção de uma família permeada às instáveis aspirações individuais e a afetividade.

De pronto, contudo, outras indagações emergem: Quais os impactos da modernidade no conceito de família? A evolução semântica do conceito de família teve a sua gênese na modernidade com o processo de secularização e a ascensão da ideologia dos direitos individuais? Existe algum vínculo que nos possibilite ligar os horizontes? Há rompimento ou ressignificação de conceitos?

Assim, o escopo deste estudo finaliza por aferir os verdadeiros fundamentos desse elo – passado e presente –, de modo que nos permita encarar a família como um conjunto associativo institucional ou pensar nela como um modelo pactual que tem por desiderato precípua a autonomia de vontade exercida por cada membro integrante da família, como peculiar sujeito de direitos e deveres.

Uma ferramenta útil para o enfrentamento da questão é a Teoria Hermenêutica. Ou melhor, um breve panorama das Teorias Hermenêuticas e sua legitimação social possibilitará uma visão mais abrangente da perspectiva estudada: o conceito de família e sua construção semântica. O marco teórico então convergirá para Hans-George Gadamer e sua premissa do “Horizonte de Significação”

Deste modo, no Capítulo I, iniciaremos pelo estudo dos principais léxicos de Gadamer, intituladas de Tradição, Horizonte, Preconceitos, e Círculo Hermenêutico, para, nos capítulos subsequentes, verificar como estes preceitos são acomodados e absorvidos pelo objeto eleito para análise: a evolução semântica do conceito de família.

Dessa forma, procuraremos mostrar a transformação da hermenêutica, sob a ótica gadameriana, em um procedimento mais extenso para o entendimento em si. Ela tornou-se, sem a inserção de qualquer técnica ou

método, imprescindível para qualquer tentativa de compreensão, passando a chamar-se de “*Hermenêutica Filosófica*”.

Para Gadamer, o compreender ocorre a qualquer tempo e espaço, porém acontece a partir de pré-compreensões ou preconceitos, que não são individuais, mas provenientes dos acontecimentos históricos, culturais e sociais que expressam uma consciência histórica repassada pela tradição.

Assim, nos empenharemos por mostrar que a consciência humana moderna assume “*precisamente como “consciência histórica” - uma posição reflexiva com relação a tudo que lhe é transmitido pela tradição. A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre a mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios*”.⁵

Com isso, os preceitos gadamerianos contribuirão para mostrar que o homem antes de entender a si mesmo como ser autônomo, necessita entender a si mesmo acrescido de tantas outras identidades construídas socialmente e culturalmente atribuídas; para então formar o seu próprio horizonte e projetá-lo para o futuro.

Isso significa dizer que, sob a ótica gadameriana, ao tentar compreender um fato histórico ou jurídico, *in casu*, a ADPF n. 132-RJ, a compreensão não será primeira e tampouco inaugural, ainda que o fato seja contemporâneo e sustentado por um abrupto rompimento paradigmático. Isto porque tais identidades emergem, mesmo inconscientemente, de um passado - *Famílias Institucionais* - o qual estamos intimamente conectados pela tradição e revelado pela linguagem, formando uma verdadeira “Fusão de Horizontes”.

Em outras linhas, ao falarmos do passado, sem qualquer tom saudosista, procuramos nos afastar de uma abordagem historicista, quer dizer, não houve qualquer pretensão em retratar o passado e a história com reverência ou como mera “curiosidade” despertada em museus. Nem como algo longínquo, pertencente a um mundo isolado, incomunicável e distante do presente, pelo contrário sustentaremos que compreender o passado enquanto

⁵GADAMER. Hans-Georg; Org. Pierre Fruchon. O problema da consciência histórica; tradução Paulo Cesar Duque Estrada, 3º ed., Rio de Janeiro: editora FGV, 2006, p.18.

realidade viva, do qual não podemos simplesmente desprezar, nos conduzirá ao horizonte futuro.

Atentando para esse aspecto, por assim dizer, reconhecendo a continuidade entre os horizontes do passado e do presente, este capítulo acaba por apresentar solo fértil não apenas para a “curiosidade” da evolução histórica da família, mas para identificar que o movimento ontológico positivo gadameriano propicia o compartilhamento entre os horizontes, tradições, culturas, histórias, enfim um fluxo constante entre passado e presente.

Assim sendo, esta perspectiva será relevante na confrontação da contínua e perene mudança a que a família vem absorvendo na contemporaneidade, sem dar, contudo, a devida atenção às tradições.

Outrossim, reveladas as bases do capítulo primeiro, passamos no Capítulo II, nominado “*A formação da família como instituição*”, analisar o conceito primitivo de família desvelando, por conseguinte, o núcleo definidor e estruturante da família.

Diante disso, perceberemos que não será fácil compreender a reestruturação da família se não visualizarmos as mudanças produzidas ao longo do curso histórico.

A partir de então, empenharemos esforços para demonstrar que a formação dos primeiros agrupamentos familiares, até alcançar o *status* de sociedade, emergiu e avançou não sem a presença pujante de regras condutoras institucionais.

Neste cenário, procuraremos enfatizar que nesse tempo primitivo permeava um arcabouço de ideias basilares no tocante à regulamentação da vida humana, ideias essas que se fundavam na unidade progressiva e na simplicidade da família como instituição. Ideias cobertas, inicialmente, sob o manto das regras consuetudinárias emanadas das tradições e crenças religiosas que, cultuadas pelas famílias, delineavam padrões comportamentais transmitidos de geração em geração.

Dito de outro modo, o que pretendemos mostrar é que, nessa época, não havia uma concepção individual de direitos ou qualquer aspiração à subjetividade, mas sim, o reforço à família como um grupo institucional

disciplinado por combinações estruturais que buscavam realizar tarefas em sociedade.

De progresso em progresso, procuramos mostrar que o caminho percorrido pelo homem antigo nos revela com clareza que o passado, ainda que distante, carrega consigo dados históricos, fórmulas, costumes, derrotas, vitórias, crenças, tradições que serviam e servem de alicerce para o futuro, como se eles - passado e futuro - mantivessem um constante e harmônico diálogo.

Nessa linha de pensar, não se pode negar que a persistência de antigos pensamentos costumeiros ou religiosos no curso do tempo não deixou de inspirar a forma de organização da vida em sociedade e a instituição dos primeiros comandos legais.

Dentro desse contexto histórico, esse capítulo segundo restou fracionado em três subcapítulos: no primeiro o leitor encontrará uma análise dos caracteres centrais da Família, dos influxos emanados pelos costumes, crenças religiosas e os reflexos que repercutiram nas relações familiares primitivas.

No segundo procuraremos enfatizar o elemento estruturante da família, no berço do Direito Romano, notadamente quando o homem tornou-se um ser social e passou a seguir unanimemente padrões de comportamento exigidos por normas vinculantes e obrigatórias, de sorte que aqueles que não as seguissem podiam comprometer seus destinos.

Encerrando esse capítulo, na terceira parte delinearemos o Matrimônio como fonte formadora de família na medievalidade, com destaque à influência do papel exercido pelo Direito Canônico sobre a família.

Na verdade, nos empenharemos em demonstrar que, após a queda do Império Romano, o Direito Canônico fez progressos, ganhou espaço, disseminou-se, e, com isso, impôs regras à vida privada do homem. Pois, solenizou o Matrimônio como verdadeiro padrão de comportamento com o escopo de pôr limites às aventuras do afeto; concentrou estereótipos comportamentais e institucionalizou normas à família de acordo com a palavra de Deus tal como expresso na Bíblia.

Avançamos para o Capítulo III, a destacar as principais reformulações perpetradas na Teoria do Direito e sua irradiação ao campo do Direito de Família, com ênfase na constitucionalização do Direito Privado que acabou por reformular a antiga dicotomia havida entre os universos público e privado.

Seguindo a trajetória histórica do perene confronto entre mundos tão díspares - público e privado -, enfatizaremos que a diferença entre essas esferas atravessou o tempo em consonância com a mobilidade humana, de tal sorte que, hoje, podemos assim dizer, há uma espécie de relativização entre elas, cujo fato permite, justifica e confere ao ente público a legitimidade de poder intervir tão intimamente na vida do homem.

Esta relativização, ousamos dizer, não torna o campo público em privado, tampouco constitui um total domínio público sobre o privado. Significa apenas dizer que a antiga dualidade existente entre esses campos encontra-se hoje ressignificada, não sendo possível, via de consequência, concebê-los como mundos completamente distintos e impenetráveis.

Justificamos tal assertiva com a ADF n. 132-RJ que, ao reconhecer as uniões familiares entre pessoas do mesmo sexo, acabou por tratar sobre bem essencialmente íntimo da pessoa humana, o que sinaliza, de certa forma, ver o Direito de Família e, por conseguinte, a Família hodierna de um modo repersonalizado.

Por derradeiro e enfoque final, o Capítulo IV se lança na compreensão hodierna de família assentada no apogeu do indivíduo e comprometida com a efetivação do direito subjetivo do homem e a afetividade como pontos nodais deste novo modo de pensar contemporâneo, perfil este consagrado ao Estado brasileiro pela Constituição Federal de 1988.

De início, procuramos enfatizar os relacionamentos interpessoais familiares regrados por normas institucionalizadas pelo Estado. Esta realidade é justificada a partir do momento em que o homem decide viver em sociedade, e, por conseguinte, abdica parte de sua liberdade em favor de uma vontade maior - coletiva -, o que, inevitavelmente, acaba por moldar o comportamento em consonância com as normas de condutas responsáveis pelo viver social.

Nesse esteio, Arendt⁶ afirma que,

...quando os homens tornaram-se seres sociais e passaram a seguir unanimemente certos padrões de comportamento, de sorte que não seguissem as regras podiam ser considerados sociais ou anormais.

Nessa perspectiva, mostraremos que a própria organização da sociedade nasceu e cresceu em torno do agrupamento familiar e numa tentativa clara de organizar e estruturar os elos interpessoais criaram-se padrões que reforçavam o coletivo, o grupo e a família como instituição, não deixando qualquer espaço às aspirações individualistas.

Assim, tentaremos mostrar neste último capítulo que o fervor revolucionário dos séculos anteriores fizeram emergir impactantes mudanças no cenário jurídico contemporâneo, sobretudo, após o advento da Constituição Federal de 1988 que, ao prescrever um rol de direitos fundamentais e atuar em toda a seara do Direito, trouxe consigo uma realidade jurídica reestruturada.

Em outras linhas, enfatizaremos que a família não passou ao largo de toda essa reestruturação. E, com isso, absorveu os influxos culturais, econômicos, históricos e sociais, notadamente a partir do intervencionismo estatal, com o apogeu da Carta Maior de 1988, que fez desencadear uma ampla e acelerada ressignificação do núcleo estrutural da família.

Os aportes constitucionalizantes carregaram um feixe de princípios que incidiram em todos os ramos do direito, inclusive, no Direito de Família, de modo que as visualizações meramente privatistas da antiga legislação civilista deixaram de lado o patrimonialismo exacerbado para adquirir a concepção de respeito à pessoa humana.

Como bem ensina Tepedino⁷ que,

é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em

⁶ARENDR, Hannah. A condição humana. Tradução: Roberto Raposo; revisão técnica: Adriano Correia, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 51.

⁷TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, p. 328 - *in* - FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). Temas atuais de direito e processo de família, 1 série, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 24.

particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.”

Daí sobreleva considerar o entendimento esposado por Antônio Teixeira Fernandes⁸ acerca do modelo familiar hodierno,

A família tornou-se um espaço emocional, percorrido por dinamismos contrastantes, onde se desenham estratégias centradas na realização pessoal. Nos nossos dias é cada menos uma comunidade estável, sujeita como está a sucessivas oscilações. Os direitos subjetivos tendem a prevalecer sobre as obrigações inerentes ao grupo. A prioridade reclamada para a felicidade individual conduz progressivamente à instrumentalização da família.

Neste diapasão, o entendimento acima sinaliza a nova forma de ver a família contemporânea. Alçada a novos patamares, sob a inspiração de novos princípios, a família atual finca seu alicerce na subjetividade e na realização individual de cada membro integrante dela. Contudo, e, apesar disso, mostraremos que o sentido familiar ressignificou, porém, não esconde a necessidade de ver regularizados elementos institucionais de proteção desse novo modo de pensar.

Assim, em decorrência a estas características, procuramos mostrar que, malgrado a constante reformulação da família, vivemos, atualmente, um gradativo processo de adaptação à reestruturação desse novo conceito de família e não um total esvaziamento da concepção institucionalista de família.

Finalizamos, com a conclusão do trabalho que, não tendo qualquer pretensão de esgotar o tema ora analisado, procura de algum modo contribuir com a compreensão do conceito de família contemporâneo. Demonstramos, assim, que a ressignificação da família não é um rompimento com os elementos estatais de proteção de seus membros, nem a desinstitucionalização desorganizadora da vida dos indivíduos, sejam tomados isoladamente sejam em arranjos afetivos diversos.

⁸FERNANDES. Antônio Teixeira. Dinâmicas familiares no mundo atual: harmonias e conflitos. p. 1153.

Bem o contrário, as evidências demonstram que a estrutura normativa da família ressignificada foi e é um objetivo dos movimentos sociais que, depois de superarem as interpretações limitadas da ideia de família, procuram no Estado a preservação de suas conquistas.

CAPÍTULO I: HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: IMPORTÂNCIA DE GADAMER NA TEORIA DA HERMENÊUTICA

Neste primeiro capítulo, procuraremos justificar que, a partir da escolha do tema do presente estudo "*O horizonte da significação*" do conceito de família a partir da ADPF n. 132-RJ", muitas das posições que serão manifestadas no perpassar desse trabalho estarão assentadas nas ideias do filósofo alemão Hans-Georg Gadamer.

Assim, a hermenêutica surgirá como fio condutor de nosso trabalho, ou, para falar de outra forma, a hermenêutica filosófica formulada por Gadamer servirá de ferramenta para a compreensão do desenvolvimento do horizonte da significação do conceito de família, objeto do presente estudo.

Nesse contexto, o presente capítulo terá então, de início, como uma de suas missões, apresentar as fases que corroboraram para o desenvolvimento da história da hermenêutica como teoria da interpretação até a contemporaneidade.

Isto quer dizer que se faz necessário antes traçar um panorama, ainda que de forma simplista, sobre o progresso da teoria da hermenêutica, ou seja, falar da relevância dessa teoria desde o nascimento da ideia de interpretar as mensagens enviadas pelos deuses até a hermenêutica filosófica contemporânea que se encontra embutida na compreensão, isto é, em qualquer atividade perpetrada pelo homem.

Ressalta-se que esta etapa preliminar nos ajudará inclusive a compreender como a hermenêutica não exaure seu objeto tão só com a interpretação dos complexos textos sagrados, literários ou jurídicos, mas também, como se desvelou, ao longo do tempo, um instrumento que se insere num contexto mais global, ou seja, necessário em todos os atos da vida humana.

Perpassado esse estágio introdutório das Hermenêuticas, não podemos olvidar que o escopo do presente trabalho está assentado na revolucionária orientação do filósofo germânico, reconhecidamente uma referência fundamental no cenário filosófico contemporâneo, Hans-Georg Gadamer.

De nossa parte, pretendemos apenas rematar as principais ideias desse filósofo, lembrando que o escopo do presente estudo é contribuir com discussões no campo jurídico e não filosófico, isto é, procuraremos chamar atenção para alguns termos-chave no léxico gadameriano, (por exemplo, aquilo que ele reconhece como tradição, preconceito, consciência histórica, distância temporal e fusão de horizontes) que servirá de pano de fundo à pesquisa e nos conduzirá nessa empreitada.

Por óbvio, não se trata de um resumo geral da obra de Gadamer, o que, registre-se, não seria possível no presente trabalho, mas trataremos de esclarecer os instrumentos que se relacionam diretamente com o tema da presente dissertação.

Dentro do contexto gadameriano, importa dizer que, revelar o horizonte da significação do conceito da família a partir da atual Jurisprudência pátria, notadamente, a ADPF 132 - RJ e da ADI 4277⁹ e investigar o elemento definidor estrutural da família nos dias de hoje, são tarefas a que nos dedicaremos no presente estudo.

Aliado a isso, enfatiza-se o interesse de contribuir com a reflexão a partir da constatação de que hoje há incertezas se ainda vivemos nos moldes do elemento estrutural institucional familiar de antigamente dada as recorrentes mudanças perpetradas no conceito de família ao longo de todo esse tempo, e, a partir daí, como tais transformações operaram no conceito de família atual?

⁹ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132- Rio de Janeiro. STF, Relator: Ministro Ayres Britto; Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro e outros. 05.05.2011, p. 67 e 68. “As duas ações foram julgadas procedentes, por unanimidade, e grande parte dos Ministros acompanhou na integralidade o sensível e juridicamente preciso voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. O Supremo Tribunal Federal brasileiro entendeu que a união homoafetiva é entidade familiar, e que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher”. Por outro lado, é válido esclarecer que o trabalho não será conduzido para essa discussão, mas, para refletir se o elemento definidor da família atual ainda encontra guarida no elemento institucional ou não.

Ou seja, compreender que, ainda, que exista perene e constante mobilidade e evolução na história, esta, todavia, não significa dizer que propiciará abrupta ruptura com o passado, ao contrário, os conceitos e os valores simplesmente transformam os seus significados, os sentidos se alteram com o perpassar do tempo, se invertem, se modificam, se reestruturam, mas não se rompem com a tradição.

In casu, procuraremos demonstrar tal avanço a partir de um plano jurídico, ou seja, do julgamento da ADPF nº 132 - RJ e ADI 4277, que reconheceu a união dos casais homoafetivos, como entidade familiar, equiparando-a as uniões estáveis entre casais heterossexuais.

Dentro desse contexto, partindo do preambular conceito de que a família tradicional, fincada em um elemento institucional, era constituída tão só por homem, mulher e filhos oficializada pelos laços sagrados do matrimônio, o *decisum* prolatado na ADPF acabou por representar aparente evolução semântica do conceito de família haja vista o processo de secularização assentado na ascensão da ideologia dos direitos individuais inerente a cada membro da família.

Assim, reconhecendo o dinamismo da historicidade, podemos dizer que o novo modelo contemporâneo de família pactual, que tem por desiderato a autonomia individualista da vontade, acabou por influenciar a extinção do modelo tradicional institucional familiar, ou, simplesmente, afirmar que o significado de família modificou, ou melhor, reestruturou-se com o perpassar do tempo, sem, contudo, romper com suas tradições. Serão alguns pontos controversos a serem enfrentados no presente estudo.

A par dessa problemática, utilizaremos os principais preceitos hermenêuticos gadamerianos, que além de nos conduzir como ferramenta para a construção do horizonte da significação do conceito de família a partir da jurisprudência hodierna também nos auxiliará na elucidação de eventuais, possíveis e futuros questionamentos.

Entrementes, quando se recua no tempo, sob o ponto de vista das teorias Hermenêuticas, precisamente no pensamento grego clássico, a expressão hermenêutica como arte de interpretar textos surge inspirado no semideus *Hermes*, que na mitologia grega tinha a árdua tarefa de transmitir

aos humanos a mensagem dos deuses. Nessa fase, evidencia-se notória ambivalência da hermenêutica, que já em sua origem transitava entre uma arte e uma técnica.

Em outras linhas, o papel de Hermes não podia ser visto como simples tradução de linguagem, mas como a missão de transportar a mensagem divina para o âmbito da compreensão humana, para o horizonte finito e limitado da experiência dos mortais.

Ao longo de sua história, a hermenêutica, como teoria da interpretação se fazia presente sempre que uma mensagem ou um texto se mostrava de difícil compreensão, geralmente por ter sido escrito em tempos antigos. Não era, portanto, uma disciplina ou um ramo autônomo de estudo, mas um mecanismo a ser utilizado apenas quando um texto se mostrava dificultoso.¹⁰

Não havia, portanto, um estudo sistematizado acerca da compreensão e interpretação de textos. O que havia, de fato, eram estudos feitos dentro de disciplinas específicas, já previamente orientadas. Buscava-se, por exemplo, o auxílio da hermenêutica para interpretar obras religiosas, textos do Direito e da Literatura.

Dentro desse contexto, Sandro Simões¹¹ obtempera que,

A principal consequência a demonstrar a partir de tal alteração do desenvolvimento hermenêutico é uma ligeira transferência do mistério que envolvia o esforço hermenêutico da ritualidade religiosa antiga e medieval, ligada, como já dito, à uma iniciática hermética bem evidente na alquimia, por exemplo, para a obscuridade como um obstáculo da inteligência do texto, o que ressalta a função hierática da hermenêutica como técnica ou método a serviço do entendimento humano.

Nesse esteio, é que juristas e literatos buscaram criar regras acerca da interpretação dos textos que lhes eram objeto de estudo. Foram questões

¹⁰“Falamos de interpretação quando o significado de um texto não é compreendido de imediato. Uma interpretação torna-se necessária. Em outros termos, torna-se necessária uma reflexão explícita sobre as condições que levam o texto a ter esse ou aquele significado. A primeira pressuposição do conceito de interpretação é o caráter estranho daquilo a ser compreendido...”- in - GADAMER. Hans-Georg. O problema da consciência histórica. Organizador: Pierre Fruchon; tradução: Paulo César Duque Estrada, 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.19.

¹¹SIMÕES. Sandro Alex de Souza. Hermenêutica e interpretação ou do “destempo” e o tempo de Castorp, -in - DIAS, Jean Carlos, KLAUTAU FILHO, Paulo. Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 55.

específicas de cada ramo, isto é, problemas relacionados a cada um desses campos, que fizeram emergir os primeiros estudos sistemáticos de hermenêutica.

Apenas a título de ilustração, a teologia sinalizava a necessidade de entender, de modo unitário, a mensagem da Bíblia - considerando que havia ali uma compilação de vários textos, escritos em épocas diversas, além da difícil harmonização entre o velho e o novo testamento, entre o Deus que castigava em nome da justiça para o Deus do perdão e do amor - representou um impulso inicial que se mostrou primordial ao surgimento da hermenêutica teológica. A preocupação dos teólogos não era primeiramente filosófica, mas pragmática. Queriam entender como deveriam se comportar para obedecer à vontade de Deus.

Não muito diferente, percebe-se que a preocupação não era em primeiro plano filosófica, mas, notadamente, prática. O escopo pelo qual um operador do direito se debruçava sobre textos legais, sobre estudos de ética e de política não era simplesmente especulativo, mas tendente a julgar de forma adequada os casos que se apresentam, a dizer o direito naquela situação concreta. Desta feita, o jurista não pergunta (ou não perguntava em épocas passadas), o que o texto quer dizer de forma abstrata, mas que deveres e direitos, em determinado caso, são exigíveis com base em determinada norma.

Em todo caso, não é difícil perceber que tanto estudiosos da literatura clássica quanto teólogos e juristas desenvolveram apenas regras especialmente engendradas para o seu âmbito de ação e de conhecimento, raciocinando como se cada campo demandasse regras próprias e específicas de interpretação. Daí a denominação, de início, utilizada, de “Hermenêuticas Regionais”.

Contudo, dentre as inúmeras transformações que a Hermenêutica passou, a Reforma Protestante trouxe consigo uma nova hermenêutica que, ao quebrar o monopólio eclesiástico da Igreja Católica de interpretação dos textos sagrados, alargou as fronteiras da interpretação ao permitir que esta se universalizasse. Isto acabou trazendo uma forma ampliada de interpretação fazendo com que os mecanismos interpretativos fossem manipulados por um

grupo crescente de pessoas que ainda assim, em termos estritamente teológicos, precisavam ter compreensões iguais do Deus católico.

Nesse particular, percebemos que a hermenêutica pautada em uma interpretação limitada com o propósito de extrair tão só a autenticidade do texto acabou se tornando refém das garras da metodologia de tal forma que, sob a concepção de um método, a forma de entendimento nada mais era que corresponder às expectativas razoáveis do escrito, o que acabava por implicar uma visão estreita e afetada que maculava o próprio entendimento.

Isso significa dizer, em síntese, que a missão do método consistia em um exercício metodológico de orientação ingênua, neutra e objetiva com o escopo de extrair, ou melhor, revelar tão somente o próprio texto na autenticidade de seu sentido original.

Assim sendo, confinava-se falar de interpretação somente quando o significado de tal texto se mostrasse incompreensível ou obscuro. Daí porque, *“a primeira pressuposição do conceito de interpretação é o caráter “estranho” daquilo a ser compreendido”*.¹²

Com isso, a multiplicidade de métodos, técnicas díspares e específicas para a interpretação dos mais diferentes tipos de texto corroboraram à formação da ideia de fazer surgir uma teoria hermenêutica universal que permitisse abarcar um procedimento cuja aplicabilidade incidisse em todas as formas de interpretação.

Aliado a isso, não podemos olvidar que a amplitude das coisas e dos objetos que podiam ser interpretados e compreendidos no mundo não mais se restringiam às obras escritas, mas se estendiam a uma gama imensurável de expressões humanas. Daí a necessidade de uma teoria hermenêutica mais abrangente com incidência em toda e qualquer situação em que o homem se expresse.

Isso manifesta, aparentemente, a passagem, ou melhor, opera-se a transição das teorias hermenêuticas regionais para a hermenêutica universal, isto é, um estágio mais avançado em que se projeta a unificação de várias

¹² GADAMER. Hans-Georg. O problema da consciência histórica; Organizador Pierre Fruchon; tradução Paulo Cesar Duque Estrada, 3º ed., Rio de Janeiro: editora FGV, 2006, p. 19.

teorias hermenêuticas de disciplinas específicas em uma hermenêutica mais extensa e intensa.

A interpretação, tal como hoje a entendemos, se aplica não apenas aos textos e à tradição oral, mas a tudo que nos é transmitido pela história: desse modo falamos, por exemplo, da interpretação de um evento histórico ou ainda da interpretação de expressões espirituais e gestuais, da interpretação de um comportamento etc. Em todos esses casos, o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o verdadeiro significado que se encontra escondido.¹³

Nesse contexto, percebemos que, hoje, diferentemente dos primeiros ensaios de interpretação, a hermenêutica não mais corresponde à concepção de método ou técnica, na verdade, há entre nós uma teoria hermenêutica¹⁴, ou melhor, uma hermenêutica filosófica ampla, aberta, incrustada no centro de todas as formas de compreensão. *“A hermenêutica, quando vista como um ser no mundo, é a forma mais primordial de entendimento”*.¹⁵

Nesse esteio, não podemos olvidar que tal advento se deve a incontáveis personagens de nossa História que se preocuparam em revelar a sua importância, e todos eles puseram-se, com tenacidade e inteligência, a refletir sobre essa questão, construindo desse esforço mútuo, um cabedal imensurável de lições que permeiam a teoria hermenêutica hodierna.

Assim, ao longo do tempo, destacados filósofos se debruçaram a pensar acerca de uma Teoria Hermenêutica mais ampla, por exemplo, Spinoza, Ast, Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Gadamer, Ricoeur, etc.

Cada um em seu tempo, e todos irremediavelmente vinculados às influências intelectuais de sua época, contribuíram de forma decisiva para a formação e o incremento de uma hermenêutica universal.

¹³ Idem, ibidem, p. 19;

¹⁴ Para iniciarmos um debate sobre a hermenêutica voltemos à própria palavra. Consoante Lawrence, *“hermenêutica é uma transliteração modificada do verbo grego “hermeneuein”, que significa expressar em voz alta, explicar ou interpretar, e traduzir”*

O termo nos remete à Antiguidade Clássica e tem uma denotação mais limitada. O termo grego *“hemeneuein”* que significa interpretar, é a raiz da qual a palavra hermenêutica derivou. Para os gregos, a interpretação era a elucidação e explicação das elusivas mensagens e sinais sagrados- in – LAWN. Chris. Compreender Gadamer, Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis - Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 66;

¹⁵ LAWN. Chris. Ob cit., p. 63.

Embora não nos detenhamos aqui em uma análise profunda de todos os matizes das obras desses filósofos, não podemos deixar de ventilar que em Friedrich Schleiermacher (1768-1834), desvelou-se, em seu tempo, a assunção percussora e mais aguda da noção de hermenêutica universal.

Aqui, a interpretação em toda e qualquer situação, consiste em algo mais complexo que a mera atribuição de um significado linguístico a um texto obscuro e de difícil compreensão.

Por sua vez, Schleiermacher concebia a hermenêutica como a arte de compreender a linguagem, seja essa linguagem na forma escrita, quanto falada.

Nesse contexto, esse filósofo faz alusão ao *Círculo Hermenêutico*¹⁶ e o aponta como uma espécie de enigma da interpretação. Nesse sentido, precisa é a lição de Sandro Simões¹⁷, quando afirma que,

Para o círculo hermenêutico, deve-se fundar a interpretação em uma relação entre o todo e as partes individuais. Toda a compreensão envolve o movimento constante que vai da unidade do todo para o entendimento das partes individuais e dessas para a compreensão da unidade do todo. Trata-se de ter em mente que na atividade interpretativa não estão imersos apenas os elementos do texto ou do objeto a ser compreendido, mas o próprio intérprete e o contexto em que a relação se realiza, sendo os limites da atividade, contudo, circunscritos pelo texto que é a realidade dessa relação, o que conecta tudo, para o que todos os demais elementos do sujeito, o intérprete, passam a ser possibilidades do seu entendimento.

A partir desse discurso clássico do círculo hermenêutico¹⁸, podemos notar que o intérprete, ao interpretar um texto, acaba por desenvolver um

¹⁶ É uma regra tradicional da hermenêutica formulada primeiramente pela hermenêutica romântica, mas sua origem remonta à retórica antiga, que significa dizer que as partes só podem ser compreendidas a partir da compreensão do todo, mas que o todo só pode ser compreendido a partir da compreensão das partes.

¹⁷ SIMÕES. Sandro Alex de Souza. *Hermenêutica e interpretação ou do “destempo” e o tempo de Castorp*, -in - DIAS, Jean Carlos, KLAUTAU FILHO, Paulo. *Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 56, 57.

^{18a} *Em cada nível de interpretação nós estamos envolvidos em um círculo hermenêutico. Não podemos conhecer a leitura correta de uma passagem em um texto, a menos que saibamos, de maneira aproximada, o texto como um todo; não podemos conhecer um texto como um todo a menos que conheçamos determinadas passagens. Não podemos conhecer o significado de uma palavra a menos que conheçamos os significados das palavras vizinhas e do texto como um todo; conhecer o significado do todo envolve conhecer o significado de palavras individuais. Não podemos entender totalmente o texto a menos que conheçamos a vida do autor e as*

movimento harmônico, que se inicia com a interpretação de um significado projetado do todo para as partes, e, posteriormente, retorna das partes para o todo, que mais tarde será suscitado por outros filósofos renomados como Heidegger e Gadamer.

Em uma de suas obras, com o propósito de criar uma teoria hermenêutica mais abrangente e aplicável a todas as formas de interpretação, Schleiermacher procurou pautar a distinção entre elementos gramaticais e pensamentos do autor, incluindo neste pensar, as crenças, as intenções, a cultura da época do autor, enfim, do espírito de seu tempo.

Explorando um pouco mais a hermenêutica romântica de Schleiermacher, vale dizer que o movimento do intérprete incluía não apenas a interpretação da palavra e seu significado linguístico, mas também permitia aferir a individualidade do autor, que juntos, se entrelaçavam, uma dependendo da outra, para completar a tarefa de interpretar.

Dentro desse contexto, percebemos que o método de compreensão schleiermacheriano, em qualquer texto, acabava por nos conduzir a um entendimento bifurcado, na medida em que se impunha a necessidade tanto do conhecimento e domínio da estrutura gramatical no qual foi escrito o texto, quanto o compreender, ou melhor, reconstruir o estado da mente de como o autor encontrou e manuseou as palavras a sua época.

Com isso, Schleiermacher ampliaria a interpretação para além dos significados gramaticais, ou seja, a teoria da hermenêutica sofreria profunda mudança na tarefa da compreensão, eis que a preocupação central do intérprete passaria a ser a recriação do processo criativo do autor para então compreender o significado intencionado por ele (autor). Ou seja, não mais se permitiria extrair os elementos do texto, mas a individualidade psicológica do autor que, juntos, faziam funcionar a interpretação.

Gadamer, por sua vez, ao dialogar com Schleiermacher, revela que a matriz de uma interpretação universalmente válida agasalha-se sob o manto da

palavras como um todo; mas isso requer conhecimento dos textos e outros eventos que constituem sua vida. Não podemos entender totalmente um texto a menos que conheçamos toda a cultura da qual foi extraído, mas isso pressupõe um conhecimento dos textos, etc., que constituem a cultura" LAWN. Chris. Ob cit. p. 69, 70.

compreensão, isto porque, na compreensão, as individualidades do autor e do intérprete são incomparáveis.

Nesse esteio, Gadamer deixa de convergir com a ênfase dispensada à interpretação psicológica do autor do texto, pois, em vez de trabalhar um consenso com a verdade extraída do texto, a tarefa central do intérprete acaba por propiciar a recriação do processo criativo do autor da obra para, posteriormente, compreender o significado almejado por ele, afastando-se, por completo, do verdadeiro escopo hermenêutico, qual seja, a compreensão da verdade embutida no texto.

Nesse sentido, *Jean Grondin*¹⁹ obtempera:

Schleiermacher of hermeneutics as a *Kunstlehre* des *Verstehens*, a doctrine of understanding. Understanding in this tradition is the process by which an ambiguous or obscure passage (of Scripture, for instance) is made intelligible. How one construes this notion of understanding more precisely is of secondary importance here and does not concern Gadamer directly either.

Por essa razão, quando compreendemos um texto, não podemos nos colocar no lugar do autor tampouco seria o caso de esmiuçar a atividade subjetiva dele, na verdade, o que se pretende nada mais é do que apreender simplesmente o sentido, o significado daquilo que nos é transmitido. “O sentido da hermenêutica é revelar o milagre da compreensão...”²⁰

Corroborando *Grondin*, desta vez, citado por *Lawn*²¹.

As hermenêuticas [...] devem ser consideradas de acordo com “o significado primordial do mundo, onde indicam o negócio da interpretação”. Este entendimento do termo rejeita a visão, dominante desde *Schleiermacher* e *Dilthey*, de que a hermenêutica é uma arte da técnica de entendimento, com o objetivo principal de constringir uma fundação metodológica para as ciências humanas. Não é a teoria da interpretação, mas sim a interpretação em si que é o alvo principal de uma hermenêutica para alcançar o *status* de filosofia.

¹⁹ GRONDIN, Jean. Gadamer's basic understanding of understanding - in - DOSTAL, Robert J. The Cambridge Companion to Gadamer; Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p.37.

²⁰GADAMER. Hans-Georg; Organizador Pierre Fruchon. O problema da consciência histórica; tradução Paulo Cesar Duque Estrada, 3º ed., Rio de Janeiro: editora FGV, 2006, p. 59.

²¹ GRONDIN, Jean, 1994, p. 98 *apud* LAWN. Chris. Compreender Gadamer. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis - Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 81;

Atentando para estes aspectos, destacamos que a teoria hermenêutica universal implantada por Schleiermacher, malgrado seja alvo de críticas, pouco encontrou similitude nas antigas teorias da hermenêutica, daí porque representou movimento chave à mudança da hermenêutica.

Nesse diapasão, *“until Heidegger in the 1920s characterized his project fundamental ontology as hermeneutical, hermeneutics had, for the most part, been considered narrowly as pertaining to the interpretation of texts”*.²²

Grande influenciador na hermenêutica gadameriana, Martin Heidegger²³, filósofo importante na história do desenvolvimento da hermenêutica, foi o primeiro que conseguiu libertar o conceito de vida da justificação metodológica, daí porque trouxe consigo uma filosofia nova assentada em uma hermenêutica, que a nomeou de *Hermenêutica da Facticidade*, isto é, uma *“hermenêutica que comunica não só o aspecto teórico, mas também outros aspectos do ser humano”*.

Para Heidegger, nas palavras de Lawrence²⁴, *“a hermenêutica é o anúncio e o fazer conhecer do ser de um ser em seu ser”*.

Isso porque a ideia de compreensão abraçada por Heidegger nasce originalmente da própria vida humana, ou melhor, do modo de ser do ser no mundo, e não mais, como anteriormente, através de uma justificativa metodológica tradicional e especulativa.

²² DOSTAL, Robert J. *The Cambridge Companion to Gadamer*. Cambridge University Press, 2002, p. 02;

²³ Gadamer seguidor de Heidegger, embora tivessem trajetórias de vida distintas, ambos os filósofos identificavam o avanço hermenêutico não mais como o método para interpretar corretamente os textos sagrados, mas um movimento constante e presente no dia-a-dia do homem. *“Historically, both pointed to the significant role of ancient Greece in the development of science. Gadamer spoke of science as the foundation of modern european culture, while Heidegger sneered at the pseudo civilization of the West and saw Germany as the sucessor to Greece. Both understandably saw the university and Germany in a significantly new situation. In the name of science, Gadamer silently resisted the new regime, while Heidegger embraced the new regime in his attempt to redefine science as being one with the Fuhrer and das Volk... Both asserted that a questioning stance is the central characteristic of this life. Yet Heidegger presented this questioning life as the life of the will and its fate and asked that this life identify itself with the new regime. Gadamer argued that a life of science has three primary characteristics: absent-mindedness (objectivity), doubt, and humility. Gadamer characterizes himself as resisting many of the Marxist-Leninist reforms of the university, yet “When I did not get my way with them, and that was of course most of the time, the Russians could at least be certain that I would carry through their directives exactly, even against my own convictions”.* (destaque aposto) - *in-* DOSTAL, Robert J. *Gadamer: The man and his work*. The Cambridge Companion to Gadamer. Cambridge University Press, 2002, p. 22, 23.

²⁴ SCHIMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis- Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p.84.

Nesse contexto, Heidegger sustentava que a compreensão consistia na forma da realização do “*Dasein*”, termo de difícil tradução, mas que escolheu para indicar o “*ser*” lançado no mundo, em sua condição histórica, em seu tempo, na qual a compreensão lhe era possibilitada.

Em outras palavras, a tarefa hermenêutica de *Heidegger* compreendia interpretar o “*Dasein*”, ou seja, permitir a completa inserção do *ser-aí* na atividade hermenêutica. Isso implica dizer que, a partir de então, a compreensão encontrava-se assentada a estrutura ontológica fundamental do ser humano, isto é, na própria realização do ser no mundo.

Uma vez mais, com acuidade, Sandro Simões²⁵ afirma que,

Vale notar, então, que a relação de compreensão de texto importar-se em compreender-se diante do texto. Isso é que significa a ultrapassagem do formalismo que está embutido na proposta inicial de *Schleiermacher* e que será superado por *Heidegger* a partir de uma nova conceituação do círculo hermenêutico como uma operação que envolva o sujeito enquanto *ser-aí*, enquanto presença no mundo.

Desta feita, podemos notar que, diferentemente da hermenêutica schleiermacheriana, a partir da hermenêutica da facticidade a compreensão se tornou mais ampla e passou a exigir a presença do sujeito diante do texto, na verdade, em *Heidegger* o movimento de interpretação se faz perene e presente na “*estrutura do entendimento na vida diária*”²⁶ do homem. Daí por que conseguimos compreender que o historiador, por exemplo, somente consegue revelar a história porque está inserido nela.

Nessa ordem, *Grondin*²⁷ revela:

According to Heidegger, every understanding presupposes an interpretation of Being of what it is “to be there”, that must be cleared up, sorted out by a being (*Dasein*), that, as a being of understanding, can also understand its own self and its own possibilities of understanding. This sorting out of understanding (*Verstehen*), Heidegger terms “*interpretation*” (*Auslegung*), so that his “hermeneutics”...

²⁵SIMÕES. Sandro Alex de Souza. Ob cit., p. 58.

²⁶LAWN. Chris. Compreender Gadamer. Ob cit., p. 81.

²⁷Idem, ibdem, p.38.

Dentro dessa linha de raciocínio, podemos ver que em Heidegger a noção de compreensão nasce da relação direta com o modo do ser no mundo, isto é, a possibilidade do ser-aí – homem – ser lançado no mundo e estar aberto às múltiplas coisas que o mundo lhe oferece.

Daí por que, cada entendimento pressupõe uma interpretação que deve ser definida por um ser-aí, enquanto presença no mundo. Isso porque nesse projetar-se incessantemente pelo mundo, o ser tem modos particulares e isso implicará conseqüentemente em suas interpretações e decisões que serão distintas, dentro das possibilidades, enquanto presente no mundo.

Assim, a compreensão concebida como transcendência do ente realizada pelo homem tornou a interpretação mais extensa e complexa, ou seja, deixou de ser adstrita tão só aos textos específicos e regionais para abraçar todo e qualquer acontecer que envolvesse compreensão humana. Daí por que a filosofia hermenêutica heideggeriana revelou-se impactante dentro da hermenêutica tradicional e trouxe fortes influências às teorias de Gadamer.

Diante desse pequeníssimo resumo acerca da trajetória perpassada pela Teoria Hermenêutica, embora limitado e sem qualquer pretensão em esgotar o tema, é indispensável para que se compreenda o que *Gadamer* trouxe consigo como aspecto filosófico de sua hermenêutica.

Assim, com tão breve relato, não é difícil perceber que a hermenêutica tradicional ao longo dos séculos sofreu impactante avanço, pois, de início, considerada apenas uma técnica específica ou um método para interpretar e decifrar os signos de “estranha” compreensão das sagradas e literárias obras, ao tempo de *Schleiermacher* e *Heidegger*, contudo, a hermenêutica deixou de ser tão só a arte para leitura ou compreensão dos textos, para tornar-se uma “*descrição da natureza do entendimento humano em si*”²⁸.

Desta feita, todo esse avanço que aloca a hermenêutica, daqui por diante, no centro de todas as coisas, nos permite crer que toda e qualquer conduta humana depende da compreensão.

²⁸LAWN. Chris. Ob cit. p. 82.

Dito de outro jeito, a partir do instante em que a compreensão foi elevada ao *status* de condição humana fundamental significa dizer que o homem é um ser que, enquanto é, interpreta e compreende tudo em sua volta.

Sendo assim, perpassado esse estágio primevo das Hermenêuticas, não podemos olvidar que o escopo do presente trabalho está assentado à revolucionária orientação do filósofo germânico, reconhecidamente uma referência fundamental no cenário filosófico contemporâneo, Hans-George Gadamer²⁹.

Nesse sentido, empenharemos esforços no desiderato de mostrar, primeiramente, as principais orientações hermenêuticas ensinadas por Gadamer para, posteriormente, justificá-las no desenrolar da problemática de nosso trabalho.

Esse filósofo alemão transformou a hermenêutica em um procedimento mais extenso para o entendimento em si, isto é, tornou-a imprescindível para qualquer tentativa de compreensão e a chamou de “*Hermenêutica Filosófica*”.

A investigação filosófica, em Gadamer, não precede qualquer método, haja vista que não foi à intenção desse filósofo criar uma doutrina da compreensão ou um mecanismo para interpretar, mas sim entender o que acontece quando ocorre uma interpretação sem a inserção de qualquer técnica ou método.

A partir das ideias engendradas por Heidegger, Gadamer buscou estabelecer as tarefas da hermenêutica moderna, tematizou conceitos hermenêuticos essenciais para melhor definir a hermenêutica na sua validade.

Assim, sucessor de *Heidegger*, Gadamer, (1900-2002), procurou delinear em sua filosofia a dimensão histórica na qual situa a experiência hermenêutica, chamando atenção para a consciência de tradições que antecedem o sujeito e o objeto, dando prosseguimento ao historicismo e ao movimento da epistemologia.

²⁹ Gadamer nasceu em fevereiro de 1900, na pequena cidade universitária de Marburg, na Alemanha do segundo império. Sua família era da Silésia (hoje Polônia) e eles logo mudaram de volta para a sua cidade principal Breslau (Wroclaw agora), então uma das maiores cidades da Alemanha, onde Gadamer cresceu. Tempos depois, a vida deste filósofo alemão tornou-se pública com suas obras filosóficas. Gadamer se tornou figura relevante no desenvolvimento da hermenêutica do século XX. Influenciado pela filosofia de Heidegger, Gadamer demonstrou, em sua obra *Verdade e Método*, a natureza da compreensão humana, onde a linguagem, após a virada linguística, tornou-se o meio para a compreensão do homem no mundo.

Além disso, Gadamer foi um pensador da virada linguística³⁰ e procurou sustentar a filosofia da linguagem como filosofia primeira, mais elevada, e, por conseguinte, a hermenêutica como modelo de decifração dessa linguagem, que se tornou um dos elementos mais valiosos do pensamento filosófico contemporâneo. Prova maior disso é que a *“nossa consciência, que é sempre efetuada pelo passado, é concretamente (ou seja, realmente) aquilo que compreendemos através da linguagem, através da fusão de horizontes.”*³¹

Nessa senda, a linguagem, após a virada linguística, passou a ser entendida como a revelação do mundo, de tal maneira que a realidade do mundo do homem é a própria linguagem, isto é, o homem só existe no plano da *Linguagem*³².

Para Sandro Simões³³ a linguagem,

está prenhe de história, dado que através dela configura-se um determinado horizonte. Os horizontes que vemos são dados pelas possibilidades históricas da linguagem que utilizamos.

Neste sentido, corrobora Taylor³⁴:

It is a language that bridges those of both knower and known. That is why Gadamer speaks of it as a “fusion of horizons”. The “horizons here are at first distinct, they are the way that each has of understanding the human condition in their no identity. The “fusion” comes about when one (or both) undergo a shift,

³⁰Ressalta-se, contudo, o que se tornou relevante a partir da virada linguística foi a concentração de esforços no modo de ser ou o modo através do qual o ser existe no mundo, ou exerce a sua existência no mundo, isto é, a necessidade de compreender o homem no mundo, daí a preocupação com a linguagem.

³¹ SCHIMIDT. Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis- Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 169.

³² A linguagem, como diz Aristóteles, tem a ver com um mostrar e deixar as coisas aparecer descobertas. Entretanto, este sentido original da linguagem foi corrompido pela compreensão da linguagem como um sistema de signos para designar objetos já conhecidos. A linguagem, compreendida apropriadamente, contém uma totalidade de características que são unificadas na saga do dizer. A essência da linguagem é a saga do dizer. Os seres humanos recebem permissão de entrar na linguagem, na casa do Ser, para trazer o dizer silencioso da linguagem para a fala ressoante. Esta tarefa é a essência do ser humano...- *in* - SCHIMIDT. Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis- Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 134.

³³SIMÕES. Sandro Alex de Souza. *Hermenêutica e interpretação ou do “destempo” e o tempo de Castorp*, -*in* - DIAS, Jean Carlos, KLAUTAU FILHO, Paulo. *Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.60.

³⁴TAYLOR. Charles. *Gadamer on the human sciences*. - *In* - DOSTAL, Robert J. *The Cambridge companion to Gadamer*. Cambridge University Press, 2002, p.133, 134 e 135.

the horizon is extended, so as to make room for the object that before did not fit in it.

For instance, we become aware that there are different ways of believing things, one of which is holding them as a "personal opinion". This was all that we allowed for before, but now we have space for other ways, and can therefore accommodate the beliefs of a quite different culture. Our horizon is extended to take in this possibility, which was beyond its limit before.

But this is better seen as a fusion, rather just as an extension of horizons, because at the same time, we are introducing a language to talk about their beliefs, which represents an extension in relation to their language.

...

But it is, nevertheless, an important ideal both epistemically and humanly: epistemically, because the more comprehensive account would tell us more about human beings and their possibilities; humanly, because the language would allow more human beings to understand each other, and to come to undistorted understandings.

Assim, por esses ensinamentos, podemos partir da premissa de que nossos conhecimentos e entendimentos são precedidos pela interpretação do mundo realizada através da linguagem.

Ou seja, assumindo o *status* de condição de possibilidade de compreensão intersubjetiva, a linguagem carrega consigo o sentido das coisas que são absorvidas pelo homem.

Com isso, percebemos que a linguagem não representa tão só o elo que vincula o intérprete e o interpretado, mas, consiste no próprio caminho que conduz à tradição e a universaliza.

Sem embargo, constatamos que a força da ideia gadameriana não é simplesmente utilizar os instrumentos hermenêuticos para revelar ou traduzir textos obscuros e estranhos. Na verdade, Gadamer sustenta um modelo para toda a compreensão, ou seja, pretende descrever a ontologia da compreensão utilizando a história como uma ferramenta à disposição do intérprete que se projeta em um horizonte. Horizonte esse que se encontra estreitamente ligado com o passado por meio de um diálogo perene que nos conduz à compreensão.

Desta perspectiva, nota-se que se poderia, erroneamente, antever no discurso de Gadamer certo ar saudosista, uma volta ao passado, um resgate

a um período sem fronteiras, como se o homem estivesse constantemente preso ao antigo.

Ao contrário, entretanto, o compreender gadameriano ocorre a qualquer tempo e espaço, mas acontece a partir dos preconceitos³⁵, que não são individuais, mas, histórico-sociais, eis que expressam uma consciência histórica repassada pela *Tradição*³⁶.

Assim, a *“consciência moderna assume - precisamente como “consciência histórica” - uma posição reflexiva com relação a tudo que lhe é transmitido pela tradição. A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre a mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios”*.³⁷

Dito de outra maneira, o homem antes de entender a si mesmo como ser autônomo e eivado de subjetividades, necessita ele entender a si mesmo acrescido de tantas outras “identidades construídas, socialmente e culturalmente atribuídas”³⁸. Isso porque tais identidades emergem, ainda que de forma inconsciente, de um passado a qual estamos intimamente conectados carregados pela tradição e revelados pela linguagem.

Sob essa ótica, Schimidt³⁹, ao estudar Gadamer, revela que,

Em qualquer momento particular, nossos preconceitos, como nossas estruturas prévias da compreensão herdadas, incluem tudo que sabemos consciente ou inconscientemente. Eles incluem o significado de palavras, nossas preferências, os fatos que aceitamos, nossos valores e juízos estéticos, nossos juízos sobre a natureza humana e o divino, e assim por diante.

³⁵ “Gadamer emprega a palavra “preconceitos” (*Vorurteile*) para designar coletivamente as estruturas prévias da compreensão de Heidegger. Em alemão, “vor” significa “pré” e “Urteil” significa “juízo”, portanto, em referência às estruturas prévias de Heidegger.” - in - SCHIMIDT. Lawrence K. Hermenêutica. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis- Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 146.

³⁶ Nos ensinamentos de Law o significado original da tradição é “proveniente do latim, *tradere*, que significa “passar a diante”, a palavra se refere à atividade de transmissão, passar algo adiante de geração a geração” - in - LAWN. Chris. Compreender Gadamer. Tradução de Hélio Magri Filho. 3 ed., Petrópolis - Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p.54.

³⁷GADAMER. Hans-Georg; Org. Pierre Fruchon. O problema da consciência histórica; tradução Paulo Cesar Duque Estrada, 3º ed., Rio de Janeiro: editora FGV, 2006, p.18.

³⁸ LAWN. Chris. Compreender Gadamer. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis - Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 90.

³⁹ SCHIMIDT. Lawrence K. Hermenêutica. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis- Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 147.

Para Gadamer, a tradição representa uma força vital encrustada na cultura, que *“nunca pode ser obliterada e reduzida a uma mixórdia de crenças não racionais ou irracionais, pois as crenças e a racionalidade fazem parte de contextos maiores chamados tradição.”*⁴⁰

Sob essa perspectiva, nos é permitido dizer que por mais que surja uma interpretação, ainda que inaugural, sobre determinada situação ou fato histórico, estes não se acham livres das irradiações do fluxo espaço-temporal, isto é, da tradição, especialmente porque se encontram entrelaçado sem uma gama de pressupostos e conhecimentos prévios que frontalmente influenciarão o horizonte⁴¹ futuro.

Daí por que para a hermenêutica filosófica faz sentido dizer que a *“história é constituída pela experiência histórica, o que não permite separar o saber histórico do ser histórico”*.⁴²

Dentro desse contexto, Gadamer⁴³ afirma que,

Em nosso constante comportamento com relação ao passado, o que está realmente em questão não é o distanciamento nem a liberdade com relação ao transmitido. Ao contrário, encontramos-nos inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio; trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmos no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição.

Analisando a leitura desse ensinamento, vemos que a tradição procura preservar uma série de interpretações significativas do que herdamos, isto é, após aferir e compreender os elementos na tradição, ainda que de forma inconsciente, os transmitimos para o horizonte futuro.

⁴⁰ LAWN. Ob cit., p. 54 e 55.

⁴¹ “O horizonte denota tanto os limites momentâneos estabelecidos pelo horizonte quanto à ideia de que nosso horizonte se transformará enquanto nos movermos”. - In - SCHIMIDT. Lawrence K. Hermenêutica. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis- Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 154.

⁴² SIMÕES. Sandro Alex de Souza. Ob cit., p.61.

⁴³ GADAMER, Hans- Georg. Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis- Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 374.

Dessa forma, percebemos que o compreender em Gadamer consiste em um verdadeiro processo de *Fusão de Horizontes*⁴⁴.

Isso implica dizer que, em Gadamer, a *fusão de horizontes* significa a realização de uma espécie de mediação entre os horizontes do passado e do presente, que propiciará o estabelecimento de um horizonte para o homem, a qual deve incorporar e desenvolver em si mesmo toda uma série contínua de perspectivas.

Assim sendo, diferentemente de Heidegger que sustentava a compreensão como uma estrutura ontológica do ser humano, Gadamer, em tamanha reformulação, revelou a compreensão epistemologicamente assentada na existência de experiências prévias ou na própria história que fazem preceder e antecipar a reflexão do homem.

Nesse sentido, tais estruturas da compreensão ou do preconceito, como bem nomeou, compreendem naquilo que exprime a estrutura de antecipação da experiência humana, isto é, fazem parte da nossa própria maneira de entender e de pré-julgar o julgamento.

Por isso, para Gadamer a compreensão parte, de certa forma, de preconceitos, ou seja, a partir do “*caráter arremessado da compreensão implica que todos os nossos preconceitos são herdados de nosso passado no processo da aculturação*”⁴⁵, que jungidos ao entendimento hodierno, se reestruturam para um horizonte futuro.

Em razão disso, é preciso ter consciência, por exemplo, de que não se estuda apenas a história ou seus fatos de forma livre e isolada, ao contrário, o intérprete é completamente envolvido pelos efeitos desses fatos, ou seja, o historiador narra a história justamente porque se encontra completamente inserido na própria história.

Com isso, afastar-se-á qualquer pretensão a um historicismo segundo o qual o homem precisaria anular a própria identidade para que seja possível alcançar o conhecimento de outras épocas arrastadas pelo tempo. Ao

⁴⁴ Para Gadamer a fusão de horizontes permite que haja uma linha de continuidade entre o passado e o presente.

⁴⁵SCHIMIDT. Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis- Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 147.

contrário, a compreensão gadameriana ocorre mediante a continuidade da tradição revelada pela linguagem.⁴⁶

Ter senso histórico é superar de modo consequente a ingenuidade natural que nos leva a julgar o passado pelas medidas supostamente evidentes de nossa vida atual, adotando a perspectiva de nossas instituições, de nossos valores e verdades adquiridos. Ter senso histórico significa pensar expressamente o horizonte histórico coextensivo à vida que vivemos e seguimos vivendo.⁴⁷

Atentando para isto, constatamos que o intérprete, na tarefa do compreender, não está somente diante do objeto, mas inserido nele, como parte integrante da situação. E, é a partir da tradição que ele (intérprete) exercerá a atividade compreensiva. *“The important idea of Gadamer’s notion of interpretation and its innerent linguisticity is that the listener be taken up by what he seeks to understand, that he responds, interprets, searches for words or articulation and thus understands.”*⁴⁸

Nesse esteio, obtempera Charles Taylor⁴⁹:

In fact, in *Truth and Method*, Gadamer shows how understanding a text or event, which comes to us out of our history, has to be construed, not on the model of the “scientific” grasp of an object, but rather on that of speech-partners who come to an understanding (*Verständigung*). If we follow Gadamer’s argument here, we come to see that this is probably true of human science as such. That is, it is not simply knowledge of our own past that needs to be understood on the “conversation” model, but knowledge of the other as such, including disciplines such as anthropology, where student and studied often belong to quite different civilizations.

Assim, não é difícil perceber que Gadamer apresenta a tradição na hermenêutica como algo que sedimenta o homem, digamos assim, algo similar

⁴⁶ “Todos estamos ligados a alguma tradição, inevitavelmente. A tradição é definida a partir do nosso lugar no mundo e estabelece para nós um horizonte ao qual nos incorporamos e que, de fato, assumimos como nosso, afetiva e culturalmente, não como estranhos. - *in* - SIMÕES. Sandro Alex de Souza. Ob cit. p.

⁴⁷ GADAMER. Hans-Georg; Organizador Pierre Fruchon. O problema da consciência histórica; tradução Paulo Cesar Duque Estrada, 3º ed., Rio de Janeiro: editora FGV, 2006, p.18;

⁴⁸ GRONDIN, Jean. *Gadamer’s basic understanding of understanding* - *in* - DOSTAL, Robert J. *The Cambridge Companion to Gadamer*; Cambridge University Press, 2002, p.42.

⁴⁹TAYLOR. Charles. *Gadamer on the human sciences.*- *In* - DOSTAL, Robert J. *The Cambridge companion to Gadamer.* Cambridge University Press, 2002, p.126 e 127.

a um fio condutor, de modo que quando se age, interpreta, compreende, já se está seguindo uma tradição, ainda que de forma imperceptível.

E, toda essa compreensão ocorre dentro de um *Círculo Hermenêutico*⁵⁰, lugar em que sujeito e objeto implicam-se mutuamente. Nessa dinâmica, as relações de familiaridade que o intérprete mantém com o mundo, poderão fornecer-lhe uma ideia prévia acerca do objeto. Assim, dessa relação sincrônica que se estabelece no círculo, repousa a importância de reconhecer o caráter preconceituoso de toda compreensão.

Dessa forma, vemos que a dinâmica circular entre a parte e o todo e o todo a parte acabaram por reformular a maneira de descrever a estrutura do entendimento humano diário.

Nas palavras de Grondin⁵¹,

The circle for Gadamer does not describe a logical vice, but, and indeed quite on the contrary, the constant process that consists of the revision of the anticipations of understanding in light of a better and more cogent understanding of the whole. Gadamer will justly see in this coherence of the whole and the parts a “criterion of correct understanding – TM 291, 296”. This coherence of the whole and parts is guided by what Gadamer calls the “anticipation of perfection” of what is to be understood. According to this tacit anticipation, understanding presupposes that the meaning to be understood builds a perfectly coherent whole... until all else fails. Gadamer luminously underlines that this anticipation is a consequence of the notion of the hermeneutical circle (TM 293-4; GW I, 299). For it is the coherence that is assumed of the interpretandum that brings me to a revision of my earlier anticipations if they are proven untenable.

Nesse aspecto, constatamos que o círculo hermenêutico apresentado por Gadamer não mais possui resquícios de natureza formal nos moldes avançados por Schleiermacher, ao contrário, o círculo hermenêutico, não no sentido tradicional sob uma perspectiva metodológica, tem por escopo descrever o momento estrutural ontológico da compreensão, uma vez que

⁵⁰Círculo hermenêutico é uma ideia já presente em *Schleiermacher*. É uma ideia teológica antiga que figura o trabalho da interpretação como sendo da parte ao todo e do todo à parte, numa dinâmica inextinguível.

⁵¹GRONDIN, Jean. *Gadamer's basic understanding of understanding - in - DOSTAL, Robert J. The Cambridge Companion to Gadamer; Cambridge University Press, 2002, p.47, 48.*

busca enfatizara compreensão como a interpretação do movimento corrente entre o objeto e o intérprete.

Toda essa coerência de movimentos realizada pelo intérprete e a tradição [objeto, evento, fato histórico ou não] inicia-se no momento exato em que o intérprete passa a compreender, isto é, enquanto participa do acontecer da tradição, cujo momento se consagra essencial ao fenômeno hermenêutico.

Dentro desse contexto, não podemos olvidar que o intérprete, não raro, carrega consigo preconceitos ou pré-compreensões e os leva para o círculo hermenêutico propiciando confrontos destes juízos com o objeto.

O conceito histórico e cultural em que estamos inseridos, por exemplo, nos permite, a todo instante, trazer à tona pré-compreensões acerca de um determinado fato, e estes não ficarão ilesos às mudanças, reformulações, etc..

Ou seja, nada impede que tais juízos possam ser substituídos ou ressignificados por outros mais adequados, ampliando, assim, as possibilidades de compreensão coerente, no que *Gadamer* chama de movimento ontologicamente positivo.

Assim, não podemos esquecer que quem se sujeita a compreender se expõe, não raro, aos equívocos das opiniões prévias, razão pela qual, tais antecipações devem ser confirmadas a fim de evitar arbitrariedades. Para isso, a legitimidade de tais antecipações deve ser questionada quanto à sua origem e validade.

A par das principais ideais gadamerianas e materializando-as em nosso estudo, faz-se necessário então traçar uma linha, isto é, fazer erigir um horizonte histórico que servirá de pano de fundo para o nosso limite visual.

A propósito, o termo "*Horizonte*"⁵² é extremamente apropriado porque propicia uma visão mais abrangente de determinada perspectiva, no caso em comento, o horizonte da significação do conceito de família e a sua construção semântica a partir de um horizonte atual, ADPF n° 132- RJ.

Nesse sentido, anuncia Gadamer que,

⁵²"*Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto*" in GADAMER. Hans-George. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, tradução de Flávio Paulo Meurer, editora Vozes: Petrópolis, p. 399.

Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que pertencem ao horizonte, no que concerne à proximidade e distância, grandeza e pequenez.⁵³

Taylor⁵⁴, citando Gadamer, comunga com esse entendimento,

And so, for human affairs, the model of scientific theory, which is adequate to an object, is replaced by that of understanding, seen as a fusion of horizons: "*Understanding is always the fusion of these horizons supposedly existing by themselves*" (TM, 306).

Gadamer's concept "horizon" has an inner complexity that is essential to it. On the one hand, horizon can be identified and distinguished; it is through such distinctions that we can come to grasp what is distorting understanding and impeding communication. But on the other hand, horizons evolve and change. There is no such thing as a fixed horizon. "*The horizon is, rather, something into which we move and which moves with us. Horizons change for a person who is moving*" (TM, 304)

Esse ponto representa grande relevância, consoante já mencionado, pois assenta a ideia da existência de uma linha de continuidade⁵⁵ entre passado e presente que se perfaz através da perene fusão desses horizontes, pelo qual o intérprete participa no longocaminho do sentido.

Dessa forma, o trabalho do intérprete se dá a partir desse alargamento, podemos assim dizer, dos horizontes, uma vez que o homem ao compreender a tradição acaba por expandir-se para incluir o horizonte do passado e consequentemente projetar um horizonte para o futuro.

No alcance desse desiderato, longe de abordarmos uma visão romântica do historicismo, quer dizer, onde cada momento histórico consiste em unidade "estranque" um do outro, a necessidade em traçar um horizonte histórico de uma determinada época significa restabelecer o que havia neste

⁵³ GADAMER. Hans-George. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, tradução de Flávio Paulo Meurer, editora Vozes: Petrópolis, p. 400.

⁵⁴ TAYLOR. Charles. Gadamer on the human sciences. - *In* - DOSTAL, Robert J. The Cambridge companion to Gadamer. Cambridge University Press, 2002, p.136.

⁵⁵Fala-se em continuidade no sentido de perpetuidade, mas sujeita às mudanças, alterações, enfim, não linear.

determinado horizonte e não simplesmente identificar, dentre as ideais, qual a que mais se destaca ou se sobrepõe.

Aliás, essa exigência de objetividade revela-se ingênua, porque tentaremos demonstrar ao longo desse estudo que só por meio dos preconceitos formados e pela continuidade da tradição que algo pode ser verdadeiramente transmitido ao homem.

A partir daí, percebemos que essa visão objetiva e científica não comunga com o escopo do presente estudo, ao contrário, ao buscar amparo nas lições de *Gadamer*, do qual vemos que não podemos tratar o conhecimento histórico como algo que pertence a um mundo isolado, distante e sem qualquer comunicação com o presente.

Nesse esteio, buscaremos o pilar estruturante da família para mostrar que, malgrado a existência dos mais variados agrupamentos humanos e em diversos momentos espaço-temporais, o elemento norteador institucional da família sempre esteve presente. Ou seja, ainda que imbuídas de nuances distintas, a família, com todas as suas especificidades, galgou a trilha contínua da tradição até alcançar o atual horizonte de significação.

Isso significa dizer que o *modos vivendi* adotado por cada família, nos diversos tempos histórico-sociais, não era estático, ao contrário, a todo processo social em transição acabava por influenciar todo o seu formato no modelo familiar do momento, o que desencadeou uma diversidade de significados no mesmo significante, a família.

Nesse esteio, Gadamer⁵⁶ pondera que,

O tempo já não é, primariamente, um abismo a ser transporto porque separa e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer onde a atualidade finca suas raízes.

...

Na verdade, trata-se de reconhecer a distância do tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição.

⁵⁶ GADAMER. Hans-George. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Tradução de Flávio Paulo Meurer, Ed. Vozes, 12º edição, Petrópolis: Rio de Janeiro. 393.

Com isso, constatamos que a distância temporal propicia, de certa forma, o entendimento do nosso lugar diante daquilo que recebemos e herdamos da tradição, isto é, compreendemos que a distância, na verdade, não divide o passado do presente, ao contrário, a distância sustenta o acontecer humano, que é contínuo e inquebrantável.

Assim, vemos que bem longe de se tornar um empecilho para a compreensão, à distância temporal tem por escopo exterminar erros e abrir as portas para novas possibilidades.

Dito de outro jeito, não se pode entender a história enquanto mera “curiosidade” de informação quando, na verdade, nela encontramos visíveis diferenças entre dois campos distintos, mas, dever-se-ia compreender o passado como uma realidade viva, imbuído de identidade e alteridade que se comunica, a todo instante, com outros horizontes, inclusive, o hoje.

Nesse viés, Gadamer⁵⁷ revela que,

Quando a nossa consciência histórica se transporta para horizontes históricos, isso não quer dizer que se translade a mundos estranhos que nada tem a ver com o nosso; ao contrário, todos eles juntos formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que abarca a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. Na realidade, trata-se de um único horizonte que engloba tudo quanto à consciência histórica contém em si. O nosso próprio passado e o dos outros, ao qual se volta a consciência histórica, faz parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana, esse horizonte que a determina como origem e tradição.

Assim, depreende-se que o horizonte do presente não é o mesmo do passado, ou seja, que o conceito passado de família não é e nem poderia ter o mesmo significado dispensado à família hodierna. Porém, há entre eles [passado e presente] notória similitude que os vincula por meio de uma conversa - o diálogo institucional -, ou seja, mediante uma verdadeira “parceria” de envios de perguntas do presente ao passado, que nos permite alcançar um autêntico dinamismo de fusão de horizontes.

⁵⁷GADAMER. Hans-George. Ob. cit., p. 402

Sob essa premissa, não é demais repisar que a distância temporal, ou seja, tudo aquilo que nos é capaz compreender acerca dos homens que já viveram antes, nada mais é do que o compartilhamento de um horizonte, de uma tradição histórica, cultural, linguística, etc. Em outras linhas, um fluxo constante e perene entre passado e presente. Uma fusão!

Com precisão, Gadamer⁵⁸ nos ensina que,

Antes, compreender é sempre o processo de fusão de horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e da ingenuidade de sua relação com sua época e com suas origens. A vigência da tradição é o lugar onde essa fusão se dá constantemente, pois nela o velho e novo crescem juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explícita e mutuamente.

Seguindo a ordem desse raciocínio, percebe-se que a distância temporal está longe de ser um problema, mas, sim, a solução, isto é, uma forma específica de entender a fusão dos horizontes, portanto, o nosso lugar diante daquilo que recebemos e herdamos. Na verdade, passamos a compreender que a distância não divide o passado do presente, mas o que sustenta o acontecer humano, que é contínuo.

Por isso, não é difícil perceber que, dentro de um contexto histórico, somos e estamos desenhados em consonância às circunstâncias sociais, culturais, históricas de uma determinada época e espaço. Mas, apesar disso, nota-se que diante da diversidade de expressões sociais, surge a necessidade de uma forma de captação para que possibilitasse serem definidos conceitos que, porventura, norteariam os relacionamentos humanos.

Nessa esteira, recordemos que durante o largo curso de nosso processo evolutivo, extensos e profundos progressos das relações pessoais emergiram, cresceram e desencadearam a formação de uma espécie de estratégia que tem por escopo predizer condutas, padronizar ações e comportamentos do complicado atuar humano.

Assim, as leis humanas nasceram neutras, vinculantes e abraçando todos – verdadeiras ferramentas de cunho institucional – com o desiderato

⁵⁸GADAMER, Ob. cit., p. 404 e 405.

precípua de regular e estabelecer limites ao comportamento do homem, a ponto de moldar normas de convivência com relação ao poder, regular propriedade, estruturar a família, manter a coesão social, predizer boas e más ações, resolver problemas cotidianos, etc..

A par disso, percebemos que o modelo institucional não surgiu para representar tão só um catálogo de normas escritas e formalizadas, mas direcionar o regramento e a condução do comportamento humano fomentando, inclusive, juízos de valor, preconceitos e pré-compreensões.

Ante esse panorama, não podemos olvidar que no exato momento em que concordamos com a existência desses valores, imprimimos sobre eles mecanismos de condução do agir humano, o que nos permite aceitar, por consequência, que tais regras são capazes de acumular tradições que, não obstante o processo de desenvolvimento, se transmite em geração em geração, pulverizando aspectos históricos, culturais, linguísticos, etc. e conduzindo o comportamento humano.⁵⁹

Estas considerações permitem-nos ajudar a compreender que malgrado os relacionamentos humanos tenham sofrido, ao longo do tempo, mutações constantes, procuraram estes, todavia, amoldar-se de acordo com o movimento social, cultural, histórico, apresentados nas mais diversas épocas e lugares.

Nesse pensar, Luiz Edson Fachin⁶⁰ revela que,

Família: os signos da linguagem e em especial o discurso jurídico cooptam o conceito de família, exposto nos laços dos paradoxos sociais permeados pela cultura e pela economia, e o traduz, no transcurso histórico, em variadas interpretações que, no campo do Direito, tomam assento na Doutrina, na jurisprudência e na legislação. [...] Portanto, a família – e sua

⁵⁹São de Montesquieu essas palavras: “Antes de todas essas leis, há as leis da natureza, assim designadas porque decorrem unicamente da constituição do nosso ser. Para conhecê-las bem, é necessário considerar o homem antes do estabelecimento das sociedades. As leis da natureza serão as que ele receberia em um estado assim [...] Ao sentimento de sua fraqueza, o homem adicionaria o sentimento de suas necessidades; desse modo uma outra lei natural seria a que o incitaria a procurar alimentos [...] Além do sentimento que os homens inicialmente tem, eles logram também ter conhecimentos, e dessa forma tem um outro laço que os outros animais não tem. Existe, portanto, um novo motivo para associarem-se, e o desejo de viver em sociedade constitui a quarta lei natural, - *in* - DALLARI, Dalmo de Abreu, Elementos de teoria geral de Estado, 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19, 20.

⁶⁰ FACHIN. Luiz Edson. Família - *in* -Dicionário de filosofia de direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 314 -316;

leitura contemporânea – é baldrame social, derivada do afeto e não apenas da ordem jurídica constituída.

Isto significa dizer que o perfil de entidade familiar adotado, nos diversos tempos histórico-sociais, é dinâmico e reestrutura a cada tempo-espço, sem perder o liame da tradição.

Assim, toda essa consciência de mobilidade social e a possibilidade perene de redefinir significados representam o fio condutor da presente dissertação, qual seja, de que a evolução acontece, contudo, não traz a abrupta ruptura, ela simplesmente transforma o significado, os sentidos se alteram com o perpassar do tempo, se invertem, se modificam, se reestruturam, mas não rompem com o passado.

1.1) A PRESENÇA DOS ENSINAMENTOS GADAMERIANOS NA ADPF 132-RJ

Urge salientar que esse complexo cenário não permite que se promova tão só uma análise superficial dos institutos da família contemporânea, sem que se apreciem, considerando o núcleo estruturante institucional, os diferentes horizontes do conceito de família, para que então se possa realizar o necessário e constante diálogo entre o passado e presente⁶¹. Isso significa dizer que existe uma verdadeira confluência entre dois horizontes independentes, um passado ativo e um presente a ser explorado.

Nessa senda, o modelo preambular de família pátria, desenhada nos moldes da Legislação Civil de 1916⁶², sob forte influência romanista, consistia

⁶¹ “O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou um momento na realização da compreensão, e não se prende na autoalienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão dá-se uma verdadeira fusão de horizontes que, com o projeto de horizontes histórico, leva a cabo simultaneamente a sua suspensão.” - in - GADAMER, Ob. cit., p. 405.

⁶² O Código Civil reproduz em muito as condições sócio-econômicas do final do século XIX. As características do novo Código estavam mais próximas de um perfil conservador do que inovador, em razão da ênfase muito maior atribuída ao patrimônio privado do que realmente às pessoas, admitindo um pátrio poder rigoroso, que foi diminuído posteriormente com a gradativa concessão de outros direitos à esposa. O primeiro Estatuto Civil, em que pese seus reconhecidos méritos de rigor metodológico, sistematização técnico-formal e avanços sobre a

em uma unidade criada e padronizada para satisfazer as necessidades de convivência mediante regras institucionais que ditavam o proceder da conduta humana de acordo com a tradição, o preconceito, e toda a realidade em torno da política, cultura, história, religião e economia, que refletiam um modelo ideal e único de sociedade e família, atribuindo-lhe um perfil: institucional, matrimonializada, procracional, elitista, tradicional, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada, impessoal e heterossexual.

Essa ordem de caracteres externados revelava que, não muito diferente à época romanista, o núcleo familiar doméstico oitocentista também agregou grande parte dos elementos formadores da família institucional primária. Isto significa dizer que o núcleo semântico estruturante da família oitocentista consistia, na verdade, no modelo reestruturado transmitido pelas instituições e absorvidos pelo homem.

Isso porque, de certa forma, o ideal reformulado nessa quadra histórica era a busca por sentimentos de segurança e de estabilidade que só eram, na verdade, alcançados através do modelo ideal de família rotulado pelas instituições, que, registre-se, abarcava o conjunto de predicados apontados ao norte.

Concomitantemente a isso, desde a mais remota época, a família reconhecia um tipo de organização sócio-política cujo princípio norteador consistia na “autoridade” central, forte e hierárquica emanada e confiada ao *Pater famílias*, que exercia sobre todos os membros - mulher, filhos, escravos - poderes imensuráveis.

Assim, nesse modelo de família patriarcal havia uma espécie de absoluta prevalência do homem, no qual exercia múltiplas funções públicas no conduzir da família, isto é, não havia qualquer concepção de direitos individuais aos membros da família tampouco era permitido à intervenção do ente Público às relações privadas, o que reforçava a autoridade do Pai sobre filhos, do Marido sobre a esposa e do chefe sobre os escravos.

obsoleta legislação lusitana anterior, era avesso às grandes inovações sociais que já se infiltravam na legislação dos países mais avançados do Ocidente, refletindo a mentalidade patriarcal, individualista e machista de uma sociedade agrária preconceituosa, presa aos interesses dos grandes fazendeiros do café, dos proprietários de terra e de uma gananciosa burguesia mercantil”. – *in* – WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 153.

Neste contexto, Arendt⁶³ anuncia.

No entanto, o poder pré-político com o qual o chefe do lar governava a família e seus escravos, e que era tido como necessário porque o homem é um “animal social” antes de ser um “animal político”, nada tem em comum com o caótico “estado de natureza” de cuja violência, segundo o pensamento político do século XVII, os homens só poderiam escapar se estabelecessem um governo que, por meio de um monopólio do poder e da violência, abolisse a “guerra de todos contra todos” por “mantê-los todos atemorizados”. **Pelo contrário, todo o conceito de governar e do ser governado, do governo e do poder no sentido em que os concebemos, bem como a ordem regulada que os acompanha, eram tidos como pré-políticos, pertencentes antes à esfera privada, mais que à esfera pública.**
(destaque apostro)

Aliás, é “*na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre e proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil*”.⁶⁴

Desta feita, todo o reflexo direto desses sinais característicos marcou profundamente à família, e, com isso, a Legislação de 1916 adotou uma espécie de ordem de *status* social com um padrão institucionalizado conservador fincado na igualdade e liberdade⁶⁵, notadamente formais, que imperou por longo período.

Com todos esses sinais característicos, parece-nos evidente que o Estado solenizou institucionalmente o matrimônio como verdadeira regra de

⁶³ ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução: Roberto Raposo; revisão técnica: Adriano Correia, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 38.

⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 24, p. 145, jun\ jul 2004.

⁶⁵ “A polis diferenciava-se do lar pelo fato de somente conhecer ‘iguais’, ao passo que o lar era o centro da mais severa desigualdade. Ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar. Significava nem governar nem ser governado. Assim, dentro do domínio do lar, a liberdade não existia, pois o chefe do lar, seu governante, só era considerado livre na medida em que tinha o poder de deixar o lar e ingressar no domínio político, no qual todos eram iguais. É verdade que essa igualdade no domínio político tem muito pouco em comum com o nosso conceito de igualdade: significava viver entre pares e ter de lidar somente com eles, e pressupunha a existência de “desiguais” que, de fato, eram sempre a maioria da população na cidade-Estado. A igualdade, portanto, longe de estar ligada à justiça, como nos tempos modernos, era a própria essência da liberdade: ser livre significava ser isento da desigualdade presente no ato de governar e mover-se em uma esfera na qual não existiam governar nem ser governado” In - ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução: Roberto Raposo; revisão técnica: Adriano Correia, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 38,39.

conduta ao comportamento do homem, quer dizer, sacralizou o casamento como única forma de se constituir a legitimada família, e, por conseguinte, pôr limites às aventuras do afeto, dentro de um sistema institucional demasiadamente fechado, rígido que não permitia outras formas de famílias.

A partir dessa ótica, poucas eram as dúvidas que permeavam acerca do escopo precípua - produção patrimonial e procracional -, inerente dessas famílias oitocentistas, que caracterizadas por sua estrutura formal, elitista e hierárquica, em que o poder masculino se sobrepunha à mulher e sobre os filhos, acabavam por hastear a bandeira permitindo a institucionalização de regras justamente para buscar a tão almejada proteção estatal. Isso porque o sentimento de amparo só era efetivamente concedido se a família pertencesse a um “modelo ideal” pré-definido por normas institucionais.

Nesse viés, Calderón⁶⁶ afirma que,

A partir do início do século passado, o direito civil brasileiro ficou marcado pela centralidade do Código no tratamento das questões privadas, de modo que a vida dita particular era regulada e apreciada exclusivamente pelo olhar do Código. As disposições codificadas refletiam o interesse da elite da sociedade brasileira da época de sua edição, deixando de lado muitas necessidades....

Assim, quando se recua ao passado, percebemos um *modus* de convivência e manifestações de sentidos formatados em outras épocas, em contextos históricos distintos, não se perderam no tempo, ao contrário, os significados são redefinidos, modificados, se alteram com o perpassar do tempo, contudo, não se desligam do passado, eis que a tradição se encarrega de transmiti-los ao homem.

Dessa forma, a tradição gadameriana procura buscar não apenas fundamentar a compreensão do homem, por exemplo, acerca de um fato histórico longínquo, mas, acaba por representar uma espécie de fio condutor, ou melhor, um solo fértil para que aconteça a compreensão. Contudo, isso não significa dizer que toda e qualquer interpretação esteja presa a uma só estática

⁶⁶ CALDERÓN, Ricardo Lucas, Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 228.

tradição, ao contrário, o que se exige atenção é que em todo o pensamento inovador se esconde uma historicidade.

Nesse diapasão, numa visão desconstruída ou desconstrutora que caracteriza a modernidade, a família alçou paulatinamente novos contornos, reestruturou matizes antigos e introduziu novos comportamentos a partir do advento de processos sociais, culturais, por exemplo, a revolução industrial, a emancipação econômica e profissional da mulher, a isonomia de tratamento entre os filhos, o surgimento do divórcio, a reprodução assistida, a proliferação e o reconhecimento de famílias sem o selo oficial do casamento, entre outros, todos foram fatores que se disseminaram no meio social e acabaram por ressignificar o sentido estrutural de família, assim como influenciaram as relações entre e interfamiliares.⁶⁷

Um panorama assim indica que todos esses elementos transformadores evolutivos não podem e não devem ser tratados como algo que pertencesse a um mundo distante, isolado e incomunicável com o presente, mas algo que nos mostra novos significados que deverão ser interpretados, compreendidos e absolvidos com preconceitos e ideologias já assentadas.

Dáí se deduz que a possibilidade de compreender uma vida passada, aparentemente estranha, mas, que nos permite adotar um comportamento reflexivo diante da fusão dos horizontes. De acordo com essa estrutura, o comportamento do homem nos exige atuar em consonância com os costumes sociais aceitos e compartilhados pela comunidade, e, tem, na verdade, uma origem externa, que o homem antes mesmo de entender a si, precisa entender a si como identidade já construída social e culturalmente, incrustada em uma tradição.

Nesse esteio, a partir da segunda metade do século XX passamos a testemunhar uma avalanche de mudanças na história do pensamento, no modo

⁶⁷O quadro de intensas modificações ocorridas nas últimas décadas também ocorre com as inúmeras mudanças e inserções de legislações que atenuaram o excessivo formalismo perpetrado pelo Código de 1916, por exemplo, “o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 1964), a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 1977), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e as leis que admitiam o reconhecimento da união estável Lei n. 8.971, de 1994 e nº 9.278, de 1996)”- *in* - CALDERÓN, Ricardo Lucas, Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 233.

de pensar da sociedade, de suas instituições, do homem, ou seja, algo similar a uma revolução, ou uma transformação de sentidos, ou uma ressignificação, que propiciou a singular alteração do enfoque que se exige de família, podemos dizer assim, a mudança da característica central de família, como instituição, para o sujeito, como pessoa.

Aliado a isso, sustenta-se que a aludida reformulação do conceito de família fez acarretar certo decréscimo das constantes influências exógenas provenientes da economia, religião, etc, às famílias institucionais, e, por conseguinte, passou a triunfar outro pensar, mais individualista e menos conservador, aberto justamente para reformular valores com o escopo precípua de ver a realização individual de cada membro da família e a satisfação de suas necessidades e vontades como objetivo primeiro a ser alcançado dentro de um quadro histórico-social.

Sob a batuta desse “novo” pensar, como a família reflete a sociedade em que estamos inseridos, a antiga “grande família tradicional”, matrimonializada ou biológica, paulatinamente acabou por ceder espaço, ante a disseminação da família nuclear, à “pequena família”, mais estreita e amarrada pelo laço do afeto, da solidariedade e da cooperação entre os seus integrantes⁶⁸.

Não podemos negar também o surgimento e o estabelecimento de novos agrupamentos familiares que, independentemente da origem, da orientação sexual, das formas de expressão de afeto, buscavam além de identificar-se enquanto ser individualmente capaz do exercício de direitos humanos também o reconhecimento e aprovação do Estado.

Dentro desse contexto histórico, revela-se a evolução semântica do conceito de família que teve sua gênese marcada na modernidade, com o progresso de secularização e a ascensão da ideologia dos direitos individuais, e, *in casu*, no plano jurídico, corroborando esse quadro evolutivo, o julgamento

⁶⁸ “A reduzida família nuclear acabou por aproximar seus integrantes, permitindo um vínculo afetivo e cada vez mais afetivo entre eles, a “pequena família”, distante da família patriarcal caracterizada por ser uma unidade de produção, é muito mais um núcleo onde são dominantes as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. A forma de relacionamento entre os integrantes dessa família acabou por demonstrar mais sentimental, igualitária e liberal do que nos períodos anteriores”.- *In* - CALDERÓN, Ricardo Lucas, Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 200.

da ADPF nº 132/ RJ e ADI 4277, que assentou o reconhecimento da união de casais homoafetivos, como entidade familiar, equiparada e com igual proteção às uniões estáveis entre os heterossexuais.

Adstrita a esse momento histórico, a ADPF nº 132/ RJ, ao fincar a autonomia de vontade como modelo associativo convencional de família hodierna, trouxe consigo um entendimento ressignificado de modelo atual de família *“matrizada em paradigma que explica sua função atual: afetividade. Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida”*⁶⁹.

Vista sob o ângulo da autonomia de vontade e da afetividade, como um dos caracteres centrais da família contemporânea, asseverou a ADPF, nos seguintes trechos:

Essa ordem de ideias remete à questão da *autonomia privada dos indivíduos*, concebida, em sua perspectiva Kantiana, como o centro da dignidade humana. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, lembrar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, **traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano.**

...

Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, **negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente**, submetendo-os contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido.

...

É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde a sua célula mais elementar: a família. **Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou construir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana,**⁷⁰

(Destques apostos)

⁶⁹LÔBO, Paulo. Famílias, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 01;

⁷⁰ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132- Rio de Janeiro. STF, Relator: Ministro Ayres Britto; Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro e outros. 05.05.2011, p. 67 e 68.

Como visto, a decisão exarada na ADPF nº 132 permitiu transparecer que o homem teria modificado por completo o seu modo de viver em família, cuja percepção da pessoa como indivíduo sujeito de direitos e deveres teria feito evidenciar que o aspecto estruturante nas relações interpessoais era essencialmente subjetivo e não mais institucionalizado por outros regramentos.

Como se percebe, a pedra de toque dessas novas relações não foi tão só o reconhecimento desses parentescos fincados por laços afetivos, mas, notadamente, o novo papel atribuído à subjetividade - autonomia de vontade -, através do qual se permite ao homem hodierno buscar a realização de seus interesses, valor esse que impulsionou a ocorrência das transformações funcionais e estruturais da família.

Amparado a isso, a concepção de família, na atualidade, passou a transcender a antiga formalidade (biológica, matrimonializada e registral), e então fincar-se como um núcleo socioafetivo necessário à plena satisfação da vontade humana.⁷¹

Além disso, percebe-se que toda essa realidade contemporânea, de certa forma, acabou por apresentar-se extremamente multiforme, eivada de facetas e arraigada em padrões formados por sentimentos de liberdade, de autonomia, pluralistas, desvinculando-se, por conseguinte, todo o modelo único de família ideal, que perdurou por longo período.

Daí repousa o motivo de toda a nossa preocupação quando se acredita que o avanço semântico do conceito de família atual, de fato, rompeu paradigmas, deixando para trás todo o acervo histórico que a associação familiar institucional tradicional carregou por tempos, ou, de outra banda, considerando todas as alterações engendradas, os valores tradicionais da família institucional foram, na verdade, reestruturados justamente para moldar-se a evolução histórico-sócio-cultural do homem contemporâneo.

⁷¹“A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa para ressaltar a sua dignidade. *IN*, LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.11.

Em tal cenário, não há como negar que a condição humana inevitavelmente sofreu alterações e tais transformações trouxeram consigo notória inquietude, isto é, todos esses acontecimentos fenomênicos vem acompanhados de um aumento acelerado tanto de conhecimento como de uma mudança nas funções e nas estruturas sociais, a qual influi diretamente na pluralidade de convívio humano, e, via de consequência, afetam a família.

A preocupação que se instaura desse novo pensar consiste notadamente nesse modo de compreender, podemos assim dizer, ressignificado que pode ser sopesado tanto como um direito personalíssimo, ou como um direito humano a ser reconhecido, ou como um fenômeno histórico, ou, até mesmo, uma crise como afetação indireta aos demais subsistemas sociais, tal qual, a política, a economia, a cultura, a religião e a moral.

Assim, em decorrência de toda essa realidade histórica, chega-se a acreditar, à primeira vista, que a família atual fez emergir novas formas de sentido, oriundos das transformações ideológicas e históricas, que acabaram por acarretar o completo esvaziamento do elemento estrutural do conceito de família antiga institucional, como se estivesse, na verdade, rompido os grilhões com o passado, afastando-o, por completo, de nosso convívio.

Dito de outra forma, chega-se erroneamente crer que os valores, os conceitos e os princípios alçaram outra esfera de compreensão, um compreender de que o novo tem o condão, aparente, de apagar as experiências perpetradas no passado, fazendo fenecer toda antiga tradição histórica.

Daí por que formulamos a seguinte indagação: Há um profundo rompimento de conceitos e valores de tal modo que não mais se permite encarar a família como um conjunto associativo institucional?

Respondemos, preliminarmente, que devemos evitar compreender o desfecho de um acontecimento histórico como um estanque para cada uma das etapas de sua formação. É preciso, na verdade, como dizemos outrora, construir uma espécie de horizonte histórico, isto é, fazer erigir uma linha no horizonte é vital, isto significa dizer que não haverá qualquer rompimento entre os horizontes, ao contrário, com o perene compartilhamento entre o passado e

o presente, podemos inferir que todo um novo pensar está alicerçado em uma historicidade, que se transmite de geração em geração.

A partir daí nos é permitido compreender a existência de uma gama de anseios, expectativas, mudanças, receios dos personagens da história em um determinado tempo e lugar humano. *“É evidente que alcançar um horizonte histórico implica necessariamente um esforço pessoal. Nós já estamos sempre tomados pelas esperanças e temores do que nos é mais próximo e abordamos testemunhos do passado a partir dessa predeterminação.”*⁷²

Com isso, compreende-se que o horizonte do presente não é o mesmo do passado, ou seja, que o conceito primitivo ou até mesmo o elemento estrutural de família não é e nem poderia ter o mesmo significado dispensado à família hodierna, tendo em vista a incidência dos influxos trazidos com os movimentos sociais, culturais, políticos, econômicos que fomentaram o florescimento de um pensar reformulado. Assim, entendemos que há entre eles [passado e presente] uma estreita conexão que os vincula por meio de uma conversa – o diálogo, que mediante uma verdadeira “parceria” de envios de perguntas do presente ao passado e vice-versa, nos permite alcançar um autêntico dinamismo de fusão de horizontes, que influi em nosso hoje.

Nesse contexto, é que incluímos as lições gadamerianas que trazem à tona a ideia de fusão de horizontes, esclarecendo que a existência humana possui uma mobilidade histórica, logo, jamais possuirá um horizonte fechado, limitado, isolado ou distante. *“Assim como cada um jamais é um indivíduo solitário, pois está sempre se compreendendo com os outros também o horizonte fechado que cercaria uma cultura é uma abstração.”*⁷³

Daí repousa que a consciência histórica do homem se transporta justamente para os horizontes históricos, isto é, para além das fronteiras do presente, mas isso não significa que se trate de mundos diferentes, ao contrário, trata-se, na verdade, de um horizonte móvel e dinâmico que, a todo instante, nos envolve e ressignifica.

⁷² GADAMER, Ob. cit., p. 403 e 404;

⁷³ GADAMER, Ob. cit., p. 402.

Dessa forma, os horizontes se fundem e é isso que nos permite a interpretação histórica, a história efetual, algo que aconteceu no passado e que não se perdeu. A história muda para continuar, ou seja, ela não se rompe.

Digamos simplesmente que a autonomia de vontade, assentada como o “novo” elemento estrutural da família hodierna, em momento algum deixou de ser conduzida e delineada por um elemento institucional, só que, dessa vez, um elemento institucional repersonalizado e reestruturado justamente para acompanhar as necessidades humanas contemporâneas⁷⁴.

A par disso, não se pode negar que a ADPF representou tamanho avanço e propiciou impactantes reformulações no cenário histórico-jurídico-social, mas, paralelo a isso, não se pode olvidar que todo esse progresso carrega consigo difíceis percalços que precisam ser disciplinados ou direcionados por alguma norma institucional que acaba, de certa forma, conduzindo o comportamento humano.

Dito de outra forma, o modelo contemporâneo adotado pelo constituinte previu a existência de uma pluralidade de arranjos familiares, da qual nenhuma delas pode apresentar legitimidade superior sobre as demais, na medida em que todas se apresentam com igual potencial de desenvolver as funções intrínsecas inerentes à família. Toda essa pluralidade familiar fez gerar uma série de reflexos que acarretaram notória mudança e certa instabilidade nas relações interpessoais, isto é, a ampla liberdade, a autonomia excessiva de vontade, a diversidade fez disseminar constantes desuniões, separações, falta de compromisso, novos comportamentos, isto é, questões múltiplas e diversas que necessitavam e necessitam, a toda ordem, serem delineadas, freadas e regimentadas por algum tipo de regra institucional.

Em sendo assim, não é difícil perceber que, no mesmo instante em que se clama por ampla liberdade, mais autonomia ou maior subjetividade, fomenta-se também a necessidade de ver tais preceitos dirigidos e orientados

⁷⁴ “O início do século XXI tornou perceptível como a afetividade passou a figurar de forma central nos vínculos familiares, não em substituição aos critérios biológicos e matrimoniais (que persistem, com inegável importância), mas ao lado deles se apresentou como relevante uma ligação afetiva. Em grande parte dos casos se acumulam duas ou mais espécies de elos, o afetivo com algum outro (biológico, matrimonial ou registral)” - In - CALDERÓN, Ricardo Lucas, Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 205.

por regras institucionais reestruturadas que tentam moldar e acompanhar o comportamento do homem.

Portanto, diante dessa “nova” realidade, não podemos negar que o julgamento da ADPF nº132, a partir do momento em que permitiu à discussão acerca da reformulação nos relacionamentos familiares, comungou o entendimento de reestruturação familiar, incluindo mais um novo modelo de família, no caso em comento, as relações fáticas entre casais do mesmo sexo que almejavam, dentre outros pleitos, o reconhecimento legal de direitos nos moldes de uma entidade familiar formal e institucionalizada.⁷⁵

Reconhecendo tal condição, *Elisabeth Roudinesco*⁷⁶ obtempera:

Associado a esse fenômeno, o grande desejo de normatividade das antigas minorias perseguidas semeia problemas na sociedade. Todos temem, com efeito, que não passe do sinal de uma decadência dos valores tradicionais da família, escola, nação, pátria, e, sobretudo, da paternidade, do pai, da lei do pai e da autoridade sob todas as formas. **Como consequência, não é mais a contestação do modelo familiar que incomoda os conservadores de todos os lados, mas, ao contrário, a vontade de a ele submeter.**

...

Sem a ordem paterna, sem lei simbólica, a família mutilada das sociedades pós-industriais seria, dizem, pervertida em sua própria função de célula de base da sociedade. Ela se entregaria ao hedonismo, à ideologia do “sem tabu”. Monoparental, homoparental, recomposta, desconstruída, clonada, gerada artificialmente, atacada do interior por pretensos negadores da diferença entre os sexos, ela não seria mais capaz de transmitir seus próprios valores...

(Destaque apostro)

⁷⁵ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132- Rio de Janeiro. STF, Relator: Ministro Ayres Britto; Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro e outros. 05.05.2011, p.79. Nesse ponto, ressalte-se o relevante trecho do julgado do STF, através do voto do Ministro Luiz Fux: “*Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há a família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; a família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família. E qual é a pretensão? A pretensão é que se confira a juridicidade a essa união homoafetiva para que eles possam sair do segredo, para que possam sair do sigilo, para que possam vencer o ódio e a intolerância em nome da lei.*” (Destaque apostro)

⁷⁶ ROUDINESCO. Elisabeth. A família em desordem. Tradução: André Telles, Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 10.

Com isso, sustentamos que a instituição família, embora diagnosticada, por muitos autores, de decadente, balzaquiana, desinstitucionalizada e fadada ao desaparecimento, ainda é reivindicada, não nos moldes de outrora – o pátrio poder desapareceu, por conseguinte, derogou a figura do Chefe de família; a emancipação da mulher; a inserção do divórcio; a coabitação sem o selo oficial do casamento; o grande número de nascimento de filhos não legítimos, o alargamento e a proteção da família constituída independentemente de sua origem, etc. – porém, de uma forma reestruturada, ainda representa o porto seguro de muitos.

Por isso tudo, acreditamos que não houve um total esvaziamento do elemento estruturante definidor do conceito de família tampouco mera substituição, como se estivesse derogado toda a historicidade conquistada no passado, a ponto de fazer erigir um “novo” elemento central para conduzir o homem.

Ao contrário, os ensinamentos gadamerianos mostram que o elemento institucional se mantém vivo, contudo, permanece repersonalizado e direcionando à vida humana, como sempre o fez. Isto significa dizer que todo e qualquer pensamento, por mais inovador que seja não se perfaz, por si só, mas se esconde em uma historicidade que se arrasta pela tradição, que não pode ser desprezada.

Em outras linhas, ainda que a ADPF n° 132/ RJ tente conjugar uma infinidade de alterações ou rupturas paradigmáticas, a teoria hermenêutica contemporânea, de outro lado, mostra que nada se rompeu, uma vez que a linha da continuidade fortalece o elemento institucional, isto quer dizer que mudança houve, não se pode negar, mesmo porque a estrutura familiar necessitava de transformações justamente para acompanhar e corresponder as aspirações individuais presentes no mundo contemporâneo.

Assim, revelada as bases com que se pretende desenvolver a presente dissertação, centrada na ideia de progresso semântico do conceito de família, mas não assentada sobre a perspectiva de rompimentos ou rupturas de paradigmas no curso do tempo, e, sim, alicerçada na continuidade carregada pela tradição, em que se forma uma verdadeira fusão entre passado e presente, passaremos, em um segundo momento, mostrar a evolução

semântica do conceito de família, ou melhor, a formação familiar como instituição nos mais diferentes momentos espaço-temporais.

CAPÍTULO II: A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA COMO INSTITUIÇÃO

2.1) FAMÍLIA E RELIGIÃO ANTIGA

Tema riquíssimo e largamente explorado desde a Antiguidade, *Família*, vem sendo aplicado para conceituar os mais diversos agrupamentos humanos em diferentes construções históricas.

Dito de outro jeito, percebemos que malgrado seja expressão contínua em diferentes e distantes momentos, não podemos entender que a expressão família restou imune as perenes mutações ao longo da história.

Vemos, dessa forma, que o termo família engloba um grande espectro de significados e insere-se em diferentes contextos.

Ou seja, em todo caso, existem várias maneiras de recortar a origem e o elemento definidor de família em relação a outras ciências, por exemplo, as visões religiosa e econômica apostam e delineiam caminhos díspares. Mas, insistiremos em manter uma visão histórica e interpretativa do instituto da família nas mais variadas épocas, revelando suas particularidades, notadamente, se o elemento definidor do conceito de família conseguiu, ao longo do tempo, se manter vivo institucionalmente, isto é, se se molda ou não aos preceitos estatuídos nas leis da modernidade.

Nesse esteio, envidaremos então mostrar, nesse segundo capítulo, a evolução semântica do conceito de família nos diferentes momentos espaço-temporais.

Ressalta-se, entretanto, que a estratégia em apontar o momento histórico-cultural, na qual a entidade familiar encontra-se inserida, reveste-se de grande relevância justamente porque ao longo do tempo, ora evoluindo ou retrocedendo, a família logrou apresentar múltiplas faces.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁷⁷ define com muita precisão que

A família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade.

A palavra família⁷⁸ é oriunda do latim *família* proveniente de *famulus*, designando o servidor, o criado. A família podia ser entendida como o lugar onde reinava o *pater*, cujo domínio se estendia sobre a esposa, filhos, propriedade e escravos. “*Seria portanto entendida como o conjunto de pessoas que vivem sob o mesmo teto, obedientes e dependentes da mesma autoridade e proteção*”⁷⁹

Nessa senda, bem percebeu Friedrich Engels⁸⁰, em sua obra “A origem da família, da propriedade privada e o estado”, mencionada por Calderón,

Em sua origem, a palavra família não significa o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – do filisteu de nossa época; - a princípio, entre os romanos não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e a família é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Nos tempos de Gaio, a família “*id patrimonium*”, (isto é, herança) era transmitida por testamento. A expressão foi inventada pelos

⁷⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 17 e 18;

⁷⁸ “Primitivamente, família teve o significado latíssimo de habitação (*oikos* em grego e *domus* em latim), justamente com tudo que se pretendia àquela e seu dono: a casa, a esposa, os filhos, os escravos, os animais domésticos, como o boi, o cavalo, e os objetos de trabalho, como arado, os bens móveis e os imóveis. Família significou, em seguida, apenas o complexo dos indivíduos subordinados ao pater: as pessoas e os escravos, com exclusão, dos bens. Por fim, família compreendeu somente as pessoas dependentes do pater, sem mais os escravos, visto que esses não eram *personae* e sim *res*, coisas. É com este sentido que o vocábulo viveu a maior parte de sua existência e chegou às línguas e aos direitos modernos. ULPIANO distinguiu ainda a família próprio jure da família *communii jure*. A primeira é de todas as pessoas que estão sujeitas ao poder de um só - o pater -, pela natureza ou pelo direito. Família *communii jure* é a reunião de várias famílias próprio jure, provenientes de um tronco comum. Chamava-se também gente (do latim *gens, gentis, gentes*) e *genos* (do grego)”. - in - PINTO. Agerson Tabosa. Das justas núpcias ao casamento gay. Anais do XIII Congresso Internacional YXVI Congresso de Iberoamericano de Derecho Romano. O direito de família, de Roma à atualidade, em homenagem a Silvio Meira e Agerson Tabosa Pinto, Org. André Augusto Malcher Meira. Belém -PA, 2011, p. 296.

⁷⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito das famílias. Amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 247.

⁸⁰ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e o estado. Tradução: Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002, p. 58 – in – CALDERÓN, Ricardo Lucas, Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 16 e 17.

romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob o seu poder sua mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano. E o direito de vida e morte sobre todos eles. “A palavra não é, pois, mais antiga que o férreo sistema familiar das tribos latinas, que nasceu ao introduzirem-se a agricultura e a escravidão legal, depois da cisão entre gregos e latino-arianos”. E Marx acrescenta: “A família moderna contém em germe não apenas a escravidão (*servitus*) como também a servidão, pois, desde o começo, está relacionada com os serviços da agricultura. Encerra em miniatura todos os antagonismos que se desenvolvem, mais adiante, na sociedade e em seu estado”.

A esse respeito, muito provavelmente, os primeiros grupos sociais formaram-se baseados no instinto sexual, pouco importando se essa união fosse passageira ou duradoura, monogâmica ou não. O que se sabe, sem dificuldade, é que o alargamento do universo cultural fez erigir à necessidade de se implantar uma estrutura social mais rica, capaz de desempenhar funções e garantir a higidez da espécie.

Não há convergência acerca da origem da família, nos mais variados estudos existem distintas visões, por exemplo, religiosa, antropológica, sociológica, econômica abordam a temática sob diferentes óticas, mas admitem que a sua formação encontra-se em um tempo longínquo, tempo esse em que a fonte do direito não era sequer escrita, mas ancorada em costumes de pequenos agrupamentos humanos.

Dessa sorte, a família surge como o primeiro agente socializador do homem, no qual faz erigir uma espécie de laço coesivo entre seus membros, isto é, uma consciência de unidade, reconhecida como “*consciência do nós*”, como bem revelou San Tiago Dantas.⁸¹

Segundo *Coulanges*, na fase mais primitiva dos tempos, a família encontrou na religião seu principal elemento constitutivo.

Fala-se em papel preponderante da religião porque se trata, de início, de uma antiguidade sem data - pré-clássica -, cuja época não existia a figura presente e pujante do Estado na vida do homem, mas tão somente regras, dogmas e práticas havidas de tradições religiosas, sob o manto do costume.

⁸¹ SAN TIAGO DANTAS. Francisco Clementino de. Direito de família e das sucessões, Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 03;

Dito de outra forma, o modo tradicional de se viver em comunidade, a conduta usualmente perpetrada pelos membros do grupo são confiados quase exclusivamente pelo costume que, na realidade, não tinha um caráter próprio ou específico, pois nascia no interior de cada casa, sobre o altar de cada família, que se propagava de geração em geração, no intuito “mascarado” de cultuar os antepassados por uma prática perene e supersticiosa, mas, que, na verdade, cristalizava-se, como regra, para resolver os casos particulares e conduzir o comportamento do homem.

Nesse diapasão, assevera *Maine*⁸²que,

The usages which a particular community is found to have adopted in its infancy and in its primitive seats are generally those which are on the whole best suited to promote its physical and moral wellbeing; and, if they are retained in their integrity until new social wants have taught new practices, the upward march of society is almost certain. But unhappily there is a law of development which ever threatens to operate upon unwritten usage.

Com isso, percebe-se a necessidade do uso do costume nas comunidades primitivas, pois representava, de certa forma, o *modos vivendi* adequado a promover o bem-estar físico e moral do homem.

Nessa primeira fase, ressalta-se toda a obediência aos costumes emanava dos dogmas estatuídos pelas crenças religiosas, cuja função sacerdotal era, ao mesmo tempo, função legislativa, protetiva exercida pelo *Pater Familias*.⁸³

⁸²MAINE. Henry Sumner. *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. Introduction and notes by the Rr. Hon. Sir Frederick Pollock, Bart.* London – in – Cornell law school library, p. 16;

⁸³Percebe-se, sem muita dificuldade, que remanesceu por longo período a figura do *pater*, como chefe absoluto do lar familiar, e, por consequência, o completo afastamento da figura da mulher nas decisões domésticas. Nesse sentido, a Lei religiosa impunha justamente em razão da figura soberana do marido a total submissão da mulher em todos os afazeres dentro e fora do lar. “A religião não coloca a mulher em posição tão elevada. Verdade é que ela toma parte nos atos religiosos, mas não como senhora do lar. Ela não recebe a religião com o nascimento; só pelo casamento nela foi iniciada, e com o marido, e com o marido aprendeu a oração que pronuncia. Não representa os ancestrais, pois não descende deles. Também não se tornará um antepassado. Sepultada, jamais receberá culto especial. Na morte como na vida a mulher é sempre parte integrante do marido”. No mesmo sentido, o Código de Manu revela: “A mulher, durante a infância, depende do pai; durante a juventude, do marido; morrendo o marido, dos filhos; se não tem filhos, dos parentes próximos do marido, porque a mulher nunca deve governar-se à vontade” - in - COULANGES, Fustel de. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o

Isso porque, com características notoriamente peculiares, as crenças dos primeiros tempos - Culto aos mortos⁸⁴ e a Reverência ao fogo sagrado⁸⁵- não residiram nos grandes templos, ao contrário, as cerimônias eram reveladas no interior de cada casa em torno de um altar, ou ao redor do fogo sagrado, o que propiciava uma espécie de reunião de pessoas que acabavam por acreditar que a religião ordenava direitos e obrigações comuns aos homens e as unia como verdadeiras famílias.

Em ambas as tradições não existiam uma regra uniforme tampouco um ritual único comandado por alguém de fora, ao contrário, cada agrupamento possuía seus próprios ritos, regras, hinos, fórmulas de orações, oferendas, adorações, deuses, etc. constituindo, dessa forma, os sagrados dogmas que cada grupo familiar carregava consigo, e, posteriormente, perpassava para a sua descendência.

Na verdade, essa transmissão de geração em geração traduzia uma espécie de amálgama híbrida e misteriosa entre pais e filhos, bem dizer, um vínculo misto e recíproco de deveres religiosos e morais. Na verdade, a figura paterna representava muito mais que um ente protetor. *“O pai é, além disso, o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração.”*⁸⁶.

Dentro desse contexto, as regras constitutivas dessas crenças religiosas revelavam que os membros dessas famílias eram unidos por um elo muito mais sólido do que o nascimento ou o afeto, isto é, eram, na verdade, entrelaçados e jungidos em uma clara associação religiosa, composta de pai, mãe, filhos, escravos e todos os ancestrais mortos.

direito e as instituições da Grécia e de Roma; tradução Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 110 e 111.

⁸⁴ A crença do culto aos mortos ou antepassados consistia em espécie de troca eterna e recíproca entre os vivos e os mortos de cada família. Essa troca sagrada e perene permitia que os ancestrais mortos recebessem de seus descendentes as refeições fúnebres, que, registre-se, era a única fonte de prazer na vida eterna, e, por outro lado, os descendentes eram agraciados com o auxílio e a proteção de seus antepassados.

⁸⁵ A crença do fogo sagrado consistia em uma providência familiar que exigia do chefe da família a obrigação de deixar alguns carvões acesos sobre o altar doméstico, este fogo representava a existência do Deus no interior do lar, de modo que extinguindo o fogo, a família estaria fadada a escuridão.

⁸⁶ COULANGES. Fustel de. *ibidem*, p.113.

Assim, vemos que o conceito de família primitiva era reconhecido pelo perfil e a composição de sua própria estrutura, isto é, um núcleo religioso não muito extenso e com certo isolamento⁸⁷, porém, extremamente organizado, com chefe, deuses e sacerdócios próprios, leis e justiça internas provenientes de práticas consuetudinárias e de crenças religiosas⁸⁸.

Dito de outro jeito, percebemos que não havia uma concepção individual de direitos. Ao contrário, a formação da família enquanto instituição reforçava o poder do grupo de tal modo que quanto mais importante à instituição família fosse, mais poderoso se tornava o grupo de pessoas pertencente a ela, família.

Desse modo, essas tradições religiosas ditaram regras de comportamento, ainda que inconscientemente enraizadas, traçaram deveres, regularam as ações do homem dentro e fora do lar, dispensaram imensurável zelo ao lar familiar, sacralizaram o casamento, enfim, governavam intimamente a vida do homem.

Aliás, segundo Coulanges a primeira instituição estabelecida pela religião doméstica foi o casamento, que fincava as suas bases na necessidade de perpetuidade da família, e, por conseguinte, na manutenção dos cultos religiosos que eram transferidos de geração em geração.

Vemos, a partir então que preponderava entre o homem primitivo um verdadeiro arcabouço minucioso de regras, direitos e obrigações emanadas ora dos costumes, ora dos cultos religiosos comuns em cada família, ou seja, toda

⁸⁷ Justifica-se o termo “isolado” ou sentimento de isolamento pelo fato de que “a presença de um homem estranho à família logo perturbava o repouso dos manes. A lei proibía também que estranhos se aproximassem do túmulo. Tocar com o pé, mesmo por descuido, uma sepultura era ato ímpio, que obrigava não só a reconciliação com o morto, como também a purificação do infrator”. In Coulanges, *ibidem*, p.46

⁸⁸ No rigor da religião primitiva, os filhos, ainda que alcançassem a maioridade, permaneciam ligados ao lar paterno, e, por conseguinte, subordinados à autoridade paterna, pois, enquanto vivesse o pai, os filhos eram considerados menores. Além disso, o nascimento de um filho também assentava regras próprias, por exemplo, o filho ao nascer tinha por obrigação aceitar os ensinamentos de seus ancestrais, adorar seus antepassados, oferecer sacrifícios aos deuses domésticos e também perpetuá-lo ao seu descendente homem para que, um dia, este se tornasse também um antepassado adorado.

Além disso, a religião primitiva também assentou regras para o casamento, o consagrou como instituto obrigatório, não com o escopo precípua de afeto, registre-se, mas com o desiderato único de unir dois seres do mesmo culto doméstico para fazer nascer um terceiro, e, conseqüentemente, perpetuar a crença doméstica entre a descendência. Assim, a religião dispensou grande zelo à hegemonia da família, eis que encontrava no adultério a falta mais grave no casamento. A repulsa a esse ato era iminente, pois além de ameaçar a paz do lar, carregava consigo nefastas conseqüências.

essa forma inicial de elaboração de “regras de conduta”, podemos assim dizer, ainda que sem qualquer senso jurídico, eram apreciadas, respeitadas e cumpridas pelo homem, o que acabou, de certo modo, fomentando o surgimento e a construção dos primeiros ensaios a formação da família como instituição.

Não obstante isso é preciso dizer que numerosos juristas não convergem com essa ideia de que já havia, naquele tempo, um sistema regulatório capaz de disciplinar os atos do homem arcaico, eis que dificilmente os grupos sociais primários poderiam ter alcançado o significado de direito, pelo menos, o estágio de organização estatal⁸⁹.

Sem embargo quanto à forma rudimentar de viver àquela época, mas nos soa muito mais espantoso permitir que, durante todo o tempo antigo, o homem pudesse ter vivido à margem de qualquer regra de comportamento, pois, ainda que fosse pálida a visão do que seria jurídico ou não, moral ou social, o certo é que no *modos vivendi* primitivo, tudo aquilo que tivesse o escopo precípua em manter a coesão de grupo social - regras estatuídas não para atender a satisfação individual, mas extensa à coletividade, ao mesmo tempo, que repreendia o comportamento que não compactuasse com tais regras -, traduzia, de certa forma, um sistema institucional.⁹⁰

Para Abelardo Saraiva da Cunha Lobo⁹¹ essa

primeira fase, que pode chamar-se a dos *mores veterum*, era rigorosamente consuetudinário, não tinha um caráter próprio e específico para poder distinguir-se de lar em lar, dominava os espíritos por uma prática constante, supersticiosa, e cristalizava-se, afinal, como regra, para resolver casos particulares. A função sacerdotal era, ao mesmo tempo, uma

⁸⁹ A justificativa a essa posição lastreava-se a uma convicção fundamental relativa ao Direito do Estado segundo a qual uma comunidade politicamente organizada somente poderia funcionar se dominasse um consenso geral sobre as suas estruturas jurídicas em proveito da coletividade.

⁹⁰ A leitura que se faz dessa quadra histórica é a de servir como o primeiro movimento, ainda que embrionário, da ideia de instituição, como núcleo definidor da família. Dentro desse contexto, a verdade é que não podemos esconder a relevância destas primárias crenças domésticas que, tão recheadas de regras organizatórias do comportamento humano, dentro e fora do lar familiar, foram inegavelmente responsáveis pela formação dos pensamentos basilares do conceito de família e a construção de um catálogo de regras que institucionalizou a família.

⁹¹ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Curso de Direito Romano. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 27.

função legislativa: o Pater Famílias era o Ministro da Religião e Legislador da Casa.

Nesse diapasão, uma vez mais Coulanges⁹² pondera que,

A antiga crença ordenava ao homem que honrasse o antepassado; o culto do antepassado agrupou a família ao redor do altar. Daí a primeira religião, as primeiras orações, a primeira concepção do dever e a primeira moral; daí, também, a instituição da propriedade, a fixação da ordem de sucessão, enfim, todo o direito privado e todos os estatutos da organização doméstica. Depois, essa crença aumentou e, ao mesmo tempo, cresceu a associação. Os homens, à medida que sentem que há para eles divindades comuns, vão-se associando em grupos cada vez maiores. As mesmas regras descobertas e aplicadas na família, aplicam-se sucessivamente à frátria, à tribo e à cidade.

Isso porque embora não houvesse quaisquer resquícios da existência de um direito escrito, dada à época tão primitiva, a família arcaica foi direcionada por um conjunto de regras costumeiras e religiosas - insisto, similar a um arcabouço de leis, no sentido jurídico e moderno do termo, uma autêntica instituição – que norteava a maneira tradicional de viver em comunidade e disciplinava a conduta habitual dos membros do grupo, dentro e fora do lar, a ponto de impor ao homem a obrigação de celebrar ritos, oferecer sacrifícios periodicamente comuns de acordo com os ditames consuetudinários e práticas religiosas.

Para John Gilissen⁹³

sob a influência dos trabalhos dos etnólogos e dos sociólogos, admite-se agora em geral que os costumes dos povos sem escrita⁹⁴ tem um caráter jurídico porque existem aí meios de

⁹² COULANGES. Fustel de. *ibidem*, p. 167

⁹³ GILISSEN. John. *Introdução histórica ao direito*. 3. Edição. Serviço de educação e bolsas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001. p. 36.

⁹⁴ GILISSEN prefere a expressão “direitos dos povos sem escrita”, pois, dessa forma, consegue distinguir um sistema jurídico de outro. Além disso, assevera que “*durante muito tempo deu-se o nome de direitos primitivos aos sistemas jurídicos dos povos sem escrita. Esta expressão não é de modo algum adequada, pois numerosos povos conheceram uma longa evolução da sua vida pessoal e jurídica sem terem atingido o estado cultural da escrita...Embora, não a afastando de todo, preferimos-lhe a expressão direitos dos povos sem escrita, o que acentua o que distingue mais nitidamente este sistema jurídico de outros, ou seja, a ignorância da escrita; mas não se pode perder de vista o nível da evolução jurídica de certos povos que servem da escrita pode ser menos desenvolvida do que o de certos povos sem escrita*”.p.33

constrangimento para assegurar o respeito das regras de comportamento...

Com isso, o homem não agia simplesmente sozinho e de forma livre⁹⁵ tampouco a sua vontade prevalecia sobre os cultos religiosos existentes. Ao contrário, as regras religiosas ostentavam uma espécie de força que afetavam as escolhas racionais do homem, podemos assim dizer, que tais crenças tinham o condão de organizar, disciplinar e ordenar o cumprimento de deveres, e, por conseguinte, acabava por reforçar os vínculos sociais e culturais no comportamento institucional.

Comungando com nosso singelo estudo, segue o entendimento de *Maine*⁹⁶ quando revela que,

Men, grouped together in the different relations which those institutions imply, are bound to celebrate periodically common rites and to offer common sacrifices; and every now and then the same duty is even more significantly recognized in the purifications and expiations which they perform, and which appear intended neglectful disrespect.

A partir daí, podemos perceber que o elemento Institucional emerge de um processo cultural costumeiro que tem por escopo responder à necessidade de estatuir regras, valores e crenças que arrastam pelo tempo e procuram disciplinar a vida humana.

Daí por que, dessa forma, vemos que toda a estrutura organizacional da família primitiva se encontrava assentada em um núcleo verdadeiramente institucional, ainda que de forma embrionária, longe de ser considerado nos moldes institucionais definidos no sistema romanista ou no *common law*, por exemplo, mas, imbuído de normas organizatórias e condutoras do comportamento humano suficientemente capazes de superar os entraves do cotidiano.

⁹⁵Não se pode olvidar que o conceito de liberdade, aquela época, não traduz o termo que se define atualmente, isto é, a noção de liberdade era estreita e bem limitada se compararmos a liberdade que reconhecemos como direito fundamental.

⁹⁶MAINE. Henry Sumner. *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. Introduction and notes by the Rr. Hon. Sir Frederick Pollock, Bart.* London – in – Cornell law school library, p. 06;

2.2) FAMÍLIA E O DIREITO ROMANO

Com fulcro na ideia de evolução semântica da família, impende dizer que desde a formação dos primeiros agrupamentos do homem a partir da reunião íntima de poucos, ao redor do altar doméstico, perpassando pela formação das tribos, frátrias, cúrias, confederação de sociedades até alcançar o *status* de cidade, imperavam entre elas, normas provenientes de práticas consuetudinárias e religiosas que acabavam por representar um sistema de regras condutoras da vida humana, e, por que não dizer, nos moldes de Instituição, que possibilitava a manutenção da ordem na vida em coletividade.

Nesse passo evolutivo, mesmo com o inchaço populacional inerente às cidades, a vontade de fundir-se amigavelmente em um único Estado, isto é, de unir grandes grupos de pessoas associando-se a um mesmo governo institucional era fenômeno raríssimo entre os antigos, ressalvada as ocorrências inevitáveis de revoluções e guerras, que muito embruteceram a história.

A par disso, as revoluções sociais, políticas e econômicas foram perenes no curso histórico dos antigos. Aliás, depois que as sociedades antigas perpassaram por numerosas e diferentes revoluções, o homem, pouco a pouco, passou a descobrir outros princípios e uma vinculação social divergente das antigas crenças, o que fez reestruturar, bem dizer, o pilar social que as antigas religiões haviam erigido, ao mesmo tempo, em que se permitiu conceber a existência de um Estado maior para conduzir o comportamento humano.

Nesse sentido, pensamos à luz dos fatos históricos e constatamos que a família consiste em um fenômeno histórico, isto é, um verdadeiro fenômeno social imposto pelo vínculo existente entre a vida humana e o tempo em que ela perpassa, o que nos impossibilita, bem dizer, separar a ideia de família aos fatores da vida social, das necessidades do meio e da influência temporal.

Dá por que passamos a ver a família não mais tão primitiva, mas sob um olhar amadurecido consubstanciada na ideia de que o progresso social,

cultural, econômico, religioso, demográfico, político faz construir, reestruturar e ressignificar seus elementos norteadores e estruturantes.

Assim sendo, passaremos a analisar a família no período em que Roma laborava para recrudescer o Direito, isto é, buscar-se-á tratar da família no exato momento em que se construía os pilares do Direito Privado, e, em todo caso, tentaremos manter uma visão interpretativa do sentido de família dentro de dois períodos distintos e mais relevantes da história romana, a época da promulgação da Lei das *XII Tábuas* e do *Corpus Iuris Civilis*.

Por assim dizer, os comandos sociais estruturados no Direito Romano revelaram-se aos olhos do homem não só como mais aperfeiçoado, na verdade, a sua relevância traduziu a mais profunda revolução interna que perpassou todo o pensamento jurídico, de tal modo, que hoje, inobstante o progresso intelectual dos povos, a legislação pátria, por exemplo, ainda sente as influências romanistas.

Aliás, a conexão havida entre o direito romano e o direito hodierno, malgrado a grandeza do espaço-temporal, é fator suficiente para antepor à exposição do tema, um breve introdutório acerca desse antigo *modus vivendi* e a irradiação de seus influxos sobre a nossa contemporânea cultura ocidental⁹⁷.

É insofismável que dos momentos históricos que dizem respeito a Roma, a sua fundação e a sua vestibular organização sócio-política⁹⁸, repousam os pontos mais críticos, dada as influências antagônicas formadas pelo amálgama de três diferentes povos – *latinos, sabinos e etruscos* -, que carregavam consigo suas crenças, modos de vida, noções de família, etc.⁹⁹

⁹⁷Nesses termos, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, é imperioso lembrar que esse trabalho não tem por escopo o estudo aprofundado e com minudência das regras estatuídas no Direito romanista, mesmo porque talvez seja tarefa das mais áridas, e, porque não dizer, impossível dada à estrutura eclética e a dificuldade de Roma não ter sido alicerçada sob o manto de um único sistema.

⁹⁸Roma era imbuída de influências heterogêneas de diferentes povos, isto é, formada por três povos – *latinos, sabinos e etruscos* -, acrescida da larga expansão territorial e somadas as radicais transformações políticas, sociais e jurídicas, ao longo dos treze séculos, Roma carregou consigo imperiosas, forçosas e constantes mudanças em seu cenário estrutural.

⁹⁹O renomado Silvio Meira, em sua obra *Curso de direito romano: história e fontes*, revela que malgrado não houvesse uniformidade acerca das indicações das fontes quanto à data em que, de fato, Roma teria sido fundada, “*tem-se utilizado, para fins meramente didáticos, o ano de 754 a.C para a origem da cidade*”- in - MEIRA, Silvio. *Curso de direito romano: história e fontes*. Ed. Fac. Sim. São Paulo: Ltr, 1996, p. 11.

Em consulta à memória da humanidade sobre esse emaranhado de influências, estudiosos se aventuram na história desse complexo sistema de normas para afirmar que, de fato, é um *“mundo de textos de uma riqueza incomensurável, muitas vezes heterogêneos ou contraditórios, que se estendem por mais de seis séculos, um mundo dividido entre escolas e sistemas de pensamento diversos”*¹⁰⁰

Dentro desse cenário institucional, no período da Realeza¹⁰¹ pouco se contribuiu com a elaboração legislativa. Na verdade, as leis atribuídas aos reis, à época, *Rômulo* e seu sucessor *Numa*, eram consideradas decisões preponderantemente costumeiras de cunho religioso, mesmo porque não havia qualquer distinção entre Religião e Direito.

Sob a vigência da República, a lei começou a ter papel de destaque como fonte de direito juntamente com o costume, mas, nesse período, ainda se legislou timidamente. *“Teria havido cerca de 800 leges rogatae, sobretudo em matéria política, econômica e social; não teria havido senão 26 no domínio do direito privado... Entre as leis de direito privado, citemos a Lex Cinnia (204 a.C) sobre doações, a Lex Furia (cerca de 200 a.C) em matéria de testamento, a Lex Atilia (186 a.C) em matéria de tutela...”*¹⁰²

Sob o curso da evolução, isto é, quando a sociedade começou a tomar contorno definitivo percebemos uma larga necessidade de se criar um mecanismo ou um sistema mais aperfeiçoado, podemos assim dizer, tendente a organizar a vida do homem em suas relações interpessoais, particulares e sociais.

Nessa perspectiva, sob a forma de regras estruturadas, fincada em processos culturais, sociais e históricos, o modelo institucional emerge e conduz o homem em suas tarefas sociais.

¹⁰⁰ VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 497.

¹⁰¹ Sob a ótica interna da história romana - Direito Antigo ou Pré-Clássico; Direito Clássico; Pós-Clássico ou Romano-Helênico -, cada período reflete uma forma diversificada dos costumes, da vida em sociedade, da política e das normas jurídicas. A organização política romana perpassou por modificações radicais, que pode ser distribuída em três fases: 1) Realeza; 2) República; 3) Império. Este subdividido em: Principado e Dominato.

¹⁰² GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. Edição. Serviço de educação e bolsas. Lisboa: Fundação *Calouste Gulbenkian*. 2001. p. 86.

Nesse diapasão, Abelardo Saraiva da Cunha Lobo¹⁰³ pondera que,

as origens do Direito Romano devem ser buscadas nos mores majorum, porque, embora já tivessem uma Religião e conhecessem as necessidades da família, não tinham ainda sistematizado, em justa correlação, os princípios reguladores de ambas.

Com isso, se mostra razoável a criação de um modelo-tipo de normas estruturadas ou princípios reguladores que possibilitam disciplinar o comportamento do homem não mais restrito ao ambiente familiar, mas em sua vida social, ou seja, libertá-lo dos rituais religiosos e dos livros sagrados dos sacerdotes, uma vez que as crenças e os costumes já não mais logravam em representar aquele canto sagrado, que entoava de pai para filho, mas algo muito maior e em benefício da coletividade.

A partir de então, justificava-se a necessidade em desenvolver normas comuns que estabelecessem limites à ação individual dentro de um conceito mais amplo de sociedade, isto é, a reestruturação de um sistema, por meio de regras institucionais e universais que estabelecessem algum tipo de ordem unificadora, determinante do comportamento institucional.

Esse mecanismo de unificação era encontrado, então, na figura do Estado que, como produtor da norma, tinha por escopo criá-la em prol do desejo coletivo de ordem; da preservação da vida, da família e da propriedade.

Assim, a almejada harmonia de vida coletiva passou, de certa forma, a depender do parâmetro normativo estatal que deveria ser seguido e respeitado, sem distinção, por todos.

A essência desse estágio é destacada por Coulanges¹⁰⁴ que pondera,

O que há de mais marcante nesse período da história da legislação romana é que, através da introdução de certas formas novas, o direito pode estender a ação e os benefícios às classes inferiores. As antigas regras e formalidades não puderam e não podiam ainda ser convenientemente aplicadas

¹⁰³ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Curso de Direito romano: história, sujeito e objeto do direito. Instituições jurídicas. Brasília: Senado Federal. 2006, p.63

¹⁰⁴ COULANGES, Fustel de. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma; tradução. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.414.

senão às famílias religiosas; mas criaram-se novas regras e novos procedimentos, aplicáveis aos plebeus.

E, foi com esse espírito, que o Direito romano acabou por alicerçar os seus pilares, inclusive, no campo social, cuja norma não mais permitia que o homem agisse, por si, muito menos, tão somente sobre os comandos institucionais das tradições religiosas que privilegiavam poucos.¹⁰⁵

Nesse esteio, uma vez mais, Coulanges¹⁰⁶ obtempera que,

É claro que as famílias plebeias não praticavam o casamento sagrado e pode-se imaginar que para elas a união conjugal repousava unicamente na convenção mútua (*mutus consensus*) e a afeição que se tinha prometido (*affectio maritalis*). Nenhuma formalidade civil ou religiosa era realizada. Esse casamento plebeu acabou por prevalecer, depois de algum tempo, nos costumes e no direito, mas no começo as leis da cidade patricia não lhe reconheciam nenhum valor. Isso teve graves consequências; como o poder marital e o pátrio poder só decorriam, aos olhos do patrício, da cerimônia religiosa, que iniciara a mulher ao culto do marido, acontecia que o plebeu não possuía esse poder. A lei não lhe reconhecia a família e o direito privado não existia para ele. Era uma situação que não poderia perdurar. Imaginou-se, pois, um procedimento para o uso do plebeu que, para as relações civis, produzia os mesmos efeitos que o casamento sagrado. Recorreu-se, como para o testamento, a uma venda fictícia. A mulher era comprada pelo marido (*coemptio*) e desde então era reconhecida no direito como parte de sua propriedade (família), estava em sua mão, e tinha a posição de filha a seus olhos, exatamente como se a cerimônia religiosa tivesse sido realizada.

Observa-se que, em razão da diferença de tratamento dispensada entre os romanos, notadamente, entre plebeus e patrícios, Roma, inicialmente, conheceu uma espécie de casamento que consistia em mera situação fática de convivência entre duas pessoas, de sexos distintos, que iniciava e se mantinha pela livre intenção dos cônjuges de viverem como marido e mulher, ou seja, *affectio maritalis*.

Reconhecido como casamento da era pagã, essa espécie de matrimônio encontra-se firmado sobre as bases do *affectio maritalis* e do

¹⁰⁵A concessão ao direito de casar, por exemplo, não era extensiva a todos, uma vez que plebeus e estrangeiros não gozavam dos mesmos direitos que o cidadão romano.

¹⁰⁶Idem, *Ibidem*. p. 414 e 415.

princípio *consensus facit nuptias*, isto é, institucionalizou-se a vontade livre, recíproca, efetiva e continuada dos cônjuges de viverem como marido e mulher, como padrão de modelo a ser internalizado pelo indivíduo.

Para San Tiago Dantas¹⁰⁷, “os romanos definiam casamento como um estado de fato, que produz consequências jurídicas e que detinha um elemento objetivo e outro subjetivo – *affectio maritalis*”.

Severino Augusto dos Santos¹⁰⁸, baseando-se nos estudos de Biondi, assevera que o instituto do matrimônio no mundo pagão possuía relevante função social, pois além de disciplinar as aventuras do sexo também visava à continuidade da sociedade.

Outrossim, convém não esquecer que, antes mesmo do advento da legislação romana - *XII Tábuas*¹⁰⁹ e *Corpus Iuris Civilis*¹¹⁰-, outros povos não furtaram de ocupar-se em organizar os seus próprios catálogos normativos.

Sobre isso, Abelardo Saraiva da Cunha Lobo¹¹¹, com precisão, revela que

basta ver o *Código de Hamurabi*, que vigorou na Babilônia dois mil anos antes das *XII Tábuas*, o *Código de Manu*, que apareceu na, cuja promulgação, no Egito, teve lugar 800 anos antes do império romano, o *Código de Amasis*, organizado também para o Egito em 554 antes de Cristo, e, finalmente, as *Leis de Sólon*, formuladas para Atenas e postas em execução em 558 (a. de C.)

¹⁰⁷ DANTAS. Francisco Clementino de San Tiago. Direito de família e das sucessões. rev. e atual por José Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 29-33.

¹⁰⁸ DOS SANTOS. Severino Augusto. *Iustae nuptiae* e o direito civil brasileiro atual: definições, características, requisitos e extinção - in – MALCHER MEIRA. André Augusto (org.). Anais do XII Congresso Internacional YXVI Congresso Iberoamericano de derecho romano. O direito de família, de Roma à atualidade. 2011. p. 77.

¹⁰⁹ A XII Tábuas constitui obra legislativa romana que corporificou normas de puro direito romano ao lado de algumas legislações estrangeiras.

¹¹⁰ Amazonas de Figueiredo, citado por Meira, malgrado reconheça a existência de pontos comuns e divergências entre as legislações das XII Tábuas e o Código de Hamurabi, concluiu que: “As diferenças entre elas provem do seguinte: o Código de Hamurabi regulamenta todas as relações sociais, indistintamente; prevê a conduta do cidadão para com a nação; define o trabalho do operário e a conduta do patrão; normaliza as relações contratuais, minorando os efeitos das obrigações; defende o escravo contra o senhor e filho diante do pai; as mulheres, os filhos, os escravos não são entregues, inteiramente, aos maridos, aos pais, aos senhores. O código decenviral, porém, é o direito feito pelos dominadores da cidade contra os que nela vieram asilar-se; pelo chefe da família, para geri-la absolutamente; pelo credor contra o devedor, para subjogá-lo; pelo cidadão contra o estrangeiro, para expulsá-lo além das sete colinas” – in - MEIRA, Sílvio. Curso de direito romano: história e fontes. Ed. Fac. Sim. São Paulo: Ltr, 1996, p. 76.

¹¹¹ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Curso de direito romano: história. sujeito e objeto do direito. Instituições jurídicas. Brasília: Ed. Senado Federal, 2006, p.146 e 147.

A Lei das XII Tábuas¹¹², embora tenha nascido em consequência da guerra revolucionária entre plebeus e patrícios, de costumes antagônicos de diferentes povos, constituiu monumental obra legislativa, do período Republicano, que acabou por representar, ao mesmo tempo, um verdadeiro progresso para o Direito e fonte imediata de todas as demais legislações.

Dentro do contexto familiar, o advento dessa Lei trouxe marcante transformação ao matrimônio que passou a assumir um formato diferenciado do casamento fático pagão.

Para John Gilissen¹¹³ a Lei das XII Tábuas representou um passo para o estágio evolutivo do direito público e privado, quando afirma que,

A solidariedade familiar é abolida, mas a autoridade quase ilimitada do chefe de família é mantida; a igualdade jurídica é reconhecida teoricamente; são proibidas as guerras privadas e instituído um processo penal; a terra, mesmo a das *genes*, tornou-se alienável; é reconhecido o direito de testar.

Parece-me que essa visão de estatuir um modelo-tipo de condutas ou disciplinar com minudência o comportamento humano propiciaria maior controle e ordenação das interações entre os indivíduos e entre estes e a sociedade.

Ou seja, bem similar às crenças religiosas primitivas, a Quarta Tábua institucionalizou que a gênese da família encontrava-se assentada na autoridade hierárquica do *Pater*.

Isso porque, dentro dessa quadra histórica, o sentido de família consistia em um conjunto de pessoas que viviam submissas a um chefe maior, isto é, sob a autoridade suprema, quase que divina, do pai e marido, que

¹¹² Lei das XII Tábuas - Tábua Quarta: Do Pátrio Poder e do Casamento

1. É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos;

2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento ilegítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los;

3. Se o pai vendeu o filho 3 vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno;

4. Se um filho póstumo nasceu no décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado legítimo.

Tábua Sexta:

6. A mulher que residiu durante um ano em casa de um homem, como se fora sua esposa, é adquirida por esse homem e cai sob o seu poder, salvo se se ausentar de casa por 3 noites.

¹¹³ GILISSEN. John. Introdução histórica ao direito. 3. Edição. Serviço de educação e bolsas. Lisboa: Fundação *Calouste Gulbenkian*. 2001. p. 87.

ungido à força sagrada da crença religiosa, era considerado senhor absoluto da casa, que exerceria sobre a mulher, os filhos, os escravos, a propriedade, um poder sem limites.¹¹⁴

A lição de Bonfante¹¹⁵ corrobora o entendimento de que família, à luz da legislação romana clássica, era definida como um conjunto de pessoas que descendiam de um ancestral comum – o *pater familias* – e, formava, assim, uma verdadeira comunidade de caráter político, no qual se adentrava pelo nascimento, pela *adoptio*, *arrogatio* ou pelo matrimônio válido.

Institucionalizado com minudência, o casamento não era ainda considerado a única forma de constituição familiar, mas, para ser consagrado legítimo aos olhos da lei, necessitava preencher alguns requisitos, por exemplo, o consentimento entre os nubentes, a idade núbil e o *conubium* eram requisitos elementares para que o matrimônio fosse revestido de oficialidade.

Dentro dessa perspectiva histórica, o que os romanos atribuíam de mais relevante à instituição casamento era a efetiva transferência da mulher para o *domus* do marido, ou seja, a inclusão da mulher à família do *Pater* representava, bem dizer, a máxima da realização do matrimônio, pois, a partir de então, incidiria, de forma ilimitada, o pátrio poder sobre a mulher, que fazia romper, por completo, o elo parental que unia a sua família originária.

Em Roma, todavia, existia mais de uma forma de matrimônio, ou seja, além da cerimônia religiosa – “*Confarreatio*”, havia a “*coemptio*”¹¹⁶ e a “*usus*”¹¹⁷, estes, porém, ausentes de caráter religioso revelavam-se, todavia, típico direitos de propriedade.¹¹⁸

¹¹⁴ Complementa José Carlos Moreira Alves em suas lições que dois eram os sentidos empregados à expressão família, àquela época, isto é, o sentido mais amplo que abrangeria o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum e sob o poder deste permaneceriam até a morte; de outro lado, em sentido estrito, compreendia tão só as pessoas sujeitas à *potestate* do *pater familiae*, ou seja, consistia essencialmente o *status familiae*. ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v 2, p. 244-245.

¹¹⁵ BONFANTE, Pietro. Storia del diritto romano. Milano: Società Editrice Libreria, 1923, p. 70 *apud* MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 11.

¹¹⁶ A *coemptio* consistia em um ritual que simbolizava a aquisição da mulher mediante compra, no qual o marido, na condição de comprador, efetivava o pagamento para então adquiri-la.

¹¹⁷ Já o casamento *per usum* ou *usus* compreendia na posse da mulher que somente após um ano garantiria a legitimação do casamento.

¹¹⁸ Dentro desse cenário, Roma conheceu ainda um extenso leque de relacionamentos ou comunidades familiares, isto é, o *concupinatus*, a união formada por pessoas do mesmo sexo,

Tempos depois, a inserção de uma forma especial de casamento, *sine manu*, permitiu que a mulher ao casar não lhe fosse imposto à sujeição ao poder marital, isto é, manteria o vínculo parental com a família originária, embora vivesse com a família do marido.

O reconhecimento institucional desse casamento, bem dizer, representou larguíssimo avanço às relações familiares, isso porque a família não mais estaria tão imbricada com a noção hierárquica de pátrio poder e se veria livre dessa severidade.

Toda essa situação perdurou ao longo do tempo republicano, vindo somente abrandar com o advento do Império e os influxos do canonismo, que carregaram consigo um caráter cristão à família. Assim, paulatinamente, a família romana foi reformulando o sentido de minorar a autoridade do *pater* dentro do da família.

Podemos, desse modo, aferir que tanto a consumação do casamento em si como o afeto não traduziam, durante essa quadra histórica, fatores preponderantes para o estabelecimento do vínculo conjugal, longe disso, “*a família era fundada sob elos fortes de coesão entre os membros submetidos ao chefe*”,¹¹⁹ e, assim, representava a base sólida de organização social.

Isso porque certamente tais vínculos conjugais estavam mais calcados em elos de interesses patrimoniais e na consumação do poder pátrio do que propriamente no afeto, que só logrou reconhecimento na modernidade.

O que se repara é que essas regras minuciosas, postas somente para ilustrar, sinalizam a presença pujante do Estado na condução da família, que em situação análoga as crenças religiosas e as práticas consuetudinárias, também acabavam por engendrar numerosas combinações estruturais no afã de governar a vida do homem.

Dentro desse contexto, o direito romano conheceu as obras do imperador Justiniano, que não mediu esforços em empreender monumental

relacionamentos frequentes entre irmãos, relações havidas entre pessoas impedidas para o casamento, entre outros.

¹¹⁹MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito das famílias: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 257.

compilação de todas as antigas fontes romanistas em uma única obra, sob o título de *Corpus Juris Civilis*¹²⁰.

Assim, não muito diferente da Lei das XII Tábuas, o *Corpus Juris Civilis*¹²¹ carregou consigo um arcabouço, quase que incontável, de minuciosos preceitos impostos e destinados a organizar, disciplinar, governar a vida humana em sociedade.

Dentro das inúmeras combinações estruturais expressas em Lei, podemos assim dizer, destaca-se a imperatividade da dualidade de sexo, exigida para a celebração do casamento. Especificamente, “*extrai-se do Digesto Justiniano – liber primus: O direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais, daí deriva a união do macho e da fêmea, a qual denominamos matrimônio; daí a procriação dos filhos*”¹²².

Além disso, estatuiu-se acerca da possibilidade de segundas núpcias¹²³, mas esta somente poderia ocorrer em razão de estarem livres do matrimônio anterior. O divórcio, por seu turno, também fora delineado, eis que a sua prática era corriqueira.

O *pater potesta*, oriundo do casamento, da adoção ou da legitimação também não foram esquecidos. Aliás, os poderes do *Pater* permaneceram hierárquicos e ilimitados para a satisfação única e exclusiva do *Pater* e do Estado, vindo atenuar-se no passar inexorável do tempo.

¹²⁰A gigantesca obra é dividida em 4 (quatro) partes: 1) O Código “*Codex Justiniani*”, que consiste na junção das leis imperiais que visava o substituir o Código anterior Teodosiano; 2) “*Digesto*” (*Digesta ou Pandectas*), compreende na vasta compilação de 1500 livros escritos por juristas na época clássica. Nessa parte da obra destacam-se 5 (cinco) juristas: Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo e Modestino. É considerada a principal fonte de estudo do direito romano; 3) Instituições “*Institutiones Justiniani*”, depreende-se em um manual basilar para o ensino do direito romano; 4) Novelas “*novela e ou leis novas*”, o imperador Justiniano continuou a promulgar numerosas constituições após a promulgação do Codex.

¹²¹ Não menos importante que a Lei da XII Tábuas e o *Corpus Civilis*, foi à contribuição dispensada pelas numerosas e variantes legislações que paulatinamente surgiram no curso do tempo; os *editos*, os juristas; e, o papel desempenhado pelas jurisprudências, também foram essenciais para o aperfeiçoamento da conduta humana em sociedade.

¹²² MODESTINUS D. 1.1.1.3pr – *libro primo institutionum*. In: MADEIRA, Hécio Maciel França. op. Cit., p. 18, *apud* MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 15.

¹²³ Esclarece-se que, inicialmente, o prazo para um novo casamento era de dez meses após a morte do marido no antigo direito clássico, ou doze meses no caso de divórcio posterior, visando assim evitar o *turbatio sanguinis*. Antes desse prazo, considerava-se não a nulidade do casamento, mas uma ofensa à memória do marido, bem como infâmia à sua família.

Pontuamos tais regras tão só para destacar que, no curso da história, o apogeu do Estado em sua função reguladora e agregadora acabou por ressignificar a estrutura arcaica da família, na medida em que lhe conferiu novos contornos sem alterar, contudo, o elemento institucional definidor do conceito de família.

Em outras palavras, não é difícil perceber que a família conheceu formas diversas tanto no período arcaico quanto no período romanista. Em um primeiro momento, a família encontrava-se submissa, ou melhor, conduzida pelos costumes e pelas crenças religiosas. Em um segundo tempo, e, não muito diferente do primeiro período, permaneceu sujeita a minuciosos preceitos provenientes do Estado, o que nos permite concluir que a família sempre esteve, de certa forma, orientada e disciplinada por uma força superior, digamos assim, uma instituição criada para organizar a vida humana em sociedade.

Concluimos, portanto, que o elemento institucional se fez presente na vida embrionária da família, e, posteriormente, em sua idade infantil, de tal forma, que a vontade humana se manteve comprometida, ainda que irracionalmente, isto é, sujeita às combinações estruturais emanadas ora pelos cultos religiosos, ora pelo Estado.

2.3.) MATRIMÔNIO E O SIGNIFICADO DE FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO

Após a queda do Império romano, sob um emaranhado de influências de diferentes povos, a organização familiar não saiu ilesa, pois sofreu as irradiações do Direito Bárbaro, que carregava consigo o chamado “Regime de lei pessoal”; do Direito Romano, que continuava impor aos povos dominados as suas crenças; e, dos influxos do Direito Canônico, que se espalhava por todos os lugares com o prestígio da Igreja.

Em um primeiro tempo da Idade Média, o casamento ainda assumia a feição contratual entre os nubentes, típico modelo romanista, que em razão da

ausência de formalidade pecava com os filhos e a mulher permitindo-lhes desfrutar de situações pouco favoráveis.

Embora a persistência germânica e romanista mantivesse presente, relevante, nessa quadra histórica, foram os influxos Canônicos dispensados à família, que fizeram florescer o espírito cristão à entidade familiar e acabaram por atenuar o desconforto sofrido por aqueles que se sujeitavam ao rigoroso pátrio poder.

Assim, para que possamos mensurar a dimensão da ressignificação perpetrada à família nesse contexto histórico¹²⁴, mister buscar amparo nas palavras expressas do Livro sagrado, que finca a vontade de Deus na união entre o homem e a mulher, *“Não lestes que o Criador, no princípio, os fez homem e mulher e disse: Eis por que o homem deixará seu pai e sua mãe e se ligará à mulher e os dois se tornarão uma só carne. Assim, eles não são mais dois, mas uma só carne. Não separe, pois, o homem o que Deus uniu!”*¹²⁵

Com isso, o Direito Canônico reestruturou conceitos, estatuiu dogmas existenciais à vida dos fiéis, regulou o comportamento do homem e elevou o

¹²⁴ “A moralização dos divórcios e, em consequência a defesa dos matrimônios foi obra do Cristianismo que começou a produzir os seus efeitos na legislação romana a partir do século III, afirmando progressivamente os seus princípios ao longo da época pós-clássica, apesar da enorme resistência das velhas concepções romanas do matrimônio e do divórcio, caracterizados, respectivamente, pela *affectio permanente* do matrimônio e pela liberdade completa de os cônjuges se divorciarem, resistência que explica os avanços e recuos das ideias cristãs.

Nos primeiros tempos, a igreja aceitou as legislações judia e romana sob o matrimônio enquanto não contrariassem os princípios cristãos. Por isso, se tivermos em vista que, no direito hebreu, o matrimônio podia dissolver-se por causas relativamente graves, não surpreende que, nos primeiros tempos, os padres da igreja aceitassem o divórcio causado por adultério da mulher, questionado na passagem de São Mateus. Terá sido Santo Agostinho quem, pela primeira vez, declarou que só adultério tornava possível o divórcio.

Todavia, a ideia de sacralização do vínculo matrimonial progrediu, impondo-se o princípio religioso *Deus coniuxit homo separet com prejuízo do velho princípio jurídico omne quod ligatur solubile est*. Ou seja, o conceito romano do matrimônio, que admitia o divórcio como ato natural e necessário, foi substituído pelo matrimônio indissolúvel e, portanto, pela recusa do divórcio. O consentimento, que no direito romano devia está sempre presente, é agora exigido no início e uma vez dado, é válido para sempre”. JUSTO. Antonio Santos. O divórcio no direito romano algumas referências à sua evolução histórica e ao direito português. - in - MALCHER MEIRA. André Augusto (org.). Anais do XII Congresso Internacional YXVI Congresso Iberoamericano de derecho romano. O direito de família, de Roma à atualidade, em homenagem a Silvio Meira e Agerson Tabosa Pinto, Belém -PA, 2011. p. 159.

¹²⁵ Novo Testamento, Evangelho segundo São Mateus, 19.

casamento a dignidade de um sacramento indissolúvel, concentrado na palavra de Deus tal como está expresso na Bíblia.¹²⁶

Como algo santificado, a Igreja então ostentava monopólio de rígidas regras com o desiderato de controle e proteção à família, daí por que fazia exigências comportamentais e impunha formalidades rigorosas para então disciplinar a vida do homem, dentro e fora, do lar conjugal.

Toda essa reestruturação canônica acabou por impingir à sociedade um novo *modus vivendi*, isto é, a conduta humana, o casamento, a família, passaram a ser regidos por combinações estruturais nos moldes estabelecidos pela Igreja. Com isso, desde “o século X até o século XVI, o casamento e divórcio são regulados exclusivamente pelo direito canônico, tendo a Igreja monopólio de jurisdição nessa área”¹²⁷.

Dessa forma, a Igreja fez penetrar suas concepções estabelecendo que o casamento, a partir de então, se tornara a base estrutural legítima da família, deixando o antigo formato de mero contrato para constituir-se em uma relação sagrada monogâmica e indissolúvel entre um homem e uma mulher para a plena comunhão de vida.¹²⁸

Daí por que insistimos que o elemento institucional se fazia presente, como núcleo definidor do conceito de família, sem deixar qualquer espaço às aspirações subjetivas ou afetuosas notadamente porque os dogmas nessa quadra histórica não incentivavam o aspecto individual.

¹²⁶ Considerado como um sacramento, o casamento representava manifestação exterior visível de graça interior e espiritual.

¹²⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias: Amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 260.

¹²⁸ “A regulamentação social do casamento, como forma de legitimar a união entre o homem e a mulher, surgiu entre nós através dos ditames da religião, notadamente a partir do Concílio de Trento em 1563, que decretou regras a serem observadas na solenidade. Na época exigia-se que o matrimônio fosse precedido por três anúncios feitos pelo pároco do domicílio de cada um dos contraentes, reclamando-se inequívoca manifestação de vontade perante o religioso e duas testemunhas, sendo o ato finalizado pela bênção nupcial. Em decorrência da imigração no país, a Lei de 11 de setembro de 1861 admitiu o casamento de pessoas segundo o credo professado, embora despojado de amplos dos amplos efeitos assegurados pelo catolicismo. Somente com a ruptura da unicidade do Estado e da Igreja, pelo advento da República, passou a existir o casamento civil (Decreto de 24 de janeiro de 1890), recepcionado pelo Código Civil de 1916”. - in - OLIVEIRA FILHO. Bertoldo Mateus de. *Direito de família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 05.

Isso porque a concepção de família privilegiava o coletivo, isto é, consistia na união de pessoas – marido, mulher, filhos, escravos - que viviam sob o olhar atento das leis da Igreja.

Nesse esteio, o casamento alçou *status* de fonte formadora da família, passando a ser definido como um virtuoso *consortium vitae*, onde o homem deveria adentrar sem a chance de dissolvê-lo.

Isso implica em afirmar que a indissolubilidade do elo conjugal, à luz do canonismo, acabava por representar elemento essencial e diferenciador ao casamento canônico, especialmente se compararmos com as demais formas de matrimônio, em que se permitia entre os nubentes o livre consentimento de constituir e manter vida em comum, típico modelo romanista.

Tempos depois, mediante obra legislativa do Concílio de Latrão, o matrimônio se tornou sacramento regido por regras de caráter divino, em 1439. Para San Tiago Dantas¹²⁹, o “*que há de original na doutrina da Igreja é a transformação do contrato de casamento em sacramento*”.

Ainda, nesse sentido, Giovanni Cattai de Menasce¹³⁰ assevera que

após mostrar que o amor conjugal, indissolúvel, pode transformar-se, com o cristianismo, em sacramento, tornando-se os esposos dois em uma só carne, pontifica que estes, com a sua união física ratificam a vida e a lei da fecundidade da vida.

A par disso, no afã de pôr limites às aventuras do afeto, que não encontrava espaço na relação matrimonial, as regras canônicas institucionalizaram a proibição da poligamia, do concubinato, do adultério e orientavam que a plenitude do casamento somente seria alcançada com a sua efetiva consumação assentada no significado de conjunção carnal.

Isso porque o escopo matrimonial, como consagração de família, fundava-se na procriação visando à manutenção da linhagem. Em outras linhas, a ideia de gerar filhos fincava-se na possibilidade de acumular patrimônio, pois à

¹²⁹DANTAS. Francisco Clementino de San Tiago. Direito de família e das sucessões. rev. e atual por José Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 54.

¹³⁰MENASCE. Giovanni Cattai de. *Persona e famiglia. Qua dernidiustitia*, v. 17, aos cuidados da União dos Juristas Católicos Italianos. Roma: Editrice Giuffrè, 1996, p. 23 - in - AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de família. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25 e 26.

noção de herdar bens e o nome da família permitiria, bem dizer, alcançara dinastia, garantindo, dessa forma, riqueza, poder e posse de terras.

Dá por que, em sua maioria, os casamentos, nessa quadra histórica, eram arranjados e cuidadosamente escolhidos pelos pais dos nubentes justamente para que os bens familiares não fossem dispersos e a família mantivesse a estirpe tradicional.

Dentro desse contexto, a sociedade então distinguiu duas concepções de matrimônio. O primeiro *matrimonium ininitatum*, válido, porém incompleto, não sendo considerado sacramento em virtude da ausência de consumação; e, o segundo, *matrimonium consumatum*, elevado *ao status de* sacramento diante da finalidade efetivamente alcançada.

Essa dicotomia restou sanada, tempos mais tarde, quando a sociedade acatou a junção de ambas as concepções estabelecendo que o casamento somente existiria a partir da inequívoca manifestação de vontade dos nubentes, mas, poderia ser dissolvido, pela Igreja, se não fosse plenamente consumado.¹³¹

Esse é um ponto valioso, no nosso entender, pois muito embora a Igreja fosse rígida à concessão do divórcio, ao mesmo tempo e em sentido contraposto, excepcionava seus dogmas para dissolver o casamento no exato momento em que reconhecia não ter atingido sua finalidade: a sua verdadeira consumação com a conjunção carnal.

Por essa perspectiva, percebemos que o casamento e os nubentes figuravam, de certa forma, como simples objetos de enriquecimento de sorte que se o negócio patrimonial não lograsse êxito, a mulher poderia ser repudiada, em regra, com o aval da Igreja.

Com isso, não raro, era a ocorrência de relações matrimoniais reconhecidas por "*casamento por raptó*", e "*casamento por compra*", que sequer levavam em consideração a vontade dos nubentes. Isso porque grande parte da preocupação religiosa era dispensada à manutenção do *status* social, sem qualquer alusão ao afeto.

¹³¹Em observação a literatura percebemos que, mediante uma decisão do papa Alexandre III, cunhada de *Decretias* de Gregório IX, a existência da dicotomia entre as duas espécies de casamento restou pacificada com a união das duas concepções que então passaram a dispor que o casamento, existisse desde a manifestação do aceite, porém poderia ser dissolvido se restasse provado que não fora consumado.

Corroborar com tal entendimento Anthony Giddens¹³² quando afirma que,

En la Europa pre moderna, la mayor parte de los matrimonios se realizaban por contrato, no sobre la base de la atracción sexual mutua, sino por las circunstancias económicas. En las clases pobres, el matrimonio era un medio de organizar el trabajo agrícola. Una vida caracterizada por un ininterrumpido trabajo duro era incapaz de conducir a la pasión sexual. Se ha escrito que entre los campesinos de la Francia y de la Alemania del siglo XVII, los besos, las caricias y otras formas de afecto físico, asociadas con el sexo, eran raras entre las parejas casadas. Las oportunidades para los hombres, de emprender aventuras extra matrimoniales, sin embargo, eran frecuentemente muy numerosas.

Nesse ponto, vemos que a principal consequência a demonstrar a partir desses “arranjos” matrimoniais, levando em conta que, em regra, eram celebrados sem qualquer expressão de vontade dos nubentes, é que acabavam abrindo espaço para grande número de relações extraconjugais e clandestinas, o que não era aceito aos olhos canônicos.

Em face dessa realidade social, a doutrina medieval, em sua grande maioria, passou então a admitir o divórcio, mas de forma bem restrita, ou seja, tão só nos casos de adultério, feitiçaria, atentado ao marido, era permitido ao homem a devolução da mulher à família originária, como forma de repúdio.

Assim, segundo a concepção da época, as relações entre o casal muito pouco apresentavam um caráter afetivo, já que era permitido falar sobre sexo, visto que traduziam pensamentos impuros e pecaminosos constantemente vigiados pela Igreja através dos confessionários.

Aliás, o vigor da sexualidade feminina era fortemente combatido pela moral social, especialmente porque preconizava ideias acerca do sexo e do amor que não comungavam com os padrões comportamentais regradados pelas instituições religiosas.

Nesse diapasão, preleciona com precisão Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf¹³³ quando afirma que,

¹³²GIDDENS, Anthony. La transformación de la intimidad. Sexualidad, amor y erotismo em las sociedades modernas. *Amor romántico y otras formas de afectividad*, Traducción: Benito Herrero Amaro. Segunda edición, Cátedra Teorema: Madrid, 1998, p. 26;

¹³³MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias: Amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 265.

Nesse período, as práticas sociais visavam abafar a sexualidade feminina, a qualquer custo, uma vez que esta abalava o equilíbrio doméstico, a segurança do grupo social e a própria ordem das instituições civis e religiosas. O pudor e a modéstia femininas eram muito valorizadas na época. Como os casamentos eram decididos pelos pais, desde muito cedo, a mulher devia ter seus sentimentos domesticados e abafados.

Nesse passo, podemos perceber que o ideal religioso, num propósito institucional através de seus dogmas, buscava padronizar comportamentos concentrados nas palavras de Deus tal como estava na Bíblia, e, com isso, tolhia e coibia quaisquer sentimentos ou comportamentos que não conduzissem à formação da legitimada família imposta pela Igreja. Afinal, o casamento santificado representava a maior virtude que o homem poderia alcançar e a relação com o sexo destinava-se tão só para a procriação.

Em decorrência dessas premissas, o homem internalizava e aceitava, ainda que de forma inconsciente, o que lhe era exigido de tal modo que a não obediência implicaria em atentado contra a obra de Deus.

Assim sendo, segundo as regras institucionais eclesiásticas, o ato sexual entre os cônjuges compreendia tão só um complemento físico da finalidade última matrimonial, ou seja, a sexualidade existia tão só para premiar o homem com a prole, como verdadeiro corolário da felicidade, e nada mais.

Podemos, dessa forma, notar que com o desejo e o afeto tolhidos, os elementos da sacramentalidade, da indissolubilidade e da procriação encerravam a ideia de união santificada e virtuosa exigida pela Igreja ao longo do tempo.

Como forma de reação a esse modelo-tipo estabelecido pelos dogmas canônicos, concomitantemente, mas em sentido contraposto a realidade patrimonial imposta ao casamento, floresceu um movimento literário poético de grande expressão, cunhado de Trovadores¹³⁴. Tal literatura era recheada de versos que falavam de amor, um amor cortês e apaixonado mantido às

¹³⁴ Literatura da época medieval que tratava sobre temas amorosos de cavaleiros em busca do amor proibido. Nesse sentido, o amor cortês nasceu no século XII, nas regiões nobres de Provence, com uma forma de reação em face dos costumes sociais e religiosos impostos ao homem e acabava por representar uma transformação no comportamento humano.

escondidas para sobreviver, acabaram por despertar um novo significado às relações entre o homem e a mulher.

Isso porque as poesias eram carregadas de histórias de amor, quase sempre proibidos e clandestinos, mas que permeavam desejo e doçura, sentimentos esses inexistentes na família padronizada e fortemente combatidos pelos dogmas eclesiásticos.

Assim, frontalmente oposta à relação de amor contido e perene no casamento, a literatura trovadoresca fomentou mudanças no comportamento humano, eis que introduziu sentimento, nunca antes vivenciado, que exaltava e valorizava o sentido carnal e espiritual dos relacionamentos amorosos, bem similar o sentido de afeto que hoje conhecemos.¹³⁵

Como se não bastasse à disseminação e o acolhimento de uma literatura que porventura repreendia o modo institucionalizado de vida, a Igreja também sofreu os dissabores da reforma religiosa¹³⁶, que, pouco a pouco, fez desaparecer o monopólio de sua autoridade permitindo, com isso, a inserção reformulada do elemento institucional proveniente do Estado.

Com isso, percebemos que a Igreja durante grande parte da idade média afirmou a sua força perante a sociedade, conduziu a família através das normas matrimoniais e disciplinou o comportamento humano com os seus comandos estruturantes, situação que se estendeu até o final do século XIX, com o apogeu do Estado, que passou então a regular e institucionalizar as relações interpessoais da família.

Em sendo assim, após demonstrarmos que a formação dos primeiros agrupamentos familiares, até alcançar o *status* de sociedade, emergiu e avançou não sem a presença pujante de regras estruturantes institucionais que tinham por escopo orientar e delinear padrões ao comportamento humano, passaremos, então, em um terceiro tempo, destacar as principais reformulações perpetradas na Teoria do Direito e sua irradiação no campo do

¹³⁵ “Durante o século XVII, já se avistava o amor com fruto de uma emoção da alma, que por sua vez era diversa do desejo puro e simples. Representava assim o amor uma dedicação ao outro marcado por um abandono de si, o desejo, por seu turno, era marcado pela posse narcísica, pelo egoísmo” - in - MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito das famílias: Amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 269.

¹³⁶ A partir da reforma católica, o instituto do matrimônio não passou ao largo e sofreu profundas reformulações, isto é, tornou-se um contrato solene, indissolúvel, mas, dessa vez, regido pelos comandos estruturantes impostos pela figura do Estado.

Direito de Família, com ênfase a constitucionalização do direito privado que acabou por reformular a antiga separação havida entre as esferas público e privado, cujo fato se justifica, permite e confere ao ente público a legitimidade em poder intervir em uma esfera intimamente privada, por exemplo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Federal n. 132-RJ, que ao reconhecer as uniões familiares entre pessoas do mesmo sexo, acabou por tratar sobre bem essencialmente íntimo da pessoa humana, o que sinaliza, de alguma maneira, ver o direito de família na atualidade de um modo ressignificado.

CAPÍTULO III: A RESSIGNIFICAÇÃO DA ANTIGA DUALIDADE ENTRE OS UNIVERSOS PRIVADO E PÚBLICO

Como já revelado nos capítulos anteriores, impende repisar que bem distante de se tratar de uma abordagem historiográfica, que busca reportar cronologicamente as fases da história, o escopo do presente trabalho preza por uma visão hermenêutica que perpassa por uma reflexão acerca do horizonte da significação do conceito de família na atual jurisprudência pátria, isto é, discutir e revelar o horizonte do significado do conceito de família.

Nesse contexto, optamos por desenvolver, nesse segundo capítulo, um estudo acerca da incidência do ente público no âmbito privado consubstanciado em uma história arraigada de diferenças entre esses universos, a partir de quando e como o ente público, *in casu*, o Supremo Tribunal Federal se tornou apto para interferir em relações eminentemente íntimas, a ponto de legitimar essa ou aquela família.

Nesse diapasão, não fragmentaremos a história em porções para, dentre elas, estudar com minudência a dicotomia entre os polos público e privado. Mas, empenharemos esforços no desiderato de mostrar as relações da vida social em um certo espaço e tempo, tentando descobrir as ligações íntimas dos fatos e aferindo que umas e outras se reformularam, fundamentalmente no curso do tempo, para, posteriormente, assinalar as estações em que são observadas tais ressignificações.

Em outras linhas, não é destrinchar a história, ou seja, separar o que consistiria justamente o campo público e o que seria pertencente à seara privada no perpassar do tempo. Ao contrário, seria acompanhar o curso da vida e compreender que a história não é algo estático e isolado, mas dinâmico, sem olvidar também que ela se reestrutura sem, contudo, perder suas raízes.

Nesse esteio, envidaremos então mostrar, nesse capítulo segundo, que a dicotomia entre os universos público e privado percorreu caminho eivado de

alternâncias, ao longo da história. E, toda essa alternância evolutiva, registre-se, não ocorreu de forma linear e uniforme, consoante tentaremos mostrar.

Em razão disso, em que momento, tendo em vista uma historicidade recheada de diferenças e particularidades, podemos dizer que, o domínio público se mostrou legítimo a ponto de intervir, ou melhor, decidir sobre questões particulares e sentimentos “tão privados” do homem.

Mas, para tanto, é necessário entender, antes de tudo, o significado da expressão *dicotomia*. Segundo Houaiss¹³⁷: “divisão de um conceito em dois grupos ou entidades mutuamente exclusivos ou contraditórios”.

Não menos importante para a sedimentação de nosso estudo, o significado dos termos *domínio público* e *espaço privado* e como conjugá-los, tendo em vista a existência de interesses tão múltiplos e díspares, que se arrastaram no tempo e, de certa forma, afetaram a consciência do homem ao estabelecer o seu horizonte de significados.

Nesse esteio, embora se valha de conceitos diversos, Arendt¹³⁸ revela o significado de tais expressões afirmando que,

Significa, em primeiro lugar, que tudo o que aparece em público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível.

...

A presença de outros que veem o que vemos e ouvem o que ouvimos garante-nos a realidade do mundo e de nós mesmos; e, embora a intimidade de uma vida privada plenamente desenvolvida, tal como jamais se conheceu antes do surgimento da era moderna e concomitante com o declínio do domínio público, sempre intensificará e enriquecerá grandemente toda a escala de emoções subjetivas e sentimentos privados, essa intensificação sempre ocorre à custa da garantia da realidade do mundo e dos homens.

...

Em segundo lugar, o termo “público” significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que privadamente possuímos nele.

...

É com relação a essa múltipla significação do domínio público que o termo “privado” tem significado, em sua acepção original de privativo. Viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, estar privado de coisas essenciais a uma vida verdadeiramente humana: estar privado da realidade que

¹³⁷ HOUAISS. Antônio. Dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva. 2004, p. 247.

¹³⁸ ARENDT. Hannah. A condição humana. Tradução Roberto Raposo, 11^o ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 61,62, 64, 71.

advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação “objetiva” com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida.

Com isso, é importante ter em mente que toda a realidade humana depende da aparência que projeta, e, por conseguinte, da necessidade de acomodá-las em espaços díspares que assegurem suas especificidades, ou seja, um espaço público e outro campo privado.

Nessas condições, a nossa realidade não é garantida tão só “*pela natureza comum de todos os homens*”¹³⁹, mas pelo fato de ser imbuída por múltiplas perspectivas e diferentes posições diante a pluralidade humana. Daí por que o universo público funciona como um verdadeiro palco, podemos assim dizer, para que as coisas particulares possam emergir da esfera privada e serem apresentadas aos olhos de todos.

Nesse contexto, o universo público confere ao homem a possibilidade de mostrar-se, de sobressair-se e diferenciar-se dos outros, por isso, “*toda a atividade realizada em público pode atingir uma excelência jamais igualada na privatividade.*”¹⁴⁰

Nesse ponto é possível vislumbrar a externalização da vida pessoal como um dos prováveis motivos, aliado a uma série de fatores díspares, - o avanço da industrialização; a massacrante desigualdade social; a estruturação do Estado; a centralidade e a superioridade hierárquica das Constituições; a separação dos poderes; o reconhecimento e o primado dos direitos fundamentais humanos; a reaproximação entre o direito e a moral, no processo de recrudescimento do homem; a reestruturação do Direito - para à reformulação do discurso das diferenças existentes entre o domínio público e o privado.

Nesse diapasão, menciona Luís Roberto Barroso¹⁴¹:

¹³⁹ARENDR. Hannah.. Ob. Cit., p. 70.

¹⁴⁰ARENDR. Hannah. Ob. Cit., p. 59.

¹⁴¹BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60.

A vida humana tem início e se desenvolve em sua primeira fase dentro de um espaço estritamente privado. Mesmo após tomar consciência de si mesmo, do outro e do mundo à sua volta todo o indivíduo conserva, pela vida a fora, sua entidade personalíssima: seus valores, sentimentos, desejos e frustrações. Este é um espaço inacessível da vida das pessoas, e, normalmente, será indiferente ao Direito... Saindo de dentro de si, o homem conserva, ainda, um domínio reservado, o da sua privacidade ou vida privada: ali se estabelecem as relações de família (e outras, de afeto e de amizade), protegidas do mundo exterior pelo lar, pela casa, pelo domicílio. O Direito, é certo, já interfere nessas relações, mas com o intuito de fortalecê-las e preservá-las. **A intimidade e a vida privada formam o núcleo do espaço privado.**
[destaque apostro]

Com isso, nos é permitido inferir que o domínio privado embute uma espécie, podemos dizer assim, de espaço intimista que agrega um complexo de sentimentos que envolvem o corpo e alma do homem, e, com isso, o faz diferente dos demais animais.

O direito à formação de uma família, escolhas, fantasias, memórias, segredos, frustrações, dores, recatos, autoestima e sentimentos abrangem, em nossa concepção, um feixe de múltiplos aspectos intelectual, afetivo e sexual que se encontra alojado no íntimo humano.

Isso porque traduzem as emoções mais íntimas, o modo particular de existir, viver, os valores e crenças, e, por permearem o campo psíquico consistem na própria individualidade de cada pessoa.

É nesse espaço que o homem encontra o que possui de mais rico, que não diz respeito a mais ninguém, que não deve ser propalado e espalhado aos quatro cantos, como se diz, pois nem de longe se assemelha à aparência dita ao norte, que exige os holofotes do cenário público para viver em sociedade.

Dito de outra forma, a intimidade se desvela no direito à liberdade pessoal de se manter recolhida em seu interior, o que implica afirmar que a esfera íntima do homem deve ser um mundo desconhecido das demais pessoas, não exposto, a fim de que seja preservada a sua individualidade.

Por isso, a intimidade encontra guarita como uma espécie de amálgama moral a que se exige, em determinadas situações, seja o homem protegido em seus assuntos mais valorosos, salvaguardando, por

consequente, toda a indiscrição alheia, a exposição, enfim, a interferência pública.

Desse modo, percebemos que no universo privado a intimidade é o mais exclusivo dos direitos, sendo o âmbito privativo que alguém reserva para si, sem nenhuma pressão social ou publicização.

Assim, não há como confundir os termos intimidade¹⁴² e privado¹⁴³, malgrado sejam conceitos próximos, percorreram trajetórias distintas e sofreram, ao longo do tempo, profundas mudanças.¹⁴⁴

Todas essas mudanças foram perpetradas na medida exata em que modificaram as construções sociais, culturais, econômicas, políticas e religiosas havidas pelo processo de evolução histórica, que, não raro, irradiaram suas influências à dicotomia entre a esfera pública e o campo da privacidade.

Daí porque percebemos que em cada ambiente social e em cada momento histórico existiram particularidades sobre a essencialidade do “íntimo”, ou seja, dependendo do momento espaço-temporal, a intimidade do ser, diferentemente da esfera privada, refletia a necessidade de menor ou maior preservação e proteção aos holofotes do domínio público¹⁴⁵.

Essa condição de organizar e acomodar a intimidade distante das luzes da publicização emergiu com o advento da esfera social¹⁴⁶ que não estava

¹⁴² Segundo o dicionário de língua portuguesa Houaiss, intimidade significa “*Qualidade do que é mais íntimo, profundo*”, ou seja, âmbito espiritual íntimo e reservado de uma pessoa. - *in*-HOUAISS. Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 425.

¹⁴³ Já o conceito de privado, segundo Houaiss, “O que é particular, confidencial”. - *in*-HOUAISS. Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. Ob. Cit., p. 596.

¹⁴⁴ Não é demais lembrar que o significado de intimidade na antiguidade não tinha o mesmo alcance tampouco o sentido que apresenta nos dias de hoje, mas, ainda assim, representava o espaço em que se guardava os sentimentos mais íntimos.

¹⁴⁵ Afirma DUBY “sempre e por toda parte, exprime-se no vocabulário o contraste, diretamente detectado pelo senso. De que uma área particular, claramente delimitada, é atribuída a essa parte da existência que todas as línguas denominam privada, uma zona de imunidade oferecida ao recolhimento, onde todos podemos abandonar as armas e as defesas das quais convém nos munir ao arriscar-nos no espaço público; onde relaxamos, onde nos colocamos à vontade, livres da carapaça de ostentação que assegura proteção externa. Esse lugar é de familiaridade”. Doméstico. Íntimo. - *In* - KONDER. Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. *In* Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, vol. 18, n. 02, Universidade de Fortaleza, 2013, p. 355.

¹⁴⁶ “a eclosão da esfera social, que estritamente não era nem privada nem pública, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com a eclosão da era moderna e que encontrou sua forma política no Estado-nação”. - *in* - ARENDT. Hannah.. Ob. Cit., p. 33.

atrelada a seara pública tampouco a esfera privada, mas que ensejava uma padronização comportamental requerida, percebida e avaliada pela sociedade.

A partir de então, inevitavelmente, o comportamento humano se molda a esses padrões que “*podem ser vistos e ouvidos por todos*”, possuem uma maior divulgação, e, por conseguinte, geram “*aparências*”.¹⁴⁷. Aparências essas que conduziram a inserção ou não do homem no meio social.

Contudo, pensamos com Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf¹⁴⁸ que o “*direito à intimidade reflete o direito de inserção social, política e familiar do ser humano, respeitadas as peculiaridades de cada um, suas necessidades e potencialidades, valorizadas pelos princípios constitucionais, amparadas na cultura de cada povo e no momento histórico em que se vive*”.

Assim, do imensurável campo de abrangência que possui a intimidade do ser, a relação da sexualidade humana, tendo em vista os reflexos trazidos com ela - identificação da pessoa, do gênero, inclusão social, notadamente na formação da família -, foi a que tomou larga dimensão não amistosa tampouco linear no curso histórico.

Dentro desse contexto, ao longo da história, a filosofia e a religião muito se ocuparam sobre a acepção “mais que privada”, podemos assim dizer, da relação entre os sexos¹⁴⁹, uma vez que tal relação representava e representou, até bem pouco tempo, expressão mais profunda plantada no âmago do homem.

Nesse sentido, falar de sexualidade, por exemplo, significava revelar um instituto ancestral, histórico, íntimo que, na antiguidade, não traduzia fato de grande relevância, na medida em que se buscava efetivamente cultivar o belo através da estética corporal, como bem retratou Foucault em seus ensinamentos “*el alimento y la dieta eran más importante que el sexo*”.¹⁵⁰

¹⁴⁷ ARENDT. Hannah.. Ob. Cit., p. 61.

¹⁴⁸ MALUF. Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. Atlas: São Paulo, 2010, p. 60;

¹⁴⁹ Subespécie dentro do universo íntimo do gênero privado, a sexualidade foi eleita como exemplo, com o propósito de adequar ao estudo levantado, analisado, e decidido pelo STF, no julgamento da ADPF n. 132/RJ.

¹⁵⁰ GIDDENS. Anthony. La transformación de la intimidad . Sexualidad, amor y erotismo em las sociedades modernas. Traducción: Benito Herrero Amaro. Segunda edición, Cátedra Teorema, p. 16

Outra dimensão, contudo, tornou a íntima sexualidade que passou a exercer papel primário em face da estética e acabou por despertar interesses às pesquisas filosóficas e análises comportamentais. Tais investigações, todavia, tinham por escopo precípua decifrar os segredos e verdades íntimas acerca da relação entre os sexos, sem, contudo, torná-los públicos.

Não muito diferente, os dogmas da Igreja, no perpassar da Idade Média, rezavam que o discurso sobre a intimidade do sexo também careceria de discussões externas, todavia, necessitariam ser estudado, ou melhor, esmiuçado dentro de um restrito campo de letrados para bem compreender o sentimento, o sexo, a paixão, acompanhada, não raro, de tantas outras emoções, por exemplo, o prazer, o desagrado, o desejo, a dor, etc. para então serem regulados à vida humana social.

Essa quadra histórica foi muito bem retratada em “*Las teorías de Foucault sobre la sexualidade*”¹⁵¹. Veja-se:

Com la contrarreforma, la Iglesia insistió más en la confesión regular y se intensificó todo el processo. No sólo los actos, sino también los pensamientos, las fantasias y los detalles concernentes al sexo debieron ser puestos a la vista y escrutados. La “carne”, que heredamos según la doctrina cristiana, que incluye cuerpo y espíritu conjuntamente, fue el origen próximo de la preocupación sexual moderna: el deseo sexual.

Em cierto momento, a finales del siglo XVIII, la confesión como penitencia se convirtió em la confesión como interrogación. Esto se canalizó en diversos discursos – desde la historia-casuística y el tratado científico hasta los panfletos escandalosos, tales como el anónimo *My secret life*. El sexo es um “secreto” creado por textos que abjuran de él o lo celebran.

Com isso, muito provavelmente nesse processo de aprendizagem, nos é permitido perceber que o confinamento da sexualidade em um pequeno campo técnico consistia, de certo modo, em uma forma de constituição do universo público no campo particular.

Isso porque, na medievalidade, segundo os dogmas canônicos valorizava-se um comportamento pudico, livre de paixões e sem qualquer influência de tal modo que ao homem somente lhe caberia dedicar-se plenamente à palavra de Deus. Daí porque a Igreja, por um largo período,

¹⁵¹GIDDENS. Anthony. Ob. cit. p. 15.

como ente público àquela época, orientou comportamentos como verdadeiras Instituições.

A sexualidade se desenvolveu, ao longo da história, como um verdadeiro tabu que padeceria à clandestinidade até chegar a modernidade, quando então passou a ser mais exposta a inspeção pública e sofrer os reparos da disciplina, como verdadeira conduta de comportamento, através das regras institucionais estruturadas pelo Estado. *“Y veía la vida social moderna como intrínsecamente limitada por el surgimiento del “poder disciplinario”, característico de la prisión y del asilo, y también de otras organizaciones, como las “firmas de negocios”, escuelas u hospitales. El “poder disciplinar” produce “cuerpos dóciles”, controlados y regulados en sus actividades...”*¹⁵²

Dentro desse contexto, ainda que fincada no alicerce da coluna privada, a sexualidade, de um modo geral, passou a ser compreendida não só como um aspecto subjetivo intrínseco que agregava o significado da própria existência da pessoa humana, mas também como um direito sujeito a contínua vigilância pelo domínio público.

Reflexos disso irradiaram à cultura contemporânea, que fez erigir um novo sentido e alcance, ou seja, mesmo viva no interior do universo intimista humano, a intimidade do sexo passou a ser vista como um direito autônomo e personalíssimo, mas não percebido somente na esfera privatista, uma vez que as “escolhas” e “liberdades” externadas por cada indivíduo acabariam por refletir a sua própria imagem diante dos olhos de todos, e, por consequência, favoreceria ou não a sua inserção na sociedade, no mercado de trabalho, no comprometimento com a coletividade, enfim, no universo público.

Nesse cenário, o intervencionismo público não se apresentou nos moldes rígidos canônicos, mas, como agente normalizador, estatuiu regras de comportamento, estabeleceu o que era lícito ou proibido, enfim, acabou por governar a vida humana, olvidando-se, contudo, do direito íntimo da sexualidade, que permaneceu sem qualquer expresso meio regulatório-normatizante por longo período.

¹⁵²GIDDENS. Anthony. Ob. cit. p. 14.

Ou seja, essa não pertinência de intervenção pública na vida íntima culminou, bem dizer, levou ao total esquecimento da sexualidade deixando-a no limbo jurídico. Isso porque, ao longo da história, entre o universo público e o privado incidiam conflitos e diferenças que ainda não estão plenamente resolvidos, isto é, talvez porque a própria sociedade não permitisse tamanha envergadura do Estado em intervir em algo tão particular, ou porque o próprio ente público não tivesse qualquer interesse em normatizá-los.

. Dessa forma, percebemos que embora não se negue a importância à intimidade em sua acepção tradicional, acima descrita, esse direito pôde assumir uma faceta bem mais extensa, funcionando como verdadeiro limite constitucional à ação legislativa do Estado.

Por essa ótica, entendemos que a intimidade nasceu de um fato natural, em que era definida como um conjunto de atributos pertencentes à condição humana, mas, que, pouco a pouco, foi desconstruída e ressignificada em consonância com o avanço social e, sobretudo, na perene incidência da dicotomia entre o universo público e o campo privado.

Quanto a isso, pode-se dizer que, de início, não existia convergência entre os estudiosos sobre esse assunto, mas acreditava-se que o sentido de privacidade, já se encontrava imbuído desde a época dos povos da antiguidade, a qual era regido pelos dogmas de Religião¹⁵³, cuja secularização, se assim podemos dizer, operou-se na consciência popular, tomando a forma de costumes.

Fala-se, entretanto, em papel preponderante da religião porque, de início, trata de uma antiguidade sem data - pré-clássica -, cuja época não existia a figura presente e pujante do Estado na vida do homem, mas tão somente regras e práticas havidas das tradições religiosas, sob o manto do costume.

¹⁵³ Segundo os ensinamentos de *Coulanges*, as principais crenças religiosas da época primitiva eram a crença do Culto aos Mortos ou Antepassados que consistia em uma espécie de troca eterna e recíproca entre os vivos e os mortos de cada família. Essa troca sagrada e perene permitia que os ancestrais mortos recebessem de seus descendentes as refeições fúnebres, que, registre-se, era a única fonte de prazer na vida eterna, e, por outro lado, os descendentes eram agraciados com o auxílio e a proteção de seus antepassados, e, a crença do Fogo Sagrado que compreendia em uma providência familiar que exigia do chefe da família a obrigação de deixar alguns carvões acesos sobre o altar doméstico, este fogo representava a existência do Deus no interior do lar, de modo que extinguindo o fogo, a família estaria fadada a escuridão.

Nesse sentido, *Coulanges*¹⁵⁴ assevera que,

Assim, tanto em tempo de paz, como em tempo de guerra, a religião intervinha sempre em todos os atos, estava em toda a parte e envolvia inteiramente o homem. A alma, o corpo, a vida privada, a vida pública, as refeições, as festas, as assembleias, os tribunais, os combates, tudo estava sob a égide dessa religião da cidade.

A religião regulava todas as ações do homem, dispunha de todos os instantes de sua existência, condicionava-lhes todos os hábitos, religião que governava o ser humano com autoridade tão absoluta que coisa alguma ficava fora desse poder.

Percebemos, assim, que naquele tempo o modo tradicional de se viver em comunidade, isto é, a conduta usualmente perpetrada pelos membros do grupo era confiada exclusivamente ao costume e à religião que, na realidade, não tinha um caráter único ou específico, pois nascia no interior de cada casa, sobre o altar de cada família, que se arrastava de geração em geração, no intuito de cultuar os antepassados, mas, que, na verdade, não passavam de regras de conduta que dirimiam os casos particulares e privados de cada família.

Em Roma, quando a sociedade começou a formar os contornos definitivos e apresentar os primeiros ensaios de normatização à vida em sociedade, surgiu a necessidade preponderante de agregar os costumes, podemos dizer assim, de três diferentes povos colonizadores – *latinos, sabinos e etruscos* -, uma vez que estes já traziam consigo suas próprias particularidades: crenças, hábitos, necessidades e religiões.

Nesse passo, a fusão desses costumes díspares fez surgir às primeiras noções de universo Público que foram criadas justamente para abarcar e disciplinar as relações privadas autônomas e distintas desses três diferentes povos.

Nesse sentido, uma vez mais obtempera Arendt¹⁵⁵, em sua obra “A Condição Humana”:

¹⁵⁴ COULANGES, Fustel. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma; tradução Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 213.

¹⁵⁵ ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução Roberto Raposo, 11° ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 28, 29, 33 e 35;

O surgimento da cidade-Estado significou que o homem recebera, “além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu biospolitikos. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma nítida diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio(idion) e o que comum (koinon)

A distinção entre as esferas privada e pública da vida corresponde aos domínios da família e da política, que existiram como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-Estado,...

...
Historicamente, é muito provável que o surgimento da cidade-Estado e do domínio público tenha ocorrido à custa do domínio privado da família e do lar;...

Assim, percebemos que a dicotomia entre o universo público e o privado atravessou o tempo em consonância com a mobilidade histórica, social, cultural e econômica, o que nos permite dizer, de forma alegórica que, -a casa e a rua; o jardim e a praça; e, o domínio público e o espaço privado - representam o caminho progressivo da reestruturação trilhado por esses dois universos.

Em outras linhas, é como se a divergência entre essas esferas criasse uma espécie de contraste exterior visível aos olhos de todos: o homem como um ser privado e o homem como cidadão do Estado.

Tradicionalmente, apesar da ausência de convergência entre os estudiosos, ao Direito Romano clássico remonta a percepção da existência de um universo privado e uma esfera pública na vida do homem e da sociedade¹⁵⁶.

Nessa senda, Bobbio¹⁵⁷ em sua obra “Estado, gobierno y sociedade”, nos ensina que,

¹⁵⁶Esclarece-se, contudo, que não há um consenso entre os estudiosos do Direito em que período exato da história pode-se constatar a distinção havida entre a órbita pública e a privada. Calderón, por sua vez, assevera “*Alguns autores entendem que essa distinção vem desde o Direito Romano*”, por exemplo, Luís Roberto Barroso e Eugênio Facchini Neto. Contudo, em seguida, revela que Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino entende “*Ao contrário do que se deduz vulgarmente, não provém do Direito Romano aquela delimitação de conteúdo. No Direito Romano, o jus civile, o direito dos cidadãos era essencialmente uma noção de Direito Público*”. In- CALDERÓN, Ricardo Lucas, Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 83.

¹⁵⁷BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedade. Por uma teoria general de la política. Traducción de José F. Fernández Santillán. Fondo de Cultura Económica México. 1985, p. 11,15, 16.

Mediante dos fragmentos ampliamente comentados del *Corpus iuris* [Instituciones, i, 1, 4; Digesto, i, 1, 2] que definen con palabras idénticas respectivamente el derecho público y el derecho privado – el primero “quod ad statum rei romana spectat” [lo que se refiere a la condición del Estado romano], el segundo “quod ad singulorum utilitatem” [lo que atañe a la utilidad del individuo]-, la pareja de términos público/privado ingresó en la historia del pensamiento político y social de Occidente, a través de un uso constante y continuo, sin cambios sustanciales, y terminó por volverse una de las "grandes dicotomías" de las que una o más disciplinas - en este caso no solamente las disciplinas jurídicas sino también las sociales y en general las históricas-.

...

Cualesquiera que sean el origen de la distribución y el momento de su nacimiento, la dicotomía clásica entre derecho público y privado muestra la situación de un grupo social en el que se manifiesta ya la distinción entre lo que pertenece al grupo en cuanto tal, a la colectividad, y, lo que pertenece a los miembros, específicos, o más en general entre sociedad global y grupos menores como la familia.

....

De hecho la diferenciación original entre el derecho público y el privado es acompañada por la afirmación de supremacía del primero sobre el segundo, como lo prueba uno de los principios fundamentales que rigen todo orden.

Com isso, podemos aferir que, dentro dessa quadra histórica, as diferenças existentes entre os universos eram assentadas essencialmente na máxima de que ao direito público era atribuído questões referentes ao Estado, ao passo que, ao direito privado competia o encargo de tomar providências para o regramento dos interesses individuais.

Aliado a isso, essa acepção dicotômica entre os universos encontrou guarida no modelo em que foi formada a ordem jurídica grega, pois havia uma espécie de consórcio entre as esferas privado e público, no sentido de que os cidadãos, reunidos na ágora, podiam participar ativamente das decisões envolvendo interesses da comunidade.

De uma forma mais tímida e imbuída de mecanismos jurídicos peculiares, a seara pública, em Roma, permitia a participação de cidadãos e estrangeiros na construção da estrutura jurídica com o nítido interesse em satisfazer as exigências privadas mediante a concretude de um espaço público.

Dessa forma, o universo público era compreendido como uma espécie de “espaço agregador” de cidadãos privados que se reuniam no afã de encontrar um consenso para a satisfação de seus interesses.

Isso significa dizer que, de um lado, dispensava-se maior ênfase à normatização das relações jurídicas privadas, ao passo que ao *Ius publicum* permaneceria exercendo papel secundário no cenário jurídico.

Dentro dessa concepção, o Império Romano, que por séculos manteve a sua supremacia, se desenvolveu assentando seus pilares no Direito Privado.

Não demorou muito para que essa concepção privatista, impregnada no Direito Romano alçasse, novos rumos, isto é, logo espraiou-se por todo o Ocidente levando consigo um arcabouço de regras estruturantes dos institutos mais importantes da época, podemos assim dizer, a família, a propriedade, os contratos, o testamento, etc.. Assim, dentro da concepção prevalecente desse momento histórico, o universo privado¹⁵⁸ era, por excelência, quem tutelava a esfera das relações sociais e econômicas dos indivíduos.

Todo esse *modus* de vida se arrastou por séculos e até hoje serve de sustentação a realidade jurídica de muitos Estados, notadamente, o Brasil, que possui robusta influência romanista.

Nesses termos, Comparato¹⁵⁹ revela que,

Poder-se-ia, aí, lembrar a distinção entre *potestas* e *imperium*, desenvolvida na experiência jurídica romana. A primeira designa um poder especializado, subordinado, limitado. Em direito público, é o poder que cabe aos governadores de províncias e aos funcionários. Em direito privado, fala-se em *pátria potestas*, *matris potestas*, *tutoris potestas*, *curatoris potestas*, *dominica potestas*. O *imperium* designava, originalmente, o poder militar e, depois, o poder supremo, de que estavam investidos os principais magistrados, os cônsules,

¹⁵⁸Com desiderato de disciplinar minuciosamente a vida do homem, o universo privado desmembrava-se em: *Ius naturale*, o *Ius civile*, *Ius gentes*. A noção do *Ius naturale* é formulada, de início, por Cícero. Mais tarde, entretanto, é desenvolvida pelos jurisconsultos do Império que sustentavam ser um conjunto de princípios oriundos da vontade divina. Por outro lado, “em um sentido restrito, o direito das gentes compreende as instituições do Direito Romano, das quais podem participar tanto os estrangeiros como os cidadãos. Mas na acepção extensa, e mais usada, é o conjunto de regras aplicadas em todos os povos sem distinção de nacionalidade”. O *Ius civile*, por sua vez, “por oposição ao *Ius gentium* ou ao *Ius natural* e, compreende as regras de direito especiais de cada povo, de cada Estado.” In - PETIT, Eugène. Tratado elementar de direito romano. Tradução: Jorge Luiz Custódio Porto. 1 ed. Russel Editora: Campinas –SP, 2003, p. 23, 24, 25.

¹⁵⁹COMPARATO. Fábio Konder. FILHO. Calixto Salomão. O poder de *controle* na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.31.

e, nos últimos tempos, o imperador propriamente dito, primeiro cidadão (*princeps*) e detentor da *auctoritas* que, outrora, pertencera ao Senado.

Com a queda do Império Romano, em 476, cresceu entre os proprietários de terra, reis, e barões a ideia de poder assentado em uma economia voltada para o liberalismo, centrada no acúmulo de propriedades, e, com isso, aflorou a necessidade de aperfeiçoamento das regras-normatizantes que buscasse garantir a propriedade privada e a liberdade de contratar.

Dentro desse contexto, sob a diretriz dos princípios da *livre iniciativa*, *autonomia da vontade* e uma proteção exacerbada a propriedade, o direito privado reformulou a sua acepção e objetos, assentou seus matizes, e acabou por conferir ao homem a liberdade necessária para exercer suas relações econômicas e sociais, o que representava de mais importante nessa quadra histórica.

Nesse pensar, durante a medievalidade, a imagem típica das relações feudais consistia notadamente na inexistência de quaisquer “*fronteiras entre o público e o privado, com o absoluto predomínio das estruturas privadas. O senhor é simultaneamente o dominus, o dono da terra, e o titular do imperium, da autoridade máxima sobre aqueles que vivem em seus domínios*”¹⁶⁰.

Diante desse perfil, os senhores feudais exerciam a verdadeira função pública, na medida em que ditavam regras obrigatórias, impunham e arrecadavam tributos, ordenavam a economia a seu próprio alvedrio, julgavam e executavam as suas próprias decisões. É nesse panorama que se pode perceber uma nítida assimetria na relação entre o universo privado e o público.

Ademais, não podemos olvidar que a única instituição verdadeiramente pública ao longo desse tempo – desde a queda do Império até o final da idade média – era a Igreja Católica que ditava normas e padrões comportamentais.

Nesse sentido, comunga com a ideia Hannah Arendt¹⁶¹ quando afirma que,

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

¹⁶¹ ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução Roberto Raposo, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 40;

Esse abismo entre o privado e o público ainda existia de certa forma na Idade Média, embora houvesse perdido muito da sua importância e mudado inteiramente de localização. Já se disse com acerto que, após a queda do Império Romano, foi a Igreja Católica que ofereceu aos homens um substituto para a cidadania antes outorgada exclusivamente pelo governo municipal. A tensão medieval entre a treva da vida diária e o grandioso esplendor de tudo o que era sagrado, com a concomitante ascensão do secular ao religioso, corresponde em muitos aspectos à ascensão do privado ao público na Antiguidade.

Com isso, percebemos que os interesses sociais, religiosos, econômicos e culturais da época estreitamente ligados à primazia da propriedade territorial sobre os demais institutos acabavam por nortear e disciplinar o comportamento humano, o que, de certa forma, exaltava a absorção do espaço público pelo domínio privado.

Referindo-se a esse ponto, uma vez mais Arendt¹⁶² afirma que,

É característico desse crescimento da esfera privada e, incidentalmente, da diferença entre o antigo chefe de família e o senhor feudal que este último pudesse administrar justiça dentro dos limites do seu feudo, ao passo que o antigo chefe de família, embora pudesse exercer um comando mais ameno ou mais severo, não conhecia leis nem justiça fora do domínio político.

Assim, durante grande parte da história, o direito público e a esfera privada apontaram seus objetivos em direções opostas, cada qual regulando a sua maneira, estabelecendo ordens díspares, a princípio, impenetráveis, mas, ressignificando com o passar do tempo.

Não muito diferente, o advento do Estado Moderno trouxe consigo especificidades que acentuaram ainda mais a antiga diversidade entre os campos público e privado. Dentro desse contexto histórico, o interesse em fortalecer a monarquia nacional fez desencadear uma “nova” forma de interpretar a dicotomia entre os universos.

¹⁶² ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução Roberto Raposo, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p.41;

Como ponto de partida, revelamos que a necessidade preponderante, àquela época, compreendia em centralizar o governo, pois, somente dessa maneira, haveria grandes chances de se alcançar o progresso do comércio, notadamente, focado em uma economia de mercado que então reduziria as barreiras alfandegárias e geraria maior circulação de moedas.

Nesse contexto, é importante ressaltar que malgrado o Estado tivesse certa exclusividade na edição das leis, o interesse da classe burguesa falava mais alto, podemos dizer assim, eis que as regras eram institucionalizadas justamente para garantir o contrato negocial sem a existência, contudo, de interferências que inibissem a “liberdade” de contratar. Agindo, dessa forma, a burguesia cada vez mais recrudesceria, e, conseqüentemente, permitiria que o domínio privado gozasse de supremacia.

O cenário posto bem reflete que o interesse da classe burguesa não era outro senão a manutenção intocável da dicotomia entre os mundos, priorizando, sobretudo, o universo privado, que permitia o *“particular tem liberdade de contratar, pautando-se por preferências pessoais. A propriedade privada investe seu titular no poder de usar, fruir e dispor do bem. As relações dependem do consenso ente as partes”*¹⁶³

Em boa síntese, Calderón¹⁶⁴ retrata com acuidade esse quadro histórico, nos mostrando que a diferença entre o espaço público e o privado também influenciou outros campos.

No transcorrer do século XIX, era nítida essa separação entre o público e o privado, que se estendia para além do Direito. Havia forte distinção dicotômica entre Estado e Sociedade, política e economia, Direito e moral. Na economia imperava o liberalismo econômico, centrado em uma economia de mercado. Na seara privada havia um forte viés individualista, que buscava garantir ampla liberdade contratual e propriedade privada (com poderes absolutos). Na política, existia certa preocupação com a defesa dos direitos humanos (em que pese apenas formal e abstrata), a estruturação do Estado e a divisão de poderes.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

¹⁶⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas, Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 84;

Nesse viés, a liberdade absoluta de contratar e a prevalência da autonomia privada encrustadas no ideal privatista acabavam por manter viva a dicotomia entre os universos em uma sociedade de desiguais que, pouco a pouco, conheceu o domínio de produção do capitalismo e seus reflexos. Assim, todo esse modo livre de viver, sem as crenças, regras e normas da antiguidade, trouxe consigo a ressignificação do formato jurídico, eis que se tornou essencialmente contratual.

Seguindo o curso histórico, em uma fase intermediária denominada de Estado Patrimonial¹⁶⁵ marcada pela existência de opressões, revoltas e arbítrios ilimitados revelou-se um ambiente propício aos primeiros ensaios do discurso de garantia e proteção dos direitos fundamentais do homem, muito embora ainda existisse abismo entre a esfera pública e privada.

Assim, fincado nas ideias de luta pela liberdade, na ampliação da participação política, no crescimento livre econômico, etc., o ideal Liberal revelou-se como um cenário promissor para alavancar a antiga dicotomia entre os espaços público e privado.

Dentro desse cenário, o espaço público passou a ser compreendido como “*repertório mínimo de disposições e instrumentos referentes ao governo representativo*”¹⁶⁶ ao passo que o universo privado exaltava a emancipação do indivíduo, cujo elemento central era liberdade contratual.

Nesse sentido, assentado em um liberalismo econômico e político, o domínio privado passou a estabelecer regras mínimas de convívio social eis que disciplinava e conduzia as relações travadas entre os indivíduos

¹⁶⁵: Embora não haja convergência entre os estudiosos acerca da existência dessa fase histórica intermediária, achamos por bem citá-la à luz dos ensinamentos de Barroso “...*diversos autores chamam atenção para uma fase intermediária – o Estado Patrimonial -, que, em alguns países teria sucedido o feudalismo, na virada do século XVI, e antecedido a centralização total do poder. Nessa fórmula, também referida como Estado corporativo, de ordens ou estamental, ainda se confundem amplamente público e o privado, o imperium (poder político) e o dominium (direitos decorrentes da propriedade), a fazenda do príncipe e a fazenda pública. O poder, inclusive o poder fiscal (relativo à arrecadação de receitas e realização de despesas), é compartilhado pelos estamentos dominantes – príncipe ou rei, a Igreja ou senhores de terras – recaindo unicamente sobre os pobres, uma vez que os ricos, a nobreza e o clero, gozavam de imunidades e privilégios*”. - in - BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

¹⁶⁶ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira [org.]. O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 37.

especialmente no que mais interessava naquela quadra: *liberdade para contratar e direito de propriedade*.

A propósito, Sarmento¹⁶⁷ captou essa passagem histórica e nos mostrou que,

Na lógica do Estado liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo a sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa. Entendia-se, então, que a sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Nesse passo, o apogeu da influência privada ocorreu com a ascensão das Codificações, notadamente, o Código Napoleônico, em 1804¹⁶⁸, considerado o “Diploma” basilar de toda a ordem jurídica, assumiu uma postura centralizadora no mundo privado, eis que representava um verdadeiro catálogo de regras que disciplinava de forma geral, abstrata e exaustivamente as relações de todos os fatos da vida do homem em sociedade, tão vital aos interesses da burguesia.

Diante dessa formatação, o papel exercido pelas Constituições, nascidas nesse tempo histórico, consideradas meras cartas políticas, consistia essencialmente em estruturar, orientar e organizar o Estado, para que tutelassem os limites de sua própria atuação justamente para não interferirem na órbita privada, isto é, procurava-se manter certo isolamento entre os

¹⁶⁷ SARMENTO. Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.13.

¹⁶⁸ “O paradigma da cisão entre direito público e direito privado foi o Código Napoleônico de 1804, que veio a tornar-se um modelo para outros países europeus. O caráter auto-suficiente e sistemático do code expressava um dos valores mais caros à teoria liberal: a segurança jurídica. De fato, enquanto a constituição era, por sua essência, abstrata e permeável a opções políticas, o código regulava de forma analítica e precisa as situações jurídicas individuais, podendo ser aplicado pelos juízes com elevado grau de certeza.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares – in – BARROSO. Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 129,130.

campos público e privado, de modo que se permitia a manutenção do *status* social.

Na verdade, o modelo liberal organizou a sociedade segundo o perfil de um Estado garantidor de direitos fundamentais de caráter essencialmente individual que passou a adequar às tensões sociais à solução previamente estabelecida nos Códigos, de tal modo que se o fato ou circunstância não estivessem codificados, estes não pertenceriam ao mundo jurídico. Esta lógica da legalidade acabou por organizar as instituições do Estado Liberal alheias às situações sociais e firmar, pretensamente, a completude das soluções legais.

Assim, percebe-se que a lógica liberal, na qual foi construída a maioria das codificações civis do século passado, consistia no fato de que a legalidade poderia evitar a ocorrência de arbitrariedades do Estado, na medida em que as leis deveriam ser criadas para ser vinculada ao homem e não à vontade dos governantes.

Não obstante, a evolução trazida pelo Estado Individualista-Liberal fosse considerada um avanço na seara do Direito, para a realidade social, por outro lado, se mostrava diversa, uma vez que o progresso industrial, o capitalismo exacerbado, o excessivo favorecimento da burguesia, as relações de dominação, as constantes lutas, o recrudescimento da injustiça social acabaram por acentuar a exploração do homem pelo homem diante de uma imobilização do codificado Direito.

A percepção clara desse contexto histórico era o alargamento das desigualdades sociais e econômicas diante de um Estado neutro, estático, que deixava de enxergar, podemos dizer assim, a grave demanda social, isto é, o modelo liberal mostrava-se útil e benéfico tão só aos interesses da classe dominante que o instituiu, daí por que não tardou a sua queda.

Em outras linhas, a urbanização da sociedade associada a uma série de gravames permitiu mostrar o descompasso do Direito com a realidade social, de modo que não mais se concebia a manutenção de um Direito fulcrado na centralidade dos Códigos, em cujas normas não mais abarcavam todas as relações conflituosas. Daí por que a *“progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos*

*princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade denominados de princípios de ordem pública.*¹⁶⁹

Nesse estágio, percebemos claramente que o extenso e intenso domínio privado, imbuído de uma liberdade sem limites e insaciável, fez o homem experimentar a violência, o choque de interesses, o que acabou por ensejar naturalmente um estado desumano em uma zona de conflito perene.

Assim sendo, ainda que em território privado, porém, já caminhando para uma reformulação, isto é, superada a fase de certo deslumbramento liberal, emergiu uma espécie de movimento social que carregava consigo a bandeira do bem-estar em favor de todos.

Esse movimento, recheado de lutas populares, tinha como premissa obrigar o Estado a fornecer subsídios necessários, ou melhor, intervir de forma ampla e contundente justamente para viabilizar a promoção do bem-estar e então minorar as desigualdades e injustiças sociais que permeavam no Estado liberal.

Mas, para tanto, o ente Público deveria se despir de sua antiga roupagem liberalista, e, passar a desempenhar um papel mais ativo e interventor junto ao cenário socioeconômico com a promoção de serviços à sociedade e a realização da almejada justiça social. *“O Estado Liberal transformara-se no Estado Social, preocupando-se agora não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar do seu cidadão”*¹⁷⁰

Assim, o advento do Estado Social permitiu, podemos dizer assim, a reestruturação da antiga dicotomia entre os universos, pois as consequências desastrosas trazidas pelo liberalismo exigiam maior participação e intervenção do Estado no universo privado, o que fez expandir enormemente o espaço público sobre os valores tradicionais da vida privada, do âmbito econômico, legislativo, social, cultural, etc.

Com isso, deflagrou-se um crescimento desenfreado do Estado, assim como a ascensão de valores e princípios completamente reformulados no afã de materializar e recompensar direitos à sociedade. Contudo, toda essa

¹⁶⁹BARROSO. Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

¹⁷⁰SARMENTO, Daniel. Idem, p.19.

hipertrofia estatal acabou por desencadear o inchaço e o posterior esgotamento do Estado em não conseguir responder o clamor social.

Some-se a isso, um progressivo reconhecimento das Constituições que, a partir de então, imbuídas de força normativa, passaram a exercer outro papel, não mais insípido e sem qualquer alcance, mas, sim, como um instrumento jurídico impregnado de normas de alto valor axiológico que, paulatinamente, projetou-se para o espaço privado.

Daí por que Luís Roberto Barroso¹⁷¹ entende que o “*o espaço público, por sua vez, é fruto da transição da sociedade civil para a sociedade política, da conversão do indivíduo em cidadão*”.

Assim sendo, todo o influxo dessas mudanças refletiram a fragilidade do campo privado e passaram a reconhecer a necessária presença do ente público especialmente após a segunda guerra mundial, período em que os direitos sociais passaram a ser discutidos e incutidos no discurso Constitucional, reconhecidos como “*Welfare State*”.

As codificações deixaram de exercer o papel basilar no campo privado e acabaram por ceder espaço à Constituição, Lei Máxima, que passou a assumir o posto hierárquico de documento maior, não só do Direito Público, mas em todo o espaço, irradiando suas premissas, fundamentos, escopos, princípios e valores.

Nesse cenário constitucionalizante permitiu-se a sujeição de todos os poderes, quer público ou privado, aos direitos fundamentais constitucionais, isto é, “*esse processo de releitura levou a uma tendência constitucionalizante dos diversos ramos do Direito, tendo como base uma fundamentação mais ampla e, de certa forma, descolada da tradição jurídica representada pela crença no Estado como fonte de todo o Direito*”¹⁷².

Dessa forma, o tradicional universo privado passou a ter o seu brilho ofuscado diante da expansão do domínio público sobre o seu campo, isto é, com a forte e perene inclusão das normas constitucionais, a esfera privada foi,

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

¹⁷² DIAS, Jean Carlos. Problemas contemporâneos de teoria dos direitos fundamentais: esboço para uma investigação abrangente. - *in-* DIAS, Jean Carlos, KLAUTAU FILHO, Paulo. Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 17;

pouco a pouco, sendo reestruturada passando a tutelar direitos particulares de acordo com o ditame público.

Nesse estágio, a ruptura da fronteira entre o público e o privado fez erigir uma nova forma de compreender o papel do Direito privado no cenário jurídico e na sociedade, eis que passou a exercer funções protetivas voltadas para a realização dos interesses do cidadão.

Em outras palavras, as visualizações meramente privatistas da antiga legislação civilista, na verdade, sofreram repersonalização e deixaram de lado o patrimonialismo exacerbado para adquirir a concepção de respeito à pessoa humana.

Nesse sentido, Arendt¹⁷³ averba que,

Desde o advento da sociedade, desde a admissão das atividades domésticas e da administração do lar no domínio público, uma das principais características do novo domínio tem sido uma irresistível tendência a crescer, a devorar os domínios mais antigos do político e do privado, bem como a esfera da intimidade, instituída mais recentemente. Esse constante crescimento, cuja aceleração não menos constante podemos observar no decorrer de pelo menos três séculos, deriva sua força do fato de que, por meio da sociedade, o próprio processo da vida foi, de uma forma ou de outra, canalizado para o domínio público.

Com isso, constatamos que não se trata, de certo, de uma mudança abrupta e revolucionária de paradigmas, a ponto de permitir que, do dia para noite, não mais existam barreiras e diferenças entre tais sistemas, mas uma reestruturação de significados que se moldaram, ao longo do tempo, em consonância as necessidades do homem de viver em sociedade.

Outrossim, em uma época mais recente do Estado brasileiro, que envolve as duas últimas décadas do século XX, dois fatores foram relevantes à reestruturação da dualidade havida entre o universo público e o privado: o primeiro cunhado de Neoliberalismo¹⁷⁴, que surgiu meados dos anos 80,

¹⁷³ARENDR. Hannah. A condição humana. Tradução Roberto Raposo, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 55;

¹⁷⁴Barroso aponta características ímpares desse novo ideal: *"Dentre seus dogmas, que com maior valor ou menor intensidade correram o mundo, estão a desestatização e desregulamentação da economia, a redução das proteções sociais ao trabalho, a abertura de mercado e a inserção internacional dos países, sobretudo através do comércio. O*

disseminando em diversos países, o discurso assentado em ideais liberais, e, o segundo, o advento da Constituição Federal brasileira de 1988.

Assim, não muito diferente, o movimento de constitucionalização também superou a proeminência legal pátria para que o sistema jurídico fosse todo harmonizado a partir de um único instrumento interpretativo: uma Carta Máxima.

Surge, a partir de então, um Direito reestruturado, frente a conceitos reformulados, não mais de um Estado neoliberal-normativista-individualista¹⁷⁵, mas, sim, um verdadeiro *Estado Democrático de Direito*, em que a Constituição passa a desempenhar um espaço garantidor das relações democráticas entre Sociedade e Estado, ou seja, a assertiva de que “*a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico*”¹⁷⁶.

Em sendo assim, fincada na ideia de unidade - sistema hierárquico -, significa dizer que os valores, as normas, os princípios, explícitos ou implícitos, embutidos na Carta Maior deveriam ser todos observados, respeitados, e, por conseguinte, acolhidos em todas as searas do direito, inclusive, a esfera privada.

Em outras linhas, a compreensão da dicotomia entre o universo público e o privado não podia ser desatrelada ao novo pensar da constitucionalização do Direito Público e do Direito Privado.

Fachin¹⁷⁷, com clareza, obtempera que,

neoliberalismo pretende ser a ideologia da pós-modernidade, um contra-ataque do privatismo em busca do espaço perdido pela expansão do papel do Estado”. - in - BARROSO. Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66.

¹⁷⁵ “*O Estado contemporâneo tem o seu perfil redefinido pela formação de blocos políticos e econômicos, pela perda de densidade do conceito de soberania, pelo aparente esvaziamento do seu poder diante da globalização. Mas não há qualquer sintoma de que esteja em processo de extinção ou de que ele será reservado um papel secundário. O Estado ainda é a grande instituição do mundo moderno. Mesmo quando se fala em centralidade dos direitos fundamentais, o que está em questão são os deveres de abstenção ou de atuação promocional do Poder Público* -in - BARROSO. Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.68 e 69.

¹⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.252.

¹⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Em defesa da constituição prospectiva e a nova metódica crítica do direito civil e suas constitucionalizações* – in – *Questões do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 07.

É essa atuação diária, uma espécie de *modos vivendi* de índole constitucional, que poderá trazer no presente e no porvir, o respeito simbólico e a percepção real de que a Constituição integra o cotidiano da cidadania em emancipação, o ensino jurídico em formação transformadora e o Direito que seja mais justiça e menos formalidade.

Com isso, a Carta Maior consiste não apenas em um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia -, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.

Nessa senda, Luís Roberto Barroso¹⁷⁸ averba que,

Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

Seguindo o mesmo raciocínio, Maria Celina B. Moraes¹⁷⁹ quando afirma que,

...Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação de pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do direito.

[...]

Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica, entre homens livres e iguais, para a regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. (organizador) A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44.

¹⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. “A Caminho de um Direito Civil Constitucional” in Portal E-Gov da UFSC, www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf acessado em 11 de julho de 2014.

A despeito disso, não há como deixar de enfatizar que, na verdade, a ordem constitucional tornou-se fonte reguladora tanto do poder político como da sociedade civil, numa clara expansão do ente público ao setor particular. Nesse raciocínio, Barroso¹⁸⁰ cita Hesse:

Como afirma Konrad Hesse, a Constituição “não é mais a ordem jurídico-fundamental do Estado”, tendo se tornado a ordem jurídica-fundamental da comunidade, pois suas normas abarcam também – de forma especialmente clara garantias tais como o matrimônio, a família, a propriedade, a educação ou a liberdade da arte e da ciência, as bases da organização da vida não estatal.

Com isso, podemos perceber que um dos objetivos preponderantes, dentro do perene processo de expansão do direito constitucional, consiste notadamente em entrelaçar outras searas do direito aos ditames constitucionais.

Assim, todos esses fatores, sinteticamente expostos, formam a pedra de toque para que na segunda metade do século XX os direitos humanos, em nível internacional, já pudesse ostentar lugar de destaque, com a Declaração Universal de 1948 – e, no Brasil, mais expressamente nestas duas décadas do século XXI – se percebesse que o Direito é mais do que a Lei. Se não se retornou ao modelo *jus naturalista* de um direito suprapositivo, não se deixou de perceber que a base constitucional permitia a retomada valorativa do Direito pela via dos princípios jurídicos.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso¹⁸¹ ensina que,

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins.

Em seguida, o mesmo autor¹⁸² obtempera que,

¹⁸⁰ BARROSO, ob. cit. p. 120.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)” in *Temas de Direito Constitucional*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 37.

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A ideia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real.

Cientes disso, não há como deixar de enfatizar o que se resume na referência à Teoria Crítica do Direito é a percepção de que o Direito vai além das regras positivadas pelo Estado, residindo nos postulados de valor que estabelecem as relações de poder dentro do seio social e suas relações intersubjetivas.

Esse pensamento, fundamentalmente democrático, revisitou os elementos basilares da Teoria do Direito de modo a adequá-lo aos processos de transformação históricos, políticos e sociológicos que estavam em curso.

Assim, a reestruturação do Estado o estimulava a produzir ações positivas/ concretas em favor da preservação e difusão dos direitos fundamentais, não apenas sob a ótica do indivíduo, mas também – e, notadamente – sob o olhar dos direitos coletivos que se espalham, nos dias de hoje, indistintamente na comunidade.

Dentro desse cenário jurídico, o Direito Civil, como ramo por excelência, do direito privado não passou ao largo. Nele também se desencadearam projeções claras de uma publicização das normas civilistas a partir de uma hermenêutica constitucional, mas, e principalmente, humanista.

O Direito Civil do Código de 1916, por exemplo, seguindo a clássica visão oitocentista das normas civilistas, tutelava fundamentalmente os valores exteriores patrimoniais em que, muitas vezes, se admitia a proteção da propriedade e da empresa sem examinar seus reflexos no contexto social.

E, de forma diferente, o Código Civil atual, apesar de ter sido pensado na década de 1970, tem incorporado à realização de valores de justiça social como reflexo de uma interpretação humanizada da ordem econômica e financeira da Constituição de 1988, daí por que, facilmente, podemos perceber

a incidência, cada vez maior, de princípios constitucionais normatizadores nas relações intimamente privadas.

Com isso, os artigos do Código Civil, portanto, passaram por uma reflexão sobre o atendimento à opção constitucional pelo respeito à dignidade da pessoa humana ressignificando, portanto, a lógica civilista em todos os campos, inclusive, nas relações mais íntimas do homem.

Dessa maneira, é inegável que a dignidade da pessoa humana passa a ser um elemento interno na estrutura civilista das relações familiares determinando o início do processo interpretativo de qualquer questão fática.

Assim, mesmo que o direito privado, Código Civil atual, não tenha positivado, por completo, a incidência dos valores constitucionais, o intérprete de seu texto é obrigado a levá-los em consideração para adequar a legislação civil ao espírito democrático do texto constitucional.

Nesse diapasão, Jean Carlos Dias¹⁸³ obtempera que,

Assim, em certo sentido, pensar a dignidade é pensar a densidade jurídica dos direitos humanos.

[...]

A relação entre os direitos humanos e a ideia de dignidade é intrinsecamente conexa, uma vez que aqueles promovem desdobramentos, inclusive no âmbito das relações políticas, nessa premissa básica de consideração humana.

[...]

A dignidade da pessoa humana impõe-se como uma base estrutural sobre a qual os sistemas jurídicos modernos são construídos.

Em outras linhas, a dignidade da pessoa humana traduz uma somatória de valores civilizatórios incorporados pela humanidade. Daí por que podemos aferir que hoje não mais existem limites nas fronteiras que possam separar o direito constitucional dos demais direitos, *in casu*, o direito privado, não sendo possível, por conseguinte, concebê-los como universos distintos, díspares e impenetráveis.

Isso significa dizer que *“resultaria sem dúvida evidente que os direitos fundamentais regulam tanto as relações dos particulares com o poder, como também as relações dos particulares entre si”*¹⁸⁴.

¹⁸³ DIAS, Jean Carlos. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Método, 2007. pgs. 115 e 116.

Nesse contexto, traduz a obra de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf¹⁸⁵:

A inserção inevitável dos sujeitos ao direito de família faz decorrerem inúmeros direitos humanos: operando na sociedade em geral ou em certo grupo social, direitos humanos são poderes-deveres destinados a realizar a essência humana na existência humana em condições de dignidade condizentes com o estágio atual de civilização. Daí decorre a relação dos direitos humanos com os poderes-deveres que interagem nos relacionamentos familiares, a fim de proteger a humanidade dos homens desde o nascituro até o mais idoso dos sujeitos, assim como decorre o direito fundamental à família, a fim de concretizá-lo no grupo social mais elementar que é a família.

Tem-se, portanto, que é dever do Estado lutar para que implemente todos esses direitos fundamentais, e, dentre muitos, a liberdade, a igualdade, a dignidade na vida do homem, de modo que, incorrendo em risco, ameaça ou lesão, cuja proteção necessite um desses direitos, deverá o ente público intervir sim no campo privado.

Isso, de certa forma, justifica a interferência do domínio público na seara privatista, sem, contudo, ser-lhe assacado pecha de “invasor” de uma esfera sobre a outra, ou a ocorrência de abrupta interferência, muito menos de submissão de um ramo pelo outro.

Ao contrário, a Constituição Federal “*demarcou, de forma nítida, alguns espaços privados merecedores de proteção especial*”¹⁸⁶, daí por que assumiu, na discussão sobre o público e privado, a tarefa de mediar esses “dois mundos” para garantir o interesse público, mas conectá-lo com as reais necessidades sociais e com a nova configuração de ordem jurídica.

Nesse sentido, muito pertinente é a afirmação de Sarmiento¹⁸⁷,

¹⁸⁴ MARTINEZ. Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 617 *apud* BARROSO, Luís Roberto. (organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125.

¹⁸⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de Família na pós-modernidade*, São Paulo: Atlas, 2010, p. 80.

¹⁸⁶ BARROSO. Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.67.

¹⁸⁷ SARMENTO. Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 140.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais prende-se ao reconhecimento de que neles estão contidos os valores mais importantes de uma comunidade política. Estes valores, através de princípios constitucionais que os consagram, penetram por todo o ordenamento jurídico, modelando normas e institutos, e impondo ao Estado deveres de proteção. Assim, já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. É preciso que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros...

A partir dessa linha de raciocínio, constatamos que a ideia de intervenção redimensiona a importância não só da envergadura do ente público, mas o seu efetivo papel de guardião dos direitos fundamentais do homem.

Soma-se a isso, a reestruturação da ótica governamental no que concerne as políticas públicas que, antes definidas unilateralmente pelo governo, passaram a ser decididas por mecanismos, cada vez mais democráticos, reflexos de uma maior consensualidade das decisões da atual sociedade pluralista, que incorporando preocupações de respeito aos direitos fundamentais, reivindicavam – e não param de reivindicar – a proteção do homem e de sua dignidade.

Assim, não é difícil perceber, hodiernamente, a existência de certo consórcio, ou melhor, equilíbrio entre os interesses públicos e privados com o estreitamento de suas fronteiras, superando, por conseguinte, a trajetória de primazia do interesse privado do Estado Liberal e do interesse público no Estado Social.

Arendt¹⁸⁸, com propriedade, afirma que,

O aparecimento da sociedade – a ascensão da administração do lar, de suas atividades, seus problemas e dispositivos organizacionais – do sombrio interior do lar para a luz da esfera pública não apenas turvou a antiga fronteira entre o privado e o público, mas também alterou o significado dos dois termos e a sua importância para a vida do indivíduo e do cidadão, ao ponto de torná-los quase irreconhecíveis.

Dessa forma, podemos aferir então que o Estado brasileiro contemporâneo insere-se na tendência de contínuo aprimoramento de se viver

¹⁸⁸ARENDR. Hannah. A condição humana. Tradução: Roberto Raposo; revisão técnica: Adriano Correia, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 46.

em sociedade, e, com isso, assumindo o compromisso de empreender esforços para a elaboração de normas cooperativas entre o direito público e o direito privado.

Tendência essa que pode ser vista no próprio Código Civil vigente que incorpora temáticas constitucionais¹⁸⁹ como a função social da propriedade e do contrato, a incidência de princípios nas relações privadas, mormente contratuais, a abertura normativa justamente para o reconhecimento de novas famílias e relacionamentos afetivos.

Uma vez mais, Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹⁰ traça estudo sobre a unidade do ordenamento jurídico e a superação da clássica dicotomia Direito Público e Direito Privado e conclui que,

Defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão. A divisão do direito, então não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e, de substancial – isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade – se transforma em distinção meramente “quantitativa”: há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos.

Nesse esteio, percebemos que essa concepção reestruturada tem relevante sentido não só baseado em valores jurídicos, mas, sobretudo, éticos,

¹⁸⁹Vale sublinhar algumas premissas essenciais do direito civil constitucional. (i) o reconhecimento do direito, como realidade cultural, e, não como resultado (*rectius*, submissão) da ordem jurídica vigente: o direito tem uma intrínseca função promocional e não apenas uma função mantenedora do *status quo* (repressora) e reguladora de divergências; (ii) o decisivo predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais, devido à tutela constitucional da dignidade humana; (iii) a valorização do perfil funcional em detrimento do perfil estrutural dos institutos jurídicos, impedindo, por essa via, a perpetuação do esquema da subsunção, já completamente ultrapassado, e libertando o fato – e juntamente como ele o juiz – dos enquadramentos rígidos em prol da aplicação normativa mais adequada ao caso concreto; (iv) o reconhecimento da historicidade dos institutos, na medida da importância da função que exercem naquela determinada sociedade, naquele determinado momento histórico; (v) a relatividade dos princípios, das regras e dos direitos, na medida em que todos exercem sua função em sociedade, isto é, em relação a outro, *in*, TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II, p. 378.

¹⁹⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. “A Caminho de um Direito Civil Constitucional” *in* Portal E-Gov. da UFSC, www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf acessado em 11 de julho de 2014.

isto é, o abandono do individualismo pela solidariedade e a relativização da autonomia da vontade pela acentuada proteção a dignidade da pessoa humana, tornaram-se imperiosas em casos como a equiparação entre os filhos e o reconhecimento de novas entidades familiares, onde participação e a intervenção do ente público é vital.

Esse alargamento do público, ousamos dizer, não o torna privado tampouco não constitui um total domínio público sobre o privado, mas, ao contrário, significa apenas que a antiga dualidade existente entre esses campos encontra-se pacificada, relativizada, isto é, nos dias de hoje, deixaram de existir as acentuadas diferenças nas fronteiras que pudessem separar o universo público do privado, não sendo possível, por conseguinte, concebê-los como mundos completamente distintos e impenetráveis.

Sobre essa perspectiva, Arendt¹⁹¹ revela que,

O domínio público, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros e, contudo, evita que caiamos uns sobre os outros, por assim dizer. O que torna a sociedade de massas tão difícil de ser suportada não é número de pessoas envolvido, ou ao menos não fundamentalmente, mas o fato de que o mundo entre elas perdeu seu poder de congregá-las, relacioná-las e separá-las.

A propósito, foi com esse espírito que a ADPF 132 - RJ, ao decidir a situação dos casais do mesmo sexo, acabou por alterar, ou melhor, redefinir significados, uma vez que reestruturou o elemento definidor de família, sem, contudo, desligá-lo de preceitos passados, isto é, permitiu-se que o novo pensar viesse à luz pela mediação do horizonte antigo.

Nesse contexto, as relações familiares contemporâneas, assentadas na pluralidade familiar, na isonomia e ancoradas em valores como autonomia de vontade, afeto, solidariedade, etc., não deixaram, por exemplo, de clamar por normas institucionais que acomodassem e amparassem suas vontades e necessidades.

¹⁹¹ARENDR. Hannah. A condição humana. Tradução Roberto Raposo, 11º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 64;

Em outras linhas, percebemos que o elemento definidor da família modelo tradicional – marcado pela presença pujante de instituições que disciplinavam o comportamento humano -, não desapareceu, ao contrário, reestruturou seus significados de modo que nos permite aceitar que tais comportamentos, *in casu*, a inserção de mais um modelo familiar necessite ser disciplinado por normas estruturantes institucionais.

Compreendemos, assim, que não mais se permite que a Instituição estabeleça padrões comportamentais ou molde as famílias, porém, se reconhece que a evolução trouxe consigo conceitos ressignificados que inspiram a pluralidade familiar, ainda que fincada em uma autonomia subjetiva de vontade, buscar amparo na institucionalização de seus direitos.

Nessa esteira, alguns esparsos trechos do referido *decisum* que bem retratam tal situação.

Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênua de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre os casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.

...

Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.

...

Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida -, o estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso.”¹⁹²

¹⁹²ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132- Rio de Janeiro. STF, Relator: Ministro Ayres Britto; Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro e outros. 05.05.2011, p.42, 55.

(destaques apostos)

O entendimento do julgado acima posto sinaliza que a mentalidade da sociedade contemporânea mudou e passou a clamar por mais proteção, amparo, direitos, ainda que, para tanto, fosse permitido à interferência do ente público em analisar, discutir e até mesmo decidir questões de seara essencialmente particular.

Como aduz Diogo Leite Campos¹⁹³,

A nova família veio perdendo com a evolução dos tempos muitas de suas funções iniciais, que tem sido transferida para outras entidades sociais: o culto religioso foi transferido do âmbito da família para os sacerdotes, a função de defesa dos membros está praticamente extinta, as funções de assistência vem sendo assumidas pela sociedade e pelo Estado.

Isso tudo e principalmente porque a clássica dicotomia entre Direito Público e Privado ressignificou a sua dualidade, já que não se encara mais o indivíduo como um sujeito isolado, mas, sim, de uma forma reestruturada, como pertencente a uma coletividade de direitos com franca conotação de complementaridade em uma sociedade plúrima.

É nessa linha de raciocínio que se pode chegar à conclusão de que a velha dicotomia entre os universos público e privado encontra-se reformulada e demandou, por conseguinte, a necessidade de uma releitura do Direito Civil à luz da Constituição, isto porque não mais se concebe, aos operadores do Direito, trabalhar baseados em uma leitura formal dos institutos (propriedade, testamento, família, etc.) fulcrada em visão estreitamente codificada, mas entendê-los à luz de um ordenamento constitucionalizado em que a Constituição é a justificação última da norma ordinária que com ela deve se harmonizar.

Consequência direta de tal progresso evolutivo é a irradiação desses influxos aos demais institutos do Direito Privado, notadamente, a família que não passou ao largo às mudanças, eis que precisava acompanhar o contínuo caminhar das sociedades nas quais se encontram inseridas.

¹⁹³CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. *in* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo.(org.) Direitos da família e do menor. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 22.

CAPÍTULO IV- RELACIONAMENTOS FAMILIARES EM TEMPOS DE MODERNIDADE: AUTONOMIA DA VONTADE E AFETIVIDADE, UMA NOVA SEMÂNTICA PARA A FAMÍLIA.

Falar em elemento institucional é pensar em Estado e em sua pujante presença na vida humana. Com o surgimento da sociedade civil, o nascimento do Estado se tornou uma consequência inevitável, como corpo político responsável pela manutenção e proteção do homem. *“Historicamente, é muito provável que o surgimento da Cidade-Estado e do domínio público tenha ocorrido à custa do domínio privado da família e do lar”*¹⁹⁴

Não obstante isso, a verdade é que consciente da vida em sociedade e de sua condição ínsita a existência humana, a antiga padronização que regravava a companhia natural íntima do lar e as vontades meramente biológicas e domésticas necessitavam ser reformuladas e aprimoradas em prol de uma ordem social desejável.

O Estado então surge a partir dessa necessidade humana pela criação de um ambiente que lhe permitisse o seu desenvolvimento existencial. A partir daí, o comportamento humano, inevitavelmente, se molda às estratégias estabelecidas por normas de conduta que regraram os comportamentos individuais em uma sociedade mais ampla e recrudescida.

Essa condição irresistível de organizar e acomodar as vontades do homem à vontade maior institucional, de tomar decisões em nome da coletividade e impor padrões comportamentais para a prática de tarefas sociais se arrastaram ao longo do curso histórico - cada uma ao seu tempo, sofreram diversas ressignificações - e compreende justamente no poder institucionalizado.

No mundo moderno, a inspiração para esse efetivo poder de institucionalização se concretiza com a socialização, ou seja, a junção de

¹⁹⁴ ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução: Roberto Raposo; revisão técnica: Adriano Correia, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 35;

diversas e distintas vontades revela que “*em seus membros, a existência de uma consciência comum que lhes sela a participação no grupo*”.¹⁹⁵

Nesse diapasão, Burdeau¹⁹⁶ assevera que,

Só há sociedade política quando, à sociabilidade, grupamento instintivo nascido da necessidade, sobrepõe-se uma associação fundamentada pela consciência de sua razão de ser e pela representação de seu objetivo. Esse consenso que unifica o grupo procede no início, da aceitação de um estado de fato, mas ele se enriquece com a imagem de um futuro em que a coletividade ficará mais viva, mais sólida, e, se possível, mais feliz. A consciência social que se forma a partir de uma constatação se ordena ao redor de um projeto.

Consoante se vê, há certo incentivo à consciência humana a respeito da necessidade de um instituto maior capaz de gerenciar e organizar as vontades individuais, acomodá-las e balizá-las como padrões comportamentais e efetivamente cumpri-las comum desejo social mais organizado.

Além disso, para Burdeau,¹⁹⁷ esse poder de organização consiste em uma espécie de energia ou força proveniente da comunhão de vontades individuais em favor de uma ordem social desejável, com o escopo de assegurar a “*perenidade do grupo, a conduzi-lo na busca do que ele considera seu bem e capaz, se necessário, de impor aos membros a atitude exigida por essa busca*”¹⁹⁸.

Em uma linguagem simplista, podemos assim dizer, que a acepção de *poder* está atrelada à noção de instituição, o que significa dizer que consiste na possibilidade de exigir de outrem um comportamento que espontaneamente poderia não ser por ele prestado, perceptível em diversos territórios da vida humana, por exemplo, as normas que institucionalizam a família, o colégio, a Igreja, o trabalho, etc.

¹⁹⁵BURDEAU, Georges. O Estado, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 04.

¹⁹⁶BURDEAU, Georges. Ob cit., p. 04.

¹⁹⁷Burdeau desenvolve seu pensamento na ideia de Direito como fonte de legitimação das regras ou normas de condutas que haverão de gerenciar a vida do homem em sociedade, a que ele reconheceu de Regras de Direito, cuja aplicação efetiva depende da correta utilização do poder político, daí seu caráter instrumental, na medida em que a edição das leis, e a sua consequente execução pelo corpo político, dependerá do que é aceito como válido pelo grupo e implementadas pela força e coação do poder político a ele inerente.

¹⁹⁸BURDEAU, Georges. Ob cit., p. 05.

Nesse viés, aferimos a existência de dois elementos característicos que abraçam a ideia de poder-instituição, que embora se achem diametralmente opostos se complementam em busca de um perfeito equilíbrio: a imposição e a obediência¹⁹⁹.

Dessa forma, podemos perceber que ao longo do tempo para a conservação da ordem social o homem dotou um poder institucionalizado, eivado de comandos ou regras, responsável pelo gerenciamento das vontades individuais e imbuído de um caráter impositivo capaz de sobrelevar-se sobre todos os interesses particulares viventes na sociedade.

Na verdade, percebemos que o homem nunca agiu simplesmente sozinho tampouco a sua vontade prevalecia sobre as regras, ora emanadas pelos costumes, tradições, crenças religiosas, Estado, etc. Ao contrário, não havia nada no homem que fosse plenamente independente, mesmo porque, como dito alhures, todas as regras perpetradas reforçavam os vínculos sociais da instituição família, uma vez que não havia qualquer aspiração que levasse à subjetividade humana.²⁰⁰

Nessa esteira, é importante ter em mente que a vontade geral não sintetizava pura e simplesmente a reunião de todas as vontades individuais, mas é ele o retrato da maioria. Além disso, ainda que os interesses pessoais fossem refratários ao comando geral, o homem estava obrigado a aceitá-lo em razão justamente da imperatividade proveniente na máxima de alcançar a organização social.

Sendo assim, por carregar em si o poder à ideia de submissão de um à vontade de outro, o poder institucionalizado plasmou valores, ideias, sentimentos, objetivos, enfim a essência daquilo que a sociedade erigiu como pilares inexoráveis de sua estrutura social, cultural, política, econômica...

Ante esse panorama, não podemos olvidar que a partir do momento em que concordamos com a existência desses comandos estruturantes e os

¹⁹⁹ *“Tratando o poder como um elemento à parte, distinto da soberania, é preciso então caracterizar o poder do Estado. Demonstrando em que ele difere dos demais poderes. Essa tarefa foi empreendida por JELLINEK, que dá como nota característica e diferenciadora a dominação, peculiar ao poder estatal.... Dominar significa mandar de um modo incondicionado e poder exercer a coação para que se cumpram as ordens dadas” - in - DALLARI. Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado, 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111.*

²⁰⁰ Salienta-se que nessa primária quadra história a noção de “liberdade” traduzia significado que se tem nos moldes aferidos hodiernamente.

aceitamos, agimos de acordo com esses mecanismos padronizados, o que nos permite dizer, por consequência, que tais regras são capazes de acumular tradições que, não obstante o processo de desenvolvimento, perpassam de geração em geração.

A ideia de institucionalização de regras sobre o viver do homem em sociedade consubstanciada a capacidade de impor, gerenciar e disciplinar os interesses humanos atravessou o tempo e, não diferente, abarcou a família e os relacionamentos interpessoais familiares.

Em outras palavras, o reconhecimento do caráter institucional incidiu em seara tão íntima, como a sexualidade, o que também foi ventilado em *Las teorías de Foucault sobre la sexualidad*²⁰¹,

En la Historia cie la sexualidad, Foucault ataca lo que - con una frase celebrada - llama "la hipótesis represiva". De acuerdo con esta opinión, las instituciones modernas nos obligan a pagar un precio – la represión creciente - por los beneficios que ofrecen. La civilización implica disciplina, y la disciplina implica control de los mecanismos internos. Control que para ser eficaz debe ser interno. Quien disse modernidad dice súper-ego. El mismo Foucault parece haber aceptado una visión semejante en sus primeros escritos, y veía la vida social moderna como intrínsecamente limitada por el surgimiento del "poder disciplinario", característico de la prisión y del asilo, y también de otras organizaciones, como las "firmas de negocios", escuelas u hospitales. El "poder disciplinar" produce "cuerpos dóciles", controlados y regulados em sus actividades e incapaces de actuar espontáneamente a impulsos del deseo. El poder aparecía aquí como una fuerza constringente. Aunque - como Foucault vino a apreciar—, el poder es un fenómeno de movilización, no un factor que establece límites y que nesestán sometidos al poder disciplinario no tien en necesariamente relaciones de docilidad hacia el mismo.

Assim, no último quartel do século XVIII, uma nova compreensão de modelo institucional emergiu, ao abandonara ideia de poder individualizado na pessoa do governante, -Pátrio poder, Igreja, Reis. As modificações ocorreram, cada uma ao seu tempo, para a nova visão reestruturada de um poder institucionalizado e centrado sob a responsabilidade de um ente abstrato, cujas atividades estariam reguladas e controladas, como uma organização política

²⁰¹GIDDENS. Anthony. *La transformación de la intimidad: Sexualidad, amor y erotismo em las sociedades modernas*. Segunda edición. Cátedra, Traducción Benito Herrero Amaro, p. 14.

interlocutora e garantidora de postulados, valores e ideais que impulsionariam o homem a viver em uma sociedade mais livre, fraterna e igual.²⁰²

Era o começo do sentimento de reconstrução do alicerce institucional, cuja edificação assentava como pedra angular novos valores e conceitos de acordo com a mobilidade social da época, contudo, para outros, representava o prenúncio do *“fim de uma era em que a forma pela qual o Estado tratava os seus assuntos como problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.”*²⁰³

E esse passo perpassa inexoravelmente pela reestruturação da ideia de soberania do Estado, que acabou por ceder espaço à concretização dos direitos fundamentais humanos, que passaram a ganhar certo relevo com o movimento constitucionalizante.²⁰⁴

Desse movimento, floresceu o ideal de que a ciência política cuidou de chamar de Constitucionalismo²⁰⁵, cujo nome sustenta a existência de uma Lei Máxima, como documento que tem por escopo traduzir a vontade e os anseios do homem, e, por esse motivo, ocuparia um lugar de destaque no ordenamento jurídico de uma nação.

²⁰² Durante a idade média, período de penumbra democrática, assistimos os primeiros passos de uma estrutura repersonalizada estatal com o advento da Magna Carta de 1215, ao garantir formalmente o princípio da primazia da lei. A guisa de exemplificação se enumera os principais documentos históricos que precederam e plantaram o sentimento em prol da criação de mecanismos legais que disciplinaram a vida do homem em sociedade, assim como frearam e limitaram o arbítrio do Estado contra o cidadão: Revolução Americana, 1776; Revolução Francesa, 1789; Bill of Rights, 1689; Constituição da Confederação dos Estados Americanos, 1781.,

²⁰³ PIOVESAN. Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional- *in* - LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang, (coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Canotilho, São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (pt): Coimbra, 2009, p.. 299

²⁰⁴ *“A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostram falhas...No mais poder-se-ia afirmar, no fim do século XX, que o Estado pode tratar de seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na arena internacional” – in –* PIOVESAN. Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limondi, 1996, p. 141;

²⁰⁵ *“Todo o Estado que alcança a independência adota uma Constituição, toda revolução vitoriosa edita uma constituição e, ademais, num mesmo Estado se vem a adotar sucessivas Constituições apenas para adotar uma mudança política”- in-* FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais de direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 04.

Como fruto de um processo histórico e social, o movimento constitucionalista não se apresentou como experiência linear e uniforme, mas sim com diferentes manifestações, todas ocorridas em função das necessidades de cada tempo-espaço, porém com o escopo de se adaptar às realidades históricas, os objetivos e o ideal constitucionalista.²⁰⁶

Pouco a pouco, o papel conferido às Constituições passou a ser cada vez mais central no Ordenamento. A submissão das normas inferiores a uma espécie de critério de validade, sob o olhar atento e vigiado da Lei Maior implicou a reestruturação da realidade jurídica - Constitucionalização do Direito Privado-, cujo institutos típicos privatistas passaram a ser compreendidos em consonância com a Constituição, de modo a se constituírem instrumentos para a realização do bem-estar.

A família não passou ao largo de toda a essa transformação, pois assistiu e acompanhou de perto a um processo sem precedentes; de mudanças de valores, costumes, comportamentos e princípios de sorte que tais mudanças ensejaram intensa reorganização das relações interprivadas.

No Brasil, as primeiras Constituições muito pouco estatuíram acerca da família institucional, tampouco ventilaram comandos sobre os relacionamentos interpessoais familiares. Isto porque, naquele tempo histórico, a sociedade, fortemente conservadora, recebia dos dogmas católicos os comandos estruturantes que padronizavam a vida do homem dentro e fora do lar conjugal. Assim, mediante os “laços sagrados do matrimônio”, a família recebia o selo de oficialidade perante a sociedade.

Concomitantemente, o Código Civil de 1916 seguiu a receita posta no direito moderno, eis que constituiu expressão muito mais fiel à tradição jurídica lusitana do que o próprio Código Português, que não demorou muito para ceder aos ideais de modernidade trazidos pelas normas napoleônicas.

Nesse diapasão, a Legislação de 1916 tratou o sujeito de direito abstrata e formalmente; procurou proteger preponderantemente o direito patrimonial em detrimento do direito da pessoa humana; os direitos de

²⁰⁶Em que pese às diferenças constitucionais em diversos países, é possível, contudo, identificar um legado histórico comum que iriam plasmar as diferentes Constituições, por exemplo, Separação dos Poderes; Garantia dos direitos fundamentais, a ideia de Poder Constituinte, Supremacia Constitucional, demarcação entre a Sociedade civil e o Estado.

igualdade e de liberdade eram meramente formais; desenhou um modelo de família, considerando os valores e costumes da época, como uma unidade de produção patrimonial e de reprodução humana, de modo que o escopo basilar da família era tão só a concentração de bens para posterior transmissão aos herdeiros.

Isso tudo se concretizava com os sagrados laços do matrimônio. Aliás, só o casamento dos pais, entre homem e mulher, construía a verdadeira família e, por conseguinte, conferia aos filhos o “rótulo” de legítimos.

Com efeito, podemos perceber que as regras legais refletiam a realidade política, cultural, social, religiosa e econômica notadamente conservadora, o que nos permita extrair um perfil de família: matrimonializada, elitista, tradicional, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada, heterossexual e institucional.

Dentro desse cenário, o Direito Civil recebeu os influxos dessas concepções jurídicas e institucionalizou regras positivadas que moldavam a realidade social.

Em outras linhas, o sagrado casamento era a única forma de se constituir a família legítima; dentro de um sistema fechado que não permitia sequer o ensaio dos primeiros passos para uma possível normatização das relações paramatrimoniais visivelmente existentes e cegamente injustiçadas. Com isso, a legislação oitocentista calou-se e deixou de acomodar, em nome da moral e dos bons costumes, as relações concubinárias, os filhos ilegítimos ou impuros, a dissolução do casamento, a isonomia entre o casal, etc.

No entanto, a corriqueira convivência com tais famílias até então não legitimadas - reconstituídas, recompostas, concubinárias, homoafetivas -; as queixas generalizadas; o respeito paulatino da subjetividade e afetividade e, por conseguinte, a crescente corrida às portas do Judiciário em busca de Justiça pressionou, de certa forma, o legislador constituinte a uma imperiosa mudança legislativa, marcada pelo positivismo-normativo.²⁰⁷

²⁰⁷ Com o passar do tempo, algumas leis infraconstitucionais abrandaram o formalismo rigoroso do Código de 1916 e procuraram atender o clamor da sociedade. Por exemplo: “o *Estatuto da Mulher Casada* (Lei n. 4121, de 1964), a *Lei do Divórcio* (Lei n. 6.515, de 1977), *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei n. 8069, de 1990) e as leis que admitiam o reconhecimento da união estável (nº 8971, de 1994 e nº 9278, de 1996)” - in - CALDERÓN. Ricardo Lucas, Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 233.

O século XX, precisamente a partir dos anos 70, representa justamente o apogeu deste momento, com a juventude ampliando suas fronteiras de sexualidade e experimentando outras formas de afeto à que se limitavam as gerações de seus pais. A princípio, a celebração dos novos arranjos afetivos exerceu um fascínio libertador do homem que experimentou viver na clandestinidade da lei, no que se refere às normas privatistas de família.

Os “ganhos” desta liberdade e da exacerbada autonomia construído em bases modernizadoras foram experimentados primeiramente na vida real e depois buscaram transportar-se para o mundo jurídico. Aqui sofrendo dois fenômenos aparentemente desconcertantes, mas que acabam por convergir a um modelo institucionalista com remodelação.

De um lado, as realidades sociais dos modelos de afetividades que se consagraram dos “experimentos” comportamentais daquela geração *“Love and Peace”* que enfrentaram os marcos legais oitocentistas como verdadeiros obstáculos à felicidade. Na verdade, combateu-se mundo a fora as liberdades civis não só na política, mas também nos contornos das relações privadas interpessoais havidas nas relações afetivas.

Os movimentos sociais das mais diversas bandeiras lutaram na seara política – e muitas vezes em combates de rua – para a derrubada destes grilhões normativos, buscando o reconhecimento de seus novos arranjos familiares como fenômenos antropológicos legítimos que deviam ser incorporados ao arcabouço institucional do Estado desde as normas legais até o cume jurídico do texto constitucional.

A ausência de celeridade normativa, ou melhor, o descompasso entre a legislação positivada e a fugacidade das relações familiares abre espaço para a ocorrência de constrangimentos impostos pela vida em sociedade que arrastam consigo a criação de alargados espaços de liberdade, nos quais a aceção de liberdade e afetividade se apresentavam sob novas configurações. *“O tempo do social conduziu à era da liberdade, e esta alterou a semântica do amor e do casamento”.*²⁰⁸

²⁰⁸FERNANDES. Antônio Teixeira. Dinâmicas familiares no mundo atual: harmonias e conflitos. Faculdade de Letras da Universidade do Porto, p. 1153.

Aí que os movimentos aparentemente paradoxais de derrubada de instituições antiquadas que não mais refletiam as realidades nos lares da sociedade brasileira e mundial ansiavam, não pelo desaparecimento institucional cancelado pelo próprio Estado, mas pela ressignificação dos modelos pretéritos por novos modelos que voltam a ter sentido somente quando entendidos dentro do próprio Estado.

Para aqueles que lutaram para que estas mudanças ocorressem ficou claro que não se combatia o próprio Estado enquanto modelo multissecular de organização social. Mas, justamente, se buscava que aquele novo estereótipo fosse aceito e viesse a ser abrigado sob o manto protetor do Estado.

Exatamente aquela superestrutura estatal, entendida em uma primeira e superficial aproximação do problema como o mal a ser combatido, era o objetivo final a ser alcançado. Pois, logo se percebeu que os “novos direitos” só seriam realmente respeitados se o Estado dispensasse a eles todos os mecanismos de proteção e defesa de que dispõe.

Dentro deste cenário, a Constituição Federal de 1988 emergiu como documento responsável por gerir a configuração política do país, competindo-lhe a tradução em seu texto da organização jurídica fundamental da nação, determinando as perspectivas básicas a serem alcançadas pelo novo sistema político, econômico e jurídico.

A partir de então, a Constituição assume a feição de farol a iluminar e, principalmente, a determinar uma reformulada postura legislativa e judicial das diversas normas que permeiam no cenário jurídico.

Nesse novo papel, é preciso re-confeccionar a visão do texto constitucional, já que precisa ela viger com plenitude e vigor sobre as diversas searas do Direito. Portanto, sobreleva considerarmos que o texto constitucional se apresenta como verdadeira *carta de princípios*, eis que trouxe consigo feixe de princípios que humanizaram as relações interpessoais.

Aliás, ressaltamos, sem receio, que foi a mais humana de todas as Constituições pátrias, ao dignificar o cidadão atribuindo-lhe verdadeiros direitos humanos [Dignidade da Pessoa Humana – Princípio vetor da República Federativa do Brasil], e, os demais princípios da Solidariedade, Afetividade, Igualdade, Liberdade que influenciaram profundamente a família.

Nesse diapasão, invocamos os ensinamentos de Gustavo Tepedino²⁰⁹,

Portanto, as relações jurídicas de Direito Privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em proteção da dignidade, princípio capaz de formar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana.

Isso porque com a visão democrática constitucional do Estado carregada pela Constituição Federal de 1988, plasmou, em seu seio, a necessária obediência aos mandamentos veiculados por ela, Lei Maior, de modo que as visualizações meramente privatistas da antiga legislação civilista deixaram de lado o patrimonialismo exacerbado para adquirir a concepção de respeito à pessoa humana com aspirações voltadas para a subjetividade, pelo qual se permitiu ao homem amplas possibilidades de realizações de seus interesses.

Nessa esteira, tão só a título de ilustração, impende fazer uma breve síntese da noção de família abraçada nas antigas Constituições, ressaltando, desde logo, que, durante todo esse período, as constituições pátrias elegeram o casamento como a única forma legítima de constituição de família, e, a .

1- Constituição de 1937: "*Art.124. **A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. As famílias serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos***"

2- Constituição de 1946: Art. 163. **A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel** e terá direito à proteção especial do Estado.

3- Constituição de 1967: Art. 167. **A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

4- Emenda Constitucional 1/1969. **A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

5- Constituição de 1988: Art. 226. **A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.**

(Destaque apostro)

Como se vê, a Constituição Federal em vigor não previu, como ocorreu com as Constituições anteriores, qualquer vinculação do conceito de família ao

²⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento - in - CONRADO, Marcelo (Org.) Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 45.

casamento. Ao contrário, a Lei Maior redimensionou a concepção de família, eis que, ainda que de forma tímida, abraçou exemplificadamente outras formas de família: a União Estável e a família formada por qualquer dos pais e seus filhos, denominada de Monoparental.²¹⁰ Esse alargamento do conceito de família demonstra que, na verdade, não houve limitação nas famílias esposadas pelo constituinte tampouco qualquer hierarquia sobre elas, mas, uma reestruturação de seus alicerces justamente para moldar-se à realidade sociocultural e apagar o clamor da sociedade.

Toda essa reestruturação principiológica que perpassa o conceito de família acabou por produzir um momento de instabilidade conceitual, sobretudo, com a sociedade tateando e reajustando os novos conceitos de liberdade, autonomia que ganham com a superação das amarras da sacralidade do matrimônio.

A modernidade, neste sentido, é muito mais tradicional do que se possa pensar. E, o casamento um dos seus institutos mais modernos.

Porém, por mais fascinante que seus argumentos possam ser, nos parece que não passam de contradições, pois, no exato momento em que se grita por um elemento norteador das relações familiares eivado de liberdade, autonomia ou afeto, em um contrafluxo, tais preceitos necessitam serem institucionalizados.

Nessa esteira, foi o entendimento esposado no voto do Ministro Gilmar Mendes, ao julgar a ADPF n. 132-RJ:

A falta de um modelo institucional que abrigue essa opção, que permita essa institucionalização acaba limitando ou acaba contribuindo para as restrições para o quadro de discriminação.

Ademais, o fundamento principal da divergência é que os ganhos dessa subjetividade liberdade repercutiram na desvalorização do casamento e

²¹⁰ “Os tipos de entidades familiares explicitados no art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades são tipos implícitos incluídos no âmbito da abrangência do conceito amplo e indeterminado no caput. Como todo conceito indeterminado depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade” - in - LÔBO. Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Revista brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 03, n. 12, IBDFAM, jan /mar. 2002.

da própria família levada ao extremo de um projeto individualista de organizar-se em torno, exclusivamente, do interesse próprio.

Entretanto, não há que se falar em modelo único de família, pois aquela unidade modelar de homem e mulher com filhos havidos dentro do próprio casamento, teria se reformulado. Essa liquidez conceitual permitiria a formação de tantas famílias quanto necessárias para atender projetos egoísticos de cada indivíduo gerando uma anomia normativa diante da inutilidade conceitual da previsão jurídica da família.

A perda da estabilidade conceitual da família levaria a esta perda de conexão da ideia de sociedade. Certo nível de anarquia conceitual deixaria aparente que as representações institucionais de outrora não conseguiriam reproduzir os múltiplos arranjos que os indivíduos organizariam conforme seus próprios interesses.

Ocorre que, mesmo adotando esta forma de raciocínio, o que se viu é que esta desorganização representou senão o ponto da curva entre o passado e o presente, o grau máximo de combatividade entre os anseios por liberdade afetiva e os padrões oitocentistas. No entanto, onde a divergência ocupou seu grau máximo e onde a desorganização pareceu ser a realidade; é exatamente onde os vencedores do embate buscaram preservar suas vitórias político-sociais sob o manto da legitimidade institucional do Estado.

Não houve uma proteção jurídica estatal, mas a busca de um novo ponto de convergência institucional que captasse os novos arranjos familiares e os ordenasse segundo novas regras para, a partir de então, formar novas tradições e cristalizar-se como o modelo institucional constitucionalizado que deva ser respeitado.

A convergência de horizontes de significação representa a percepção hermenêutica que não há propriamente um retorno ao passado, mas uma remodelação dos comandos estruturantes da sociedade para permitir que este desequilíbrio primário possa ser estabilizado mais a frente. É claro que no percurso, a sensação nauseante de perda de referenciais é mais presente do que o porto seguro da tradição que se combate. A insegurança da desorganização prediz que se está fadado ao caos social com perda de conexões entre os conjuntos sociais.

Porém, este parece ser o ponto, de difícil identificação de fato, no qual a convergência organizativa parece ser mais ansiada. No auge do descomando, o medo do retorno ao passado faz com que se busquem preservar as vitórias com os mesmos mecanismos institucionalizadores que foram fortemente combatidos. E o Estado considerado inimigo, passa a ser um aliado importante.

O que se vê hoje é justamente esta ressignificação das instituições que reforçam o papel do Estado como vetor de unificação social ainda que em novas bases afetivas, solidárias, dignas.

O marco referencial do trabalho reforça esta leitura, na qual a Corte Constitucional reconhece que tais modificações dos relacionamentos familiares deflagraram mudanças tanto conceituais quanto normativas que ensejaram a necessidade de que o reconhecimento social fosse chancelado pelo carimbo da constitucionalidade.

Aqui a manifestação jurisprudencial é lapidar ao indicar que a aceitação pelo Estado tem como consequência principal que os mecanismos estatais tanto legislativos quanto administrativos devam exercer seu papel protetivo sobre estas conquistas que acabam por incorporar-se como novos institutos do Estado.

Nesse ponto, a Ministra Carmem Lúcia, ao citar José Afonso da Silva, em seu voto na ADPF n. 132-RJ²¹¹, reconhece que,

A realidade é causadora de representações jurídicas que, até um certo momento, permanecem à margem do ordenamento jurídico formal; mas a **pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, que vai aceitando situações antes repudiadas, até o momento em que o legislador as disciplina, exatamente para contê-las no campo do controle social.** A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na sequência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do **direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro, constituindo uma instituição que tenha dignidade jurídica,** garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual. (destaque apostro)

²¹¹ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132- Rio de Janeiro. STF, Relator: Ministro Ayres Britto; Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro e outros. 05.05.2011, p. 95.

Em sendo assim, percebemos que a institucionalização é o ponto de partida e de retorno deste processo evolutivo que com novas bases faz a roda da História girar ressignificando velhos conceitos por novos que mais adiante provavelmente terão sua natureza novamente questionada, isto é, bem similar ao velho dito popular: *“Quando a gente pensa que sabe todas as respostas, a vida muda as perguntas”*.

De qualquer forma, os mecanismos de ação sempre estarão presentes no questionamento das realidades sociais que, mesmo institucionalizadas, deverão passar por um “teste” cotidiano da significação reflexiva aos desejos sociais. Neles se avaliarão a capacidade de resposta às necessidades da comunidade que demandarão novas ressignificações diante de um horizonte grandioso.

Assim, a institucionalização não engessa os conceitos de vida em sociedade porque, de qualquer modo, eles se apresentam vivos e dinâmicos. Ao contrário, ela permite a defesa contra o retrocesso social, mas também se abre e se ressignifica permitindo que a altivez da defesa constitucional da dignidade da pessoa humana possa ser tomada como verdadeira.

A função institucionalizadora, neste ponto, concilia-se em uma dupla dimensão de abertura da significação conceitual e da proteção dos consensos já formados. Mostrando-se em uma duplicidade que contribui para a harmonia dinâmica do convívio social, exatamente nos contornos da convergência de horizontes apontados por Gadamer.

Novas gerações assim serão formadas na segurança da institucionalização de conceitos que lhes formaram as bases sociais de seus primeiros anos de vida. Ainda que percebam mais tarde, também lhes permitirá questionar tais significantes e dar-lhes novas dimensões conceituais. Horizonte protetivo e sempre almejado que, não obstante, também é a figura poética de uma paisagem constante, mas sempre permeada pela modificação.

V- CONCLUSÃO

Na evolução natural dos processos históricos é comum que os institutos sofram transformações conceituais ao longo do tempo de modo a melhor se adaptar às circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas de uma determinada sociedade.

Todas essas mutações carregaram consigo mudanças no cenário jurídico que fizeram emergir uma nova forma de pensar, eivada de caracteres instáveis, complexos e plúrimos, que propiciaram a rediscussão das formas de manifestação do Direito, a releitura de diversas categorias jurídicas, a democratização da vida privada, demarcando novos horizontes na vida do homem, sobretudo, nas relações interpessoais e familiares.

E, como as famílias refletem as sociedades que lhe compõe, o núcleo familiar não passou ao largo de toda essa transformação. Inevitavelmente, sofreu e protagonizou as influências de inúmeros e diversos movimentos que produziram consideráveis mudanças nas suas estruturas.

Isto significa dizer que o perfil de entidade familiar adotado, nos diversos tempos histórico-sociais, não era estático, ao contrário, a todo processo social em transição acabava por respingar todo o seu formato no modelo familiar do momento, o que desencadeou uma diversidade de significados no mesmo significante, a família.

De modo que, hoje, o discurso sobre a família traduz bem o dinamismo do fenômeno de evolução conceitual, podemos dizer assim. Isto significa dizer que a família ou encontra-se em uma fase experimental na qual procura adaptar-se a uma pluralidade diversa de mudanças tal como ocorreu no curso histórico, ou se reflete uma verdadeira crise de valores consubstanciada a uma instabilidade conceitual e até mesmo um processo difuso de desinstitucionalização, dentro da assertiva de que o *“mundo moderno passou de uma concepção orgânica da sociedade a uma concepção individualista”*.²¹²

²¹²FERNANDES. Antônio Teixeira. Dinâmicas familiares no mundo atual: harmonias e conflitos. Faculdade de Letras da Universidade do Porto, p. 1150.

Partindo dessa premissa, emergiram as indagações de nosso estudo: a evolução semântica do conceito de família teve a sua gênese na modernidade com o processo de secularização e a ascensão ideologia dos direitos individuais? Com as transformações paradigmáticas, ainda vivemos nos limites do modelo institucional de família? Existe algum vínculo que nos possibilite ligar a família institucional ao conceito de família contemporânea?

Porém, a pergunta a ser respondida é se a liquidez de valores contemporâneos com enfrentamento conceitual sobre a família tradicional construída ao longo do oitocentismo pode ainda ser comparável àquele instituto civilístico, privatista, patrimonialista.

A aproximação descuidada e superficial dos movimentos sociais que produziram, pelo menos em termos brasileiros desde a Constituição brasileira de 1988, mudanças principiológicas e de essencial humana no entendimento da família como núcleo da vida do indivíduo parecem projetar uma refundação conceitual.

Neste contexto, a família de então fincava seus fundamentos no matrimônio entre homem e mulher para a geração de uma prole havida única e exclusivamente dentro do casamento. Qualquer elemento familiar que escapasse deste padrão fixo e imutável era tratado como párea social sobre o qual o direito não regulava nem conferia qualquer tipo de proteção legal.

Se a fortaleza do “sistema” então vigente sofreu uma revolução conceitual tão forte com ampliação da sua abrangência cognitiva para além do que se podia imaginar na redação do Código Civil de 1916. Se sobre uma cama de valores de hierarquia constitucional, deitou-se uma família completamente reestruturada que incorpora os filhos sejam eles gerados fora ou dentro do casamento, não como produtos de uma relação matrimonial, mas como seres humanos produzidos em uma relação afetiva, por mais fugaz que possa ter sido. Então, não se estaria falando de outro e diverso conceito a inclinar o interprete à desinstitucionalização da família?

A secularização da sociedade contemporânea e a ascensão de valores individuais decorrentes do liberalismo capitalista que promoveram esse desatar dos nós tradicionais do matrimônio oferecem condições suficientes para a indicação de uma transformação paradigmática de tamanho suficiente a

substituição completa do conceito então vigente, ao ponto de não se falar mais de família ou de matrimônio.

A leitura não é, reconhecemos, de todo descuidada ante a torrente de modificações que a antena do indivíduo percebe no contexto de sua vida nos últimos tempos. De fato, os laços conceituais aparentam uma liquidez semântica que abarca e, principalmente, abraça na sua boa-vontade humana todos os possíveis arranjos familiares. A percepção contemporânea é do tipo não excludente, não questionadora das opções familiares de cada indivíduo.

Porém, esta percepção de horizonte semântico traz uma insegurança, característica dos momentos de reformulação de valores sociais que foi primeiramente percebida justamente por aqueles grupos sociais que buscaram a mudança.

Isso é facilmente perceptível pelos movimentos sociais de direitos individuais que ao mesmo tempo em que reivindicam a mudança de parâmetro, demandavam o reconhecimento estatal dos novos arranjos, ansiando pela chancela estatal sobre seus novos modos de viver. E porquê?

Porque reconhecem no Estado o ente catalisador e organizador da vida social e que é a única criação do homem que, a par de suas modificações ao longo da história, continua sempre presente como uma constante diretiva institucional da vida humana em sociedade.

A incorporação dos novos modelos de família no seio jurídico do Estado representa, desta maneira, a proteção legítima e essencial das novas famílias. O processo representa um ponto de desequilíbrio momentâneo que busca instantaneamente reequilibrar-se.

As manifestações da Corte Constitucional brasileira aqui estudadas apontam exatamente neste sentido. Nelas se pode perceber que o feixe principiológico representou a porta de entrada constitucional para que as novas dinâmicas sociais fossem recepcionadas e absorvidas como legítimas no Estado brasileiro passando, doravante, a receber a proteção jurídica para que as mudanças de outrora possam representar a segurança protetiva da legislação formal.

Se, de início, o processo parece ser contraditório, o exame mais detido da questão não deixa de mostrar sua singularidade lógica porque os

contestadores do passado travaram grandes batalhas contra o *status quo* não porque se projetaram contra a existência do próprio Estado, mas contra aquelas concepções então vigente. Mas ao alcançarem a vitória da reformulação valorativa da família, buscam sedimentá-la nos mesmos alicerces estatais que haviam combatido porque consideram sua importância institucional.

Sob o olhar doutrinário de Gadamer, o movimento pode ser explicado pela perspectiva do encontro de horizontes conceituais, no qual o passado e o presente se encontram dentro da diversidade conceitual, mas mantendo em comum o mesmo caráter institucional, contudo, ressignificado. Assim, não se pode considerar que tenha havido uma perda do elemento institucional da família porque ele ainda está presente da multiplicidade familiar contemporânea. A ressignificação da família não tem o condão de modificar o arquétipo funcional do Estado, muito pelo contrário ela reforça a premissa gadameriana.

De qualquer sorte, é defeso pensar que essas consequências do homem acerca de seus “novos” direitos provocaram um abandono daqueles outros que já haviam sido consagrados em tempos passados tampouco que exista uma linha demarcatória a instituir a separação ou qualquer rompimento de paradigmas. Ao contrário, *“seja para o florescimento ou para o fenecimento individual, não se apaga a influência que teve a família na formação da pessoa humana”*.²¹³

Assim sendo, o que percebemos é que a família contemporânea possui outras funções e diferentes características, mas segue persistindo como importante agrupamento de pessoas jungidas, hoje, por um leque mais amplo e fortes laços consanguíneos, culturais, registrais, afetivos, com maior autonomia, mas ainda regulados por instituições.

²¹³ DE MORAES, Maria Celina Bodin. A nova família, de novo: estruturas e função das famílias contemporâneas. - *in* - Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, vol. 18, n. 02, Universidade de Fortaleza, 2013, p. 623.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. Rio de Janeiro: Forense, v. 02, 2003;

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira [org.]. O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003;

ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução: Roberto Raposo; revisão técnica: Adriano Correia, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014;

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) - *in* - Temas de Direito Constitucional, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedade. Por uma teoria general de la política. Traducción de José F. Fernández Santillán. Fondo de Cultura Económica México. 1985;

BONFANTE, Pietro. Storia del diritto romano. Milano: Società Editrice Libreria, 1923 *apud* MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. São Paulo: Editora Atlas, 2010;

CALDERÓN, Ricardo Lucas, Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013;

BURDEAU, Georges. O Estado, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005;

CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. - *in* - TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.) Direitos da família e do menor. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993;

CHIUSI, Tiziana. A dimensão abrangente do direito privado romano *in* MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Almedina. 2007;

COMPARATO. Fábio Konder. FILHO. Calixto Salomão. O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga, tradução Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

DALLARI, Dalmo de Abreu, Elementos de teoria geral de Estado, 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2007;

DANTAS. Francisco Clementino de San Tiago. Direito de família e das sucessões. rev. e atual por José Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991;

DE MORAES, Maria Celina Bodin. A nova família, de novo: estruturas e função das famílias contemporâneas. - *in* - Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, vol. 18, n. 02, Universidade de Fortaleza, 2013;

DIAS, Jean Carlos, KLAUTAU FILHO, Paulo. Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade, Rio de Janeiro: Forense, 2009;

DOS SANTOS. Severino Augusto. *Iustae nuptiae* e o direito civil brasileiro atual: definições, características, requisitos e extinção - *in* - MALCHER MEIRA. André Augusto (org.). Anais do XII Congresso Internacional YXVI Congresso Iberoamericano de derecho romano. O direito de família, de Roma à atualidade, em homenagem a Silvio Meira e Agerson Tabosa Pinto, Belém -PA, 2011;

DOSTAL, Robert J. The cambridge companion to Gadamer. Cambridge University Press, 2002;

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e o estado. Tradução: Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002, p. 58 – *apud* – CALDERÓN, Ricardo Lucas, Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013;

FACHIN. Luiz Edson. Família. Dicionário de filosofia de direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

_____. Em defesa da constituição prospectiva e a nova metódica crítica do direito civil e suas constitucionalizações – *in* – Questões do Direito Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

_____. Teoria crítica do direito civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

FERNANDES. Antônio Teixeira. Dinâmicas familiares no mundo atual: harmonias e conflitos. Faculdade de Letras da Universidade do Porto, p. 1153;

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais de direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009;

GADAMER, Hans- Georg. Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis- Rio de Janeiro: Vozes, 2012;

_____. Organizador Pierre Fruchon. O problema da consciência histórica; tradução Paulo Cesar Duque Estrada, 3º ed., Rio de Janeiro: editora FGV, 2006;

GIDDENS. Anthony. La transformación de la intimidad. Sexualidad, amor y erotismo em las sociedades modernas. Traducción: Benito Herrero Amaro. Segunda edición, Cátedra Teorema: Madrid, 1998;

GILISSEN. John. Introdução história do direito. 3. Edição. Serviço de educação e bolsas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001;

GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, vol. VII, 2013;

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000;

HUGO, Gustavo. *Historia del derecho romano. Traducida el aleman segun la sétima edicion por Jourdan DMP, revisada por F. Fougelet, Madrid, 1850;*

LAWN. Chris. Compreender Gadamer. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis - Rio de Janeiro: Vozes, 2011;

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Curso de Direito Romano. Brasília: Senado Federal, 2006;

LÔBO, Paulo. Famílias, São Paulo: Saraiva, 2008;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 24, p. 145, jun\ jul 2004;

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Revista brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 03, n. 12, IBDFAM, jan/ mar. 2002;

KONDER. Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. *In* Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, vol. 18, n. 02, Universidade de Fortaleza, 2013;

MAINE. Henry Sumner. *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. Introduction and notes by the Rr. Hon. Sir Frederick Pollock, Bart. London – in –Cornell law school library;*

_____.Las instituciones primitivas. Madrid: La Espana Moderna;

MALUF. Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. São Paulo: Editora Atlas, 2010;

_____. Direito das famílias: Amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012;

MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*. Paris: A. Durand; Pedone-Lauriel, 1891 *apud* MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. São Paulo: Editora Atlas, 2010;

MEIRA, Sílvio. Curso de direito romano: história e fontes. Ed. Fac. Sim. São Paulo: Ltr, 1996;

MENASCE. Giovanni Cattai de. *Persona e famiglia. Quader nidi iustitia*, v. 17, aos cuidados da União dos Juristas Católicos Italianos. Roma: *Editrice Giuffrè*, 1996, p. 23 - *apud* - AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de família. São Paulo: Atlas, 2013;

NOVO TESTAMENTO, Evangelho segundo São Mateus, 19.

OLIVEIRA FILHO. Bertoldo Mateus de. Direito de família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares. São Paulo: Atlas, 2011;

PEIXOTO, José Carlos de Matos. Curso de Direito Romano, ed. Renovar: Rio de Janeiro, 1997;

PETIT, Eugène. Tratado elementar de direito romano. Tradução: Jorge Luiz Custódio Porto. 1º ed. Russel Editora: Campinas-SP, 2003;

PINTO. Agerson Tabosa. Das justas núpcias ao casamento gay - *in* - MALCHER MEIRA. André Augusto (org.). Anais do XII Congresso Internacional YXVI Congresso Iberoamericano de derecho romano. O direito de família, de Roma à atualidade, em homenagem a Silvio Meira e Agerson Tabosa Pinto, Belém -PA, 2011;

PIOVESAN. Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional - *in* - LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang, (coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Canotilho, São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (pt): Coimbra, 2009;

_____. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limondi, 1996;

ROUDINESCO. Elisabeth. A família em desordem. Tradução: André Telles, Rio de Janeiro: Zahar, 2003;

SAN TIAGO DANTAS. Francisco Clementino de. Direito de família e das sucessões, Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991;

SARMENTO. Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

SCHIMIDT. Lawrence K. Hermenêutica. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis-Rio de Janeiro: Vozes, 2012;

SCHUPPERT e BUMKE, *Die konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, p. 18, *apud*, DA SILVA, Virgílio Afonso. A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre os particulares, 1º ed. São Paulo: Malheiros editores LTDA, 2008;

SIMÕES. Sandro Alex de Souza. Hermenêutica e interpretação ou do “destempo” e o tempo de Castorp, p.55, *in* DIAS, Jean Carlos, KLAUTAU FILHO, Paulo. Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade, Rio de Janeiro: Forense, 2009;

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise, 2ºed. Porto Alegre: Livraria do Advogado;

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

_____. Temas de direito civil, p. 328 - *in* - FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). Temas atuais de direito e processo de família, 1º série, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 24.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento - *in* - CONRADO, Marcelo (Org.) Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 45.

WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005.