

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Pedro Tunes Aleixo

DA CONCEPÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA COMO IDEIA DE JUSTIÇA NO
MUNDO CONTEMPORÂNEO

Belo Horizonte

2022

Pedro Tunes Aleixo

**DA CONCEPÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA COMO IDEIA DE JUSTIÇA NO
MUNDO CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado.

Linha de Pesquisa: Teoria da Justiça.

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

A366d Aleixo, Pedro Tunes
Da concepção do conceito de família como ideia de justiça no mundo contemporâneo [manuscrito] / Pedro Tunes Aleixo - 2022.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito - Filosofia - Teses. 2. Direitos fundamentais - Teses. 3. Família - Teses. 4. Justiça - Teses. I. Salgado, Ricardo Henrique Carvalho. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 340.12



FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. PEDRO TUNES ALEIXO

Aos vinte e quatro dias do mês de março de 2022, às 14h horas, na Sala Virtual da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Professor Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado (orientador do candidato/UFMG); Professor Dr. Marcelo Campos Galuppo (UFMG) e Professor Dr. José Carlos Henriques (UNIPAC), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do **Bel. PEDRO TUNES ALEIXO**, matrícula nº 2020652816, intitulada: "**DA CONCEPÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA COMO IDEIA DE JUSTIÇA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO**". Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador do candidato, Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: José Carlos Henriques e Ricardo Henrique Carvalho Salgado. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Professor Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado (orientador do candidato/UFMG)
Conceito:..... 100,0 (cem) *aprovado*

Professor Dr. Marcelo Campos Galuppo (UFMG)
Conceito:..... 100 (cem) *aprovado*

Professor Dr. José Carlos Henriques (UNIPAC)
Conceito:..... 100 (cem) *aprovado*

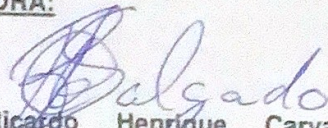


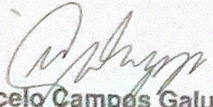
FACULDADE DE DIREITO

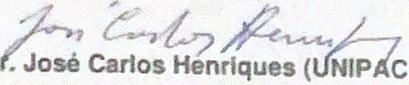
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

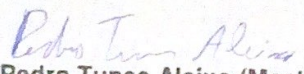
A Banca Examinadora considerou o candidato Pedro Tunes Aleixo, com a nota 100 (cem). Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Presidente da Mesa e Orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Priscila Campos Silva, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:


Professor Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado (orientador do candidato/UFMG)


Professor Dr. Marcelo Campos Galuppo (UFMG)


Professor Dr. José Carlos Henriques (UNIPAC)


- CIENTE: Pedro Tunes Aleixo (Mestrando)

AGRADECIMENTOS

Desafio tão grande quanto escrever essa dissertação foi utilizar apenas uma página para agradecer às pessoas que fizeram parte dessa trajetória.

Gostaria de agradecer, primeiramente, a Deus pelo suporte e fomento a resiliência nos momentos de dificuldades inerentes ao próprio trabalho de pesquisa.

Agradeço, de forma especial, o meu orientador Professor Doutor Ricardo Henrique Carvalho Salgado que me guiou, ensinou, depreendeu inestimável tempo e paciência no auxílio dos estudos. Agradeço, inclusive, as correções e sugestões feitas durante todo o trabalho, que foram de máxima valia para a lapidação do conteúdo e confecção dessa dissertação.

Agradeço e enalteço de forma distinta o Dr. Prof. Joaquim Carlos Salgado, fundador da teoria sobre os direitos fundamentais imprescindível para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço a todos os professores que fizeram parte desta jornada, em particular o Dr. Levindo Ramos, Dr. Daniel Carneiro, Dr. Gustavo Melo, Dr. Raphael Silva, Dr. José Luiz Borges Horta, Dr. Gabriel Gomes Grateki e também ao meu colega de Dr. João pelo compartilhamento nas etapas avançadas no curso.

Agradeço ao meu pai Pedro Aleixo Neto e minha mãe Cláudia Faria Tunes pelo suporte imensurável durante esses anos empenhados na confecção deste trabalho, sem a base familiar nada disso teria sido possível. Afinal, ao dissertar sobre o instituto família e sua importância vislumbrei o insubstituível valor que a deva ser atribuída. Portanto, na oportunidade agradeço a minha irmã, a Larissa e a Catherina pelo mesmo fundamento. Não poderia deixar de citar um agradecimento especial ao meu pai que me estimulou a todo o momento a inserção na vida acadêmica.

Por fim, sou grato a todos que de alguma forma, direta ou indiretamente, participaram da construção deste projeto.

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa sobre o instituto família na qual tem por objetivo verificar se a mudança na concepção do conceito de família impacta na aceção dos direitos fundamentais, e por conseguinte, na ideia de justiça contemporânea que busca fundamento na efetivação dos direitos fundamentais sob a ética da teoria do Dr. Salgado. Para tanto, torna-se necessária a feitura de um recorte histórico – cultural – social para elucidar sobre a temática do instituto família ao longo do tempo, bem como relacioná-la com as teorias filosóficas e sociais indexada às normas jurídicas vigentes à época e também as atuais que resguardam os direitos da família. O estudo é oriundo de pesquisas bibliográficas e normativas sobre os pontos abordados. Ao final da leitura será proporcionada ao leitor a reflexão detalhada sobre o instituto família e seu impacto na aceção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Família. Ideal de justiça. Normas jurídicas.

ABSTRACT

This is a research on the family institute in which it aims to verify whether the change in the conception of the concept of family impacts on the meaning of fundamental rights, and therefore, on the idea of contemporary justice that seeks to be based on the realization of fundamental rights under the ethics of Dr. Salgado's theory. To this end, it is necessary to make a historical – cultural – social perspective to elucidate the theme of the family institute over time, as well as to relate it to the philosophical and social theories indexed to the legal norms in force at the time and also the current ones that guard the rights of the family. The study comes from bibliographic and normative research on the points addressed. At the end of the reading, the reader will be given detailed reflection on the family institute and its impact on the meaning of fundamental rights.

Keywords: Fundamental Rights. Family. Ideal of justice. Legal rules.

Em memória do ex-Presidente do Brasil, Dr. Pedro Aleixo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITO E REALIDADE.....	11
1.1 O Fenômeno Jurídico: sobre a ancestralidade greco-romana.....	11
1.2 A Realidade Normativa	14
1.3 Da Abordagem Avalorativa.....	166
1.4 O Direito na Chegada do Século XX	19
2 O DESENHO HISTÓRICO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR	233
2.1 O Santuário Doméstico da Antiguidade	244
2.2 Os Laços Familiares na Idade Média	27
2.3 A Família na Vida Moderna.....	28
2.4 A Formação do Direito de Família Contemporâneo: breve digressão sobre os Direitos Fundamentais.....	30
3 A FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE	34
3.1 Mudanças no Escopo da Estrutura Familiar	36
3.2 Novos Marcos Normativos	38
3.3 O Direito das Famílias no Brasil.....	41
3.4 Reconhecimento e Diversidade	44
4 A FAMÍLIA A PARTIR DO IDEAL DE JUSTIÇA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO	48
4.1 Direito e História: as contribuições de Hegel	49
4.2 O Ideal de Justiça no Mundo Contemporâneo.....	53
4.3 O <i>Máximum</i> Ético	56

4.4 A Maximização Ética da Constituição Familiar	59
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

Em obra basilar de sua bibliografia, Joaquim Carlos Salgado aduz: “*No âmbito da filosofia, muitas vezes, importa mais suscitar questões do que dar soluções.*”¹ A presente dissertação não tem a finalidade enciclopédica de desatar todos os nós que desafiam a consecução da dignidade familiar na contemporaneidade. Com um recorte temático bem definido, pretende analisar os eixos que estruturam o Direito de Família sob a ótica uma perspectiva filosófica bem definida. Sem a imposição de respostas peremptórias, intenta, dessa maneira, melhorar o nível de questionamento.

Por outro lado – importa considerar –, não é de nosso interesse divagar por abstrações indermarcadas ao gosto de tendências filosóficas das mais excêntricas. A filosofia não é um deleite para subjetividade do filósofo. O trabalho filosófico que não se deslinda em linhas explicativas abertas à crítica, decertoque não se presta ao progresso do conhecimento.

Não por outra razão, propor um estudo sobre o Direito de Família, em bases jusfilosóficas, é ratificar um compromisso ante a realidade em vigor e não com uma realidade desejável. Salgado oferece os fundamentos para tal mister, uma vez que concebe o direito como uma totalidade ética que se desenvolve historicamente. A processualidade histórica do real é inafastável, quer queira o subjetivismo dos pesquisadores ou não. Daí porque uma teoria da justiça, na Idade Contemporânea, só será possível se partir da historicidade do mundo em que vivemos.

À vista disso, a pesquisa aqui apresentada tem como pano de fundo a noção do direito como o *máximum* ético de uma cultura, isto é, a forma histórica mais avançada e elaborada de universalização dos valores éticos. Ora, a roupagem jurídica da realidade é que dá unidade ao *ethos* de um povo. Desconsiderá-la em prol das preferências de qualquer estudioso é uma petulância pouco recomendável – sobretudo para os que prezam por bom senso.

O Direito de Família, à bem de sua exata compreensão, há de ser perquirido no movimento histórico-cultural dentro do qual foi gestado. A experiência da consciência jurídica nos descaminhos da história ofertarão aos nossos dias a

¹ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 13.

possibilidade de aferir o grau máximo de sua evolução ética. Isso, aliás, explica a asserção de Salgado, ao considerar o direito como o ponto de cumeada da eticidade humana.

Por sinal, tal é o argumento que permitirá sustentar a universalidade do Direito de Família – o núcleo central de nossa proposta de trabalho –, uma vez comprovada o seu assentamento histórico na consciência do direito contemporâneo.

No *Capítulo 1*, assentaremos os pilares da consciência jurídica no ocidente através de uma revisitação à antiguidade greco-romana e, posteriormente, à filosofia kantiana. Assim, será possível apontar as características que predominam no fenômeno jurídico dos últimos tempos.

No *Capítulo 2*, esboçaremos o trajeto histórico da instituição familiar, a fim de entender a absorção cultural obrada pela normatividade que vigeu nas grandes quadras históricas.

No *Capítulo 3*, indicaremos as balizas do Direito de Família da atualidade, aproveitando para traçar o panorama jurídico brasileiro dos últimos dois séculos, nessa temática.

No *Capítulo 4*, por fim, enquadraremos esse itinerário na perspectiva filosófica que julgamos mais apta à explicação do desenvolvimento jurídico da sociedade ocidental: a teoria salgadiana do *máximum ético* temperada pela dialética hegeliana.

1. DIREITO E REALIDADE

O direito não é senão uma totalidade ética que se desata no correr da história como realização do *ethos* de um povo. Ainda quando mantenedora de privilégios e arbitrariedades, a consciência jurídica não há de ser desprezada, porquanto carrega em si a fendas para a sua superação. A processualidade histórica do real informa o balanço normativo de cada quadra histórica, rumo à maximização de seus postulados. Dessa forma, o direito se manifesta como a forma de maior avanço e elaboração na universalização de valores éticos, mais ou menos inclusivos a depender do amadurecimento jurídico da sociedade ao longo da história.²

Passaremos em revista, neste momento, alguns marcos históricos de relevo na construção da autoconsciência da normatividade.

1.1 O Fenômeno Jurídico: sobre a ancestralidade greco-romana

A *actio* romana, na definição do jurisconsulto Celso (67 a.C – 130 d.C), significa “*iuspersenquendi in iudicio quod sibidebeatur*”: perseguir em juízo o que é devido. É uma atribuição legal e, por isso mesmo, retira do substantivo *actio*, do verbo *agere*, qualquer correlação com outra atividade material do sujeito.

Somente no direito justinianeu é que a asserção de Celso teria recebido sentido generalizado³; ainda assim, conservava claramente um fundo jurídico. O teor polissêmico do termo ganhou em Hannah Arendt⁴ distinção importante entre **labor**, **trabalho** e **ação**, no sentido de afirmar o conteúdo civil da *ação* como atividade integrante do *bios-politicos*. Era a *Ágora* grega que hospedava o corpo social, agregado em torno da retórica eupátrida no comando da *polys*, que se fazia por uma discursividade decisória, na qual Arendt visualizou a *ação*. Para os romanos, no entanto, a *actio* era um poder, um *ius*⁵ apto a provocar uma sanção executiva. Tanto ao tempo das *ações de lei* quanto no período das *fórmulas*, “*actio*” designou os atos

² SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9.

³ BIONDO *apud* PROVERA. A noção romana de *actio*. In: SEMINÁRIOS DE DIREITO ROMANA. **Anais...** Brasília, 1984, p. 4.

⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

⁵ IGLESIAS, Juan. **Derecho romano** – historia e instituciones. Barcelona: Sello, 2010, p. 204.

singulares de defesa privada, como a *vindicatio* e a *manusinjectio*.⁶ Trata-se de uma situação potestativa que se firma em uma faculdade conferida por lei.

Por isso é que Joaquim Carlos Salgado vislumbra no direito romano a gênese do fenômeno jurídico como tal. O ponto fulcral que a *actio* alcança na romanística clássica, de vez que se torna a condição do exercício de um direito, bem como um meio de coercibilidade entre os destinatários normativos, faz com que o plano da eficácia legal se abra à universalidade.

consciência do justo e do injusto no plano da moral é ainda inacabada, abstrata; só alcança sua plenitude quando se caracteriza por uma “tributividade” universal e uma exigibilidade garantida na força aparelhada da *actio*.⁷

Eis aí a pedra de toque que distingue a concepção do direito entre gregos e romanos, sobre a qual falaremos adiante. Importa, antes, observar que a lei romana conserva em si o atributo da exigibilidade, servindo o seu fundamento de instrumento coercitivo ao respectivo titular. A *actio*, portanto, dá forma a uma complexa estrutura jurídica em cuja teia os sujeitos de direito se encontram em posição de exigência e sujeição.⁸ Sobre essa força coercitiva, em caráter universal, da qual gozam os portadores da titularidade de direitos, prossegue Salgado:

A universalidade caracterizadora do direito, material com relação aos valores e formal com relação à sua origem (declaração e positividade) se efetiva no sujeito universal de direito. Uma das descobertas maiores dos romanos, no plano ético *lato sensu*, é o sujeito de direito e, propriamente, o sujeito universal, detentor da universalidade da *actio*. [...] o sujeito de direito material é, ao mesmo tempo, sujeito de direito privado, quanto ao direito objeto de sua titularidade, mas também sujeito universal, enquanto titular não agora de um direito material, mas formal, do direito de ação pelo qual exerce com força irresistível o direito material [...]. É sujeito universal, vez que o seu direito material tem reconhecimento universal e a garantia da *actio*, dada tanto pela simples titularidade do direito material como pela força aparelhada do Estado, a representar a universalidade da sociedade, decorrente daquela exigibilidade.⁹

⁶ PROVERA, Giuseppe. **A noção romana de actio**. In: SEMINÁRIOS DE DIREITO ROMANA. **Anais...** Brasília, 1984, p. 5.

⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 41.

⁸ *Idem.*, p. 53.

⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 57-58.

Não por outra razão, Salgado vislumbra sob a matriz romanista o marco introdutório na processualidade histórica da ideia de justiça. É que a imperatividade das soluções jurídicas assentada no sistema de direitos da antiga Roma engendrou um modo peculiar de resolução de conflitos, cuja característica central era a uniformidade do trâmite e padronização do tratamento legal aos titulares da “ação de lei”. Nesse ponto está o nascedouro da sistematicidade normativa do direito.

É verdade que a *epistémé* dos gregos nasce em direção ao todo. Contrapondo-se aos anseios míticos, o *lógos* filosófico desponta rumo à totalidade. Se o *mythos*, na magnitude de suas pretensões, abarca a infinidade do *cháos*, também o fez a primeira filosofia dos gregos, na criação do *kósmos*.¹⁰ Salgado percebe a absorção das cogitações gregas na jurídica dos romanos, assim lecionando:

O universalismo manifesta-se nesses povos em todas as dimensões: na ciência, na ética, na política e posteriormente na religião, respeitadas as suas diferenças. Augusto concebeu a missão do Império Romano em função da ideia da cultura grega. O universalismo político de Augusto é diferente do estóico, embora não se possa pensar em universalismo sem a base filosófica do estoicismo.¹¹

O Imperador Augusto teve papel de destaque na consolidação do Estado romano. Com ele, inicia-se uma estatalidade universal, a partir da qual erige-se um ponto de confluência entre todas as fontes da normatividade.¹² O acanhamento da *polis* grega é inteiramente superado, em detrimento de uma força estatal expansiva e com empreitadas de feitio cosmopolita. Decerto que, neste quadrante histórico, residem as bases do Estado moderno.

Não há que se questionar, por óbvio, que a ânsia dos gregos por uma concepção universal de verdade, que se reflete tanto nas cogitações teóricas (*bios-theoreticos*) quanto na condução prática da vida ética, baseou sobejamente a cultura jurídica dos romanos. Não obstante, tem-se no direito romano, de modo pioneiro, a unificação da pluralidade fática pela lei estatal – voltemos, ainda uma vez, às lições de Salgado:

¹⁰ SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia antiga**. Tradução: José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1984, p. 25.

¹¹ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 53.

¹² SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 106.

O sujeito de direito portador da *actio* é, destarte, o singular universal [...]. A universalidade abstrata da norma e a particularidade abstrata dos interesses conflituosos se superam na sua oposição pela singularidade da *actio* e sua satisfação, de que é detentor o sujeito universal de direito.¹³

Para melhor compreendermos o pioneirismo romano, convém pontuar as principais distinções entre a herança helenista que tanto influenciou o Império Romano e o seu próprio modo de conceber o fenômeno jurídico.

1.2 A Realidade Normativa

Aqui já compete delinear a maturidade jurídica que se verifica na sociedade romana em avanço ao que se viu na Grécia antiga. Meditando sobre a teoria de justiça, Salgado aponta que Aristóteles não se ocupou de distinguir o direito e a moral, antes inserindo a noção de justiça no rol das virtudes que compõem a moralidade, distante de um valor originariamente jurídico.¹⁴ A consequência próxima de tal sincretismo é o fato de os gregos fixarem os problemas de ordem jurídica sob a apreciação ética do fazer político. Certamente, o papel encarregado à justiça só ganha independência e efetividade com o direito romano.

Observemos que, no âmbito da moral, há uma finalidade abstrata na direção do bem, cuja consecução é empreendida em nível individual. É um trajeto íntimo, percrutável apenas por quem pessoalmente o faça. Daí, então, a explicação de Salgado:

Entre os antigos, a 'consciência moral' está na virtude que busca o bem fora dela. Não busca a lei, mas o bem diretamente. Essa consciência passa a buscar a lei em si mesma e se recolhe na buscado bem em si mesmo, pois a definição do bem objetivo desespera a consciência; não há um critério seguro para determinar o fim bom da ação. Por isso a consciência moral se volta para si mesma e cria sua própria lei. Antes, porém, sabendo da dificuldade de encontrar o bem fora dela, transforma esse bem em lei externa a ela e põe o bem como absoluto, em outra consciência. Cria uma consciência externa e absolutiza, para que essa consciência externa possa criar alei boa, que realiza um fim bom, pois sendo um absoluto sabe qual é o fim bom. Se é

¹³ *Idem*, p. 46.

¹⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 50.

absoluta, o fim é ela mesma, a boa consciência, a boa vontade que, sendo boa, determina o seu conteúdo, como o que lhe é adequado.¹⁵

A subjetividade humana dará o tom da conduta moral, uma vez que somente a volição interna pode ou não se sintonizar com a moralidade. No plano externo, a ação moralizante coloca o cidadão à disposição da *polis*, no serviço das finalidades que inatamente lhe foram conferidas. Note-se, todavia, que a legislatura moral, no anonimato de sua autoria, obriga o indivíduo apenas na esfera da própria intimidade, não podendo a sua fidúcia ser precisada em critérios objetivos extrínsecos ao sujeito moral. Segue-se daí a inexistência da coerção fundamentada, vale dizer, a impossibilidade da criação de vínculos de exigibilidade sob o esteio da lei.

Em suma, a imbricação do direito nas disposições éticas é a marca constitutiva da organização política das cidades gregas, calcada na linhagem consuetudinária de seus habitantes.

À vista disso, Salgado argumentará que a transição dos valores costumeiros para a mediatidade da lei inaugura o momento em si da justiça. A reavaliação da lei sobre a valoração dos costumes dará origem ao direito, cuja formulação se emancipará da espontaneidade das redes culturais. O que é valorado culturalmente recebe uma nova valoração da legalidade, a dar origem aos institutos jurídicos. São eles que imporão aos indivíduos o **dever** ou a **faculdade** de agir, tanto quanto a **abstenção**, na medida em que qualificarão as condutas como devidas, permitidas ou vedadas. Significa dizer que a criação do sujeito de direito cria, por consequência, o reconhecimento da validade jurídica por parte de terceiros.

Assim sendo, entende-se porque a distinção entre a consciência moral e consciência jurídica está na percepção do outro: seja porque este outro impõe, como sujeito ativo, uma exigência; seja porque ele assume, como sujeito passivo, uma obrigação.¹⁶ Resumindo, o sujeito de direito tem a prerrogativa de invocar a lei a seu favor— senão, vejamos:

A consciência jurídica marca, assim, definitivamente, sua história no momento em que a justiça se desloca do portador do dever moral e se define pelo sujeito de direito [...]. O comando da realização da justiça concentra-se não mais na pura espontaneidade do sujeito do dever moral, mas se desloca

¹⁵ *Idem*, p. 31.

¹⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 103.

para a força irresistível do sujeito de direito universal aparelhada pela actio e pela *ação do sujeito de direito* universal que, a par de representar toda a sociedade, exerce o comando da relação bilateral de justiça pela faculdade de exigir o que lhe é outorgado na universalidade abstrata da lei; por isso, o dever de justiça no direito passa a ser dever exigível. A justiça passa, assim, do puro dever da unilateralidade interior do sujeito moral para a consciência jurídica de direitos privados.¹⁷

O brilhantismo do magistério de Salgado ensina-nos, com isso, que a mera noção de justiça como virtude da moralidade é incapaz de reger a vida de relação, porquanto se restringe tão só ao agente da conduta moral, e não aos demais indivíduos da comunidade política. Se, a princípio, a justiça pertence ao quadro ético, vale notar que, com a emersão do direito, tende a se descolar de tais postulados em busca de um reconhecimento jurídico oponível a todos.¹⁸ Os valores socioculturais deliberados politicamente são, enfim, hauridos pelo manto da legalidade. De tal modo, o direito se estabiliza no eixo da ordem social.

1.3 Da Abordagem Avalorativa

Continuemos, nesta toada, até o fastígio da Idade Moderna. Algumas especificidades da filosofia iluminista¹⁹ inserem no panorama traçado por Salgado elementos dignos de menção.

Immanuel Kant (1724-1804) é considerado como um dos maiores filósofos após os antigos gregos. Nasceu em Königsberg, Prússia Oriental, como filho de um artesão humilde; estudou no Colégio Fridericianum e na Universidade de Königsberg, na qual se tornou professor catedrático.²⁰

¹⁷ *Idem*, p. 55.

¹⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 81 e ss.

¹⁹ “O Iluminismo acentua a supremacia da razão, fazendo uma função instrumental da linguagem de natureza universal, análoga ao que ocorre com a *mathesis universalis* de René Descartes, o que caracteriza a posição iluminista diante da fé na razão como a única capaz de perquirir encontrar a verdade, é a explicação que era entendida como desdobramento do real para encontrar a sua essência e seu interior, para além da sua aparência que, como manifestação analítica, mostra uma relação de causa e efeito”. (SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica filosófica e a aplicação do Direito**. Belo Horizonte. D’Plácido, 2018, p. 37).

²⁰ DE QUINCEY, Thomas. **Os últimos dias de Immanuel Kant**. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2018, p. 2.

Kant acreditava que os conceitos dependem de condições a priori, anteriores à experiência, o que leva à defesa da existência de juízos sintéticos a priori, capazes de dar ao conhecimento um caráter universal e necessário, evitando o relativismo.

Ricardo Henrique Carvalho Salgado nos ensina que:

Na *Crítica da Razão Pura*, Kant demonstra como são formados juízos sintéticos a priori. Para isso, ele divide o estudo das faculdades do conhecer em três grandes disciplinas: a Estética Transcendental, a Analítica Transcendental e a Dialética Transcendental, que têm por objeto, respectivamente, a sensibilidade, o entendimento, e a razão. Assim, Kant explica que o conhecimento da natureza se dá com base na sensibilidade, criando o dualismo entre o noumenon (a coisa em si) e o fenomenon (modo como a realidade modifica o homem) como ela aparece no sujeito cognoscente. O conhecimento, então, ocorre com a interiorização do fenomenon, por meio da sensibilidade.²¹

Ou seja, os enunciados sintéticos a priori constituem os pressupostos metafísicos das ciências empíricas, sua própria condição de validade.

Já quando Kant publica a *Metafísica do Costumes*, em 1797, sua primeira preocupação está voltada ao estudo das leis humanas. O homem, fugindo das leis naturais, molda suas ações de acordo com uma legislação especial: a legislação moral. É esse esquema normativo, produto da humanidade no uso de suas atribuições racionais, que determina o caminho historiográfico do costume, em contraponto à natureza. O vocábulo “costume” (*mos* no latim e *ethos* no grego), do qual descendem “moral” e “ética”, reportam à doutrina da conduta humana.²²

Percebamos, inicialmente, que a filosofia crítica, ao mediar o embate entre o empirismo britânico e o racionalismo de matriz cartesiana, aproveitou alguns tópicos desse antagonismo. A realidade seguiu sendo uma representação da mente, ao gosto racionalista. O impedimento em conhecer a “coisa-em-si” veda o uso inadvertido da experiência. Mas as coordenadas do mundo externo também não podem ser desprezadas. O que ocorre, de agora em diante, é que categorias apriorísticas (não-empíricas) passam a condicionar a apreensão do mundo real.²³

²¹ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **A fundamentação da Ciência Hermenêutica em Kant**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 6-7.

²² BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 79.

²³ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução: Alexandre F. Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 96.

Ao mencionar sobre uma certa metafísica dos costumes, Kant busca justamente um saber cuja fonte seja *a priori*, não-física ou metafísica, acima das empreitadas empíricas e com competência explicativa para assimilar as variâncias de todo e qualquer costume que se desenvolva no estrato do empirismo.²⁴

Com tal intuito é que Kant demarca os traços definidores da ação moral, que sintetizaremos agora em ordem esquemática:

- a) *A ação moral não é cumprida por um impulso diverso do cumprimento próprio do **dever**;*
- b) *A ação moral não é cumprida à vista de uma finalidade diversa daquela prevista pela máxima que a determina;*
- c) *A ação moral não é uma cumprida por um móbil diverso do simples respeito à lei.*

Vale observar que, segundo Kant, não basta a coerência externa com o dever, mas a identificação interna com o mesmo. Aqui reside a distinção entre moralidade e legalidade. A mera conformidade exterior é suficiente para a observância de um preceito legal, mas jamais para o cumprimento de um ditame moral. A concomitância da ação como dever e do dever como impulso é que caracteriza as leis morais.²⁵ Se a noção do dever deriva apenas da lei não se pode falar em moralidade, mas apenas em legalidade.

A motivação da conduta, à vista disso, interessa apenas ao estudo da moral. Daí porque a subsunção normativa, consoante a filosofia kantiana, prescinde das apetições internas do agente. O direito se compõe de imperativos heterônomos cuja finalidade não ultrapassa a coexistência harmônica dos arbítrios individuais. Não há dúvida de que o positivismo do século XIX se serviu das lições de Kant. A fundamentação rígida da lei escrita pretendeu aprisionar a facticidade em seus preceitos, de modo que o homem se converteu no legislador último e soberano da realidade. Vemos, neste ponto, uma abrupta cisão entre moral e direito. O fenômeno jurídico é levado aos últimos graus de decantação.

²⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 103 e 104.

²⁵ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 60.

O Direito Penal traz exemplos dos mais acentuados, em se tratando do legado kantiano no positivismo jurídico. Foi em busca do fundamento último (metafísico) da normatividade da sanção penal que o positivista biológico, Cesare Lombroso, por exemplo, em sua conhecida obra, *L'uomo Delinquente*, de 1876, traçou o fenótipo dos criminosos como uma sentença genética inafastável.²⁶ Com a mesma intenção, escreveu o positivista sociológico, Enrico Ferri (*Sociologia Criminale*, 1892), ao defender condições sociais determinantes à prática da conduta delitiva, com aplicação universal. Ainda nesse sentido, lembremos de Raffael Garofalo (*Criminologia*, 1895), positivista antropológico, que elaborou critérios de feição psicológica causadores do delito e dos quais o criminoso jamais se desataria.²⁷

A redução do objeto da ciência do direito à criteriologia da lei parlamentarizada rebaixou a cogitação jurídica ao nível da técnica – assinala Salgado.²⁸ As questões de caráter axiológico haveriam de se irromper, cedo ou tarde.

1.4 O Direito na Chegada do Século XX

O último quartel do século XIX apresentou tendências variadas na pesquisa jurídica, cujo denominador comum se concentrou na oposição à ferrugem do hermetismo exegético. Gradativamente, o papel do intérprete foi realçado, diante da impossibilidade de respostas prévias pela lei escrita às perguntas inesperadas de uma facticidade invencível. As facetas da interpretação ocuparam as mais proeminentes escolas de direito na entrada do último século e ao longo dele.

No século XX, a filosofia começou a lançar um questionamento crítico por detrás do fato das ciências e de sua fundamentação epistemológica. Esse passo foi realizado na Alemanha pelo movimento fenomenológico. Com a sua virada “para as coisas mesmas”, introduzida por Husserl, não era mais apenas em relação aos pressupostos apriorísticos do conhecimento das ciências que a filosofia tinha de se colocar à prova. Ao contrário, o que passou a estar em questão foram os fenômenos do “mundo da vida”. Assim, Husserl nomeou mais tarde a dimensão pré-científica da

²⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 169.

²⁷ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 100-101.

²⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 47.

experiência, uma dimensão na qual a sua pesquisa fenomenológica das essências tomou o seu ponto de partida descritivo.²⁹

A hermenêutica como teoria filosófica, na concepção de Gadamer, reflete a totalidade de nosso acesso ao mundo, pois é por meio da linguagem, através da busca do sentido dos diálogos, que os homens têm a possibilidade não apenas de se autocompreenderem, mas também de buscar um entendimento sobre as coisas que fazem parte do nosso mundo.

Com apoio nas lições de Ricardo Henrique Carvalho Salgado, em sua *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*,³⁰ pondera-se que no processo hermenêutico ou da aplicação está sempre presente o cânone da atualização, o cânone da autonomia, e o cânone da totalidade e coerência, que estão presentes no pensamento do Gadamer, na forma de uma expressão filosófica, na qual são levados em consideração categorias como a do preconceito da pré-compreensão, a do afastamento do intérprete, da fusão dos horizontes, e da efetualidade histórica.

Tudo isto forma a compreensão da norma jurídica, que envolve tanto o momento analítico da explicação da norma jurídica nos seus conceitos, como o momento da compreensão propriamente dita (à exemplo de Ricouer e Larenz), que capta imediatamente numa visão de totalidade do fato, da norma, do seu contexto, do intérprete, e do objeto da interpretação, na busca não de um conceito analítico, mas do sentido da norma, que está sempre ligado a noção de fim.

O modo real como o Direito se manifesta é a linguagem. A hermenêutica de Gadamer, por estar baseada na linguagem, toma como princípio a ideia de que só pode ser conhecido aquilo que estiver ao alcance da linguagem. Fica claro, portanto, a vinculação entre interpretação e a linguagem.

De outro lado, Philip Heck, aproveitando a pragmática de Jhering, propugnou, por exemplo, uma aplicação da lei calcada na modulação decisória, de modo a transpassar o rigorismo positivista a partir de uma *jurisprudência dos interesses*. François Gény, no mesmo sentido, lutou por uma livre interpretação das normas, em combate ao legalismo radical.³¹ Mais à frente, com igual relevância, lembre-se de

²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva** – hermenêutica e a filosofia prática. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, v. 3, p. 17.

³⁰ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica filosófica e aplicação do direito**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

³¹ LACOMBE, Margarida Maria. **Hermenêutica e argumentação**. Uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60 e ss.

Ehrlich e Kantorowicz, partidários da criatividade dos magistrados na formulação de decisões concretas, nos termos de um “movimento do direito livre”.³² Stammler e Radbruch também se ocuparam com a volatilidade dos fulcros culturais e com a necessidade de o direito acompanhá-los, na sintonia de uma *jurisprudência dos valores*.

Sem entrar no mérito ou no demérito de cada corrente teórica, o fato é que a abertura do fenômeno jurídico à seara dos valores ficou patente no século XXI. Os positivistas haviam reduzido o julgador num mero operador de deduções vazias. Percebe-se, a partir dali uma clara preocupação em otimizar os trabalhos do Estado-juiz, de sorte a efetivar a retórica da legalidade.

Voltando-nos novamente ao Direito Penal, apenas à título de ilustração, vemos um diálogo profundo entre a exterioridade da lei e as apetições internas do sujeito. Coube a Edmund Mezger, em 1907, apontar que a lógica positivista, enraizada na obra de Kant, se conseguia lidar com a consumação do ato criminoso, era totalmente inepta ao estudo de sua tentativa.³³ Ora, sendo o aspecto volitivo irrelevante para o acionamento do tipo penal, as condutas puníveis seriam apenas as que se consumassem, exaurindo a descrição típica, e nunca as que fossem meramente tentadas. Para punir o autor da tentativa seria necessário, então, cogitar-se dos valores internos que impulsionaram sua conduta. O mesmo se deu nos crimes que exigiam, à sua consumação, um especial fim de agir, cuja aferição só se viabilizaria se o direito dialogasse com a vontade interna do agente.

No novo século, parecia mesmo irremediável o uso da valoração na aplicação normativa.³⁴ O Poder Judiciário alcançou, desse modo, um protagonismo que outrora pertencia ao parlamento e aos governantes. A criação de cortes constitucionais foi uma tendência facilmente detectável nos países europeus. A salvaguarda da ordem constitucional estava agora na atividade interpretativa da cúpula judiciária. Se daí advieram consequências deletérias ao tratamento isonômico dos destinatários normativos, em vista da concentração de poder, é temática que deixaremos aos

³² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 71.

³³ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: parte geral**. 6. ed. Traducción: Conrado Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1955, p. 32.

³⁴ LACOMBE, Margarida Maria. **Hermenêutica e argumentação**. Uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

estudiosos da ciência processual;³⁵ indubitável, por outro lado, são alguns avanços sociais pronunciados pela dicção dos juízes (jurisdição).³⁶

Talvez o mais emblemático de todos os casos tenha sido *Brown vs. Board of Education of Topeka*, um dos passos decisivos para o fim da segregação racial nos Estados Unidos, dado pela Suprema Corte Americana no ano de 1954.³⁷

Na esfera do Direito de Família, assunto que aqui especialmente nos interessa mais, a cronologia da história judiciária também abriga conquistas extremamente valiosas. Entre nós, chama atenção o reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2011, via controle direto de constitucionalidade.³⁸

Em síntese apontamos duas balizas caracterizadoras do direito do último século que serão determinantes à compreensão, sob o prisma jurídico, da instituição familiar contemporânea:

- a) *A proeminência de uma hermenêutica conduzida pelos egrégios tribunais no atendimento das protestações fáticas ante a escrita da lei – aspecto que ampliará a noção de entidade familiar para além do texto legal;*
- b) *A abertura axiológica na compreensão do fenômeno jurídico, que servirá de base para a consolidação do principal critério definidor da família, no tempo atual: a afetividade.*

Passemos, desta feita, ao estudo de alguns tópicos do Direito de Família, com vistas ao encontro da maximização ética da função familiar.

³⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 28.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

³⁷ SHAPIRO, Scott J. **Legalidad**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2014, p. 314-315.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.277/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Data do julgamento: 05/05/2011.

2 O DESENHO HISTÓRICO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR

É redundante secundar que os institutos jurídicos sofrem notável variação se observados desde a perspectiva histórica e cultural. Não obstante, em nenhum outro, seja de tão fácil detecção este aproveitamento sociológico no deslinde de seu conteúdo, como no caso da instituição familiar. Defini-la sempre foi tarefa árdua, exatamente porque sua ocorrência inaugural se confunde mesmo com o nascimento da própria espécie humana.³⁹ No apogeu das letras latinas, vemos essa dificuldade na conceituação proposta por Cícero. Ao se valer de uma categoria do direito político, ele descreve a família como um *“seminariumrepublicae”*, donde veio sua conhecida asserção: *“onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado”*.⁴⁰

Assim mesmo, com o passar de dois milênios, os autores mais abalizados da literatura especializada seguem, nas acepções propostas, a mesma toada: a família é, o plano microscópico, o que é a comunidade politicamente organizada, no plano macroscópico. Veja-se, por exemplo, Pietro Perlingieri, ao chamar de *“sociedade natural”* a associação entre os pais e a prole.⁴¹ De igual modo, também leciona um dos mais ilustres civilistas brasileiros do século XX, Francisco San Tiago Dantas, dizendo que a família é um tópico relevantíssimo nas lições de sociologia sobre as tribos, os clãs, o Estado e a pátria.⁴²

Uma vez absorvida pela roupagem jurídica, a família passa a dispor de critérios legais à sua definição. Tão variados não de ser quão dissonantes já os são os contornos de cariz sociológico presentes nas sociedades. A criteriologia da lei será examinada com mais acuro no capítulo seguinte. Aqui, o que importa notar é o soldo cultural que informa a constituição familiar de cada quadrante histórico. A família é um constructo social multimilenar, e não há nada, em sua formatação contemporânea, que possa se eximir das balizas lançadas pelas grandes raízes históricas.

³⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 18.

⁴⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2009, v. 2, p. 1.

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 242 e ss.

⁴² DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Revisado e atualizado por: José Gomes Bezerra Câmara Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 3.

Revisitá-las é, decerto, o ponto de partida mais seguro em qualquer pesquisa sobre o tema. Dessa perquirição é que nos ocuparemos a partir de agora.

2.1 O Santuário Doméstico da Antiguidade

Antes de chegarmos à vida antiga, compete erigir alguns marcos temporais, ainda no primitivismo, capazes de organizar a incursão que pretendemos levar a cabo.

O povoamento do *Homo sapiens* na Austrália data-se de 45 mil anos atrás. Sua chegada às Américas deu-se há 16 mil anos. Da vida nômade, os primeiros assentamentos rurais e a domesticação de animais despontam por volta do ano 10.000 a.C. Os primeiros reinos virão no ano 3.000 a.C., e o primeiro império, o Império Acádio de Sargão, aproximadamente em 2.250 a.C.⁴³

O choque de informações entre biólogos, historiadores e arqueólogos, não nos autorizam maior detalhamento neste longo trajeto histórico. Alguns fatos incontroversos, no entanto, chamam atenção, a merecer nosso relato.

A capacidade associativa foi uma das marcas mais importantes do *Homo sapiens*. Incontáveis formas de cooperação lhe deram uma vantagem decisiva na sua perpetuação sobre as demais espécies. Para além disso, criou também uma rede de significados comuns, norteadores do *modus vivendi*. As teias linguísticas que permeavam a organização da vida social, seja na distribuição de tarefas ou na determinação de hierarquias, propiciou uma compreensão compartilhada entre os membros de um mesmo bando, dando origem ao que se chama de **cultura**. Somente na espécie humana, as práticas sociais se revestem de uma significação que transcende a própria ambiência, apreendida por qualquer um que dela comungue.⁴⁴

Abaixo, a imagem de um túmulo de 12 mil anos encontrado no norte de Israel. O esqueleto é de uma mulher de 50 anos. Ao lado dela, outro esqueleto, um filhote de cachorro, cuidadosamente colocado sobre sua frente. As explicações variam, mas é patente o valor simbólico (transcendente) da sepultura e da estimação de bichos (FIG. 1).⁴⁵

⁴³ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L & PM, 2011, p. 6.

⁴⁴ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L & PM, 2011, p. 53.

⁴⁵ *Idem*, p. 44.

Figura 1: Sapiens

Fonte: HARARI, 2011, p. 44

A par da vocação abstrativa da linguagem humana é que adentraremos na Idade Antiga. Não nos cabe explicitar – reiteramos – o marco originário de cada instituto social desta época. É suficiente, para os fins deste trabalho, saber que a religião, a moeda, a política e, sobretudo, a família derivam da singular aptidão humana de construir sua vida em bases culturais. À vista disso, não há qualquer desconforto em saltarmos 40 mil anos de descaminhos históricos até adentrarmos na antiguidade propriamente dita.

Fustel de Coulanges aponta com precisão o esteio religioso à frente do qual nasceu a família antiga:

É necessário esclarecer este ponto importante, porque sem isso não se poderia compreender a relação tão íntima estabelecida entre essas velhas crenças e a constituição da família grega e romana. [...] Havia perpétua troca de favores entre os vivos e os mortos de cada família. O ancestral recebia dos descendentes a série de banquetes fúnebres, isto é, a única alegria que podia experimentar em sua segunda vida. O descendente recebia do antepassado a ajuda e a força de que necessitava neste mundo. O vivo não podia abandonar o morto, nem o morto ao vivo. [...] Cada família tinha seu túmulo, onde seus mortos vinham descansar um após outro, sempre juntos. Todos os que descendiam do mesmo sangue aí deviam ser enterrados, e nenhum homem de outra família podia ser nele admitido. [...] Toda essa

religião limitava-se ao círculo de uma casa. O culto não era público. Pelo contrário, todas as cerimônias, eram celebradas apenas pelos familiares.⁴⁶

Isso explica porque os gregos, integrantes de uma mesma família, não partilhavam o altar doméstico com amigos ou conhecidos, antes guardando-o em recinto fechado, contra o olhar profano dos forâneos à linhagem familiar. Os romanos, à semelhança, escondiam-no no meio da casa, e o culto diante dele era também privado: *sacrifitiaoculta*, nas palavras de Cícero. Prossegue Coulanges:

Pode-se adivinhar todo o respeito e afeto recíproco que essas crenças inspiravam na família. Os antigos davam às virtudes domésticas o nome de piedade: a obediência do filho ao pai, o amor que dedicava à mãe, eram piedade: *pietas erga parentes*; o afeto do pai ao filho, a ternura da mãe, eram ainda piedade: *pietas erga liberos*. Tudo era divino na família. Sentimento de dever, afeição natural, idéia religiosa, tudo se confundia e se exprimia pela mesma palavra.

Em Roma, a santidade dos vínculos familiares era ainda mais pronunciada. Foi a tradição da família que deu origem à cidade tradicional. O Senado não era mais do que a representação da autoridade dos pais fundadores da República, a *autorictaspatrum*, em referência à autoridade patriarcal da célula familiar. Não por outra razão, o cargo de senador só podia ser ocupado por quem detivesse a ancestralidade legítima do patriciado. Curiosamente, o mais notável dos republicanos, Cícero, justamente por não a deter, chegou apenas ao posto de cônsul. Logo, o patrício e o patriarca se confundiam, de parte a parte, no caldo cultural do romanismo clássico.⁴⁷

A política romana espelhou o funcionamento da família tradicionalista, tendo em seus dirigentes máximos a mesma figura primeira da religião doméstica, que intercedia pela divindade interior – o *lar familiae pater*. Conclui Coulanges:

a família não recebeu da cidade as suas leis, o direito privado existiu antes da cidade. Quando a cidade começou a escrever suas leis, achou esse direito já estabelecido, vivendo enraizado nos costumes, fortalecido pelo unânime direito dos povos.⁴⁸

⁴⁶ COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Ed. das Américas, 1961, p. 28 e ss.

⁴⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 244-245.

⁴⁸ COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Ed. das Américas, 1961, p. 85.

Todavia, a partir do século IV d.C., com Constantino, a família se desvencilha da realidade romana, aproximando-se da concepção cristã. O pano de fundo religioso irá subsistir. Mas, doravante, o *potestaspatrum* cede lugar a comunhão do casal pelo sacramento do matrimônio. Novas feições a família terão na Idade Média.

2.2 Os Laços Familiares na Idade Média

A consolidação do direito canônico, na Idade Média, não conspurcou a herança de institutos jurídicos afeitos à antiga romanística. Durante o medievo, o direito romano seguiu como regência supletiva e não raras vezes como diploma principal da organização da vida civil. Entretanto, no que concerne à família, as alterações foram especialmente peculiares, a ponto de se afirmar seguramente ter havido a instauração de um novo sistema jurídico.

Os laços familiares passaram a se estabelecer pelo casamento, que trouxe em si um caráter sacral, pautado pela indissolubilidade matrimonial. A gênese da família não era mais a existência do *pater*, mas a comunhão de vidas sob a celebração do clero. Não se segue daí, contudo, que a ascendência do pai sobre a sua linhagem tenha sido extinta. Basta notar a Encíclica *Casta Conubii*, do século XX, promulgada pelo Papa Pio XI, que, além de proibir o aborto e o uso de métodos contraceptivos, previu também o direito de correção do marido frente à esposa e os filhos.⁴⁹

O que houve, portanto, nos idos do medievo, foi a dissipação gradual da família romana, não pela completa erradicação do *pater*, mas pela novidade de um *consortium vitae*, isto é: de uma vida conjugal originada pela conjunção de vontades reconhecidamente válidas junto a Igreja. A ascendência moral do patriarca permaneceu, mas a forma de contrair o casamento sofreu profundas alterações. A solenidade ganhou disciplina pelas normas clericais, cuja inobservância importaria na total invalidade do matrimônio.

⁴⁹ PAPA PIO XI. **Encíclica:** *Casta Conubii*. 31 de dezembro de 1930. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/pius-xi/it/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-conubii.html>. Acesso em: 12 out. 2021.

Cabe notar, ante o exposto, que um dos pontos fulcrais da família medieval era a formalidade com a qual se procedia o seu reconhecimento. A regulação canônica tornou-se *conditio sine qua non* para o feito da estruturação familiar.

Em 1215, o Concílio de Latrão assentou os cânones do rito matrimonial. Sem a benção nupcial e o anúncio público do casamento (*denuntiationes*), os nubentes cairiam em pecado. O casamento clandestino, assim, constituía açoite irremissível aos dogmas apostolares, de maneira que, se contraído, acarretaria situação extremamente desfavorável para os descendentes que dele adviessem.⁵⁰ Em 1556, um dos éditos da Igreja francesa proibiu os matrimônios ocultos, realizados à margem da ritualística católica e sem autorização dos pais, resultando na deserdação de quem os realizasse. Em 1579, também na França, seria considerado “raptor” e punido com pena de morte o homem que se casasse com a pretendente menor de 25 anos cujos pais não haviam consentido com o casamento.⁵¹

Em suma, o Direito de Família na Idade Média é marcado pelo monopólio da Igreja na imposição de requisitos hábeis à validade do arcabouço familiar. Essa hegemonia durará até o fim do século XVIII, quando o Estado reforçará sua função legislativa a partir das revoluções burguesas.

2.3 A Família na Vida Moderna

A Reforma Protestante atingiu gravemente a primazia do clero católico no controle do matrimônio. Daí porque o Concílio de Trento (1545) quis reforçar a liturgia das cerimônias, de maneira a proclamar a invalidade dos casamentos não realizados *in face ecclesiae*. Contudo, a revogação do Édito de Nantes, em 1685, retirou o caráter sacramental do ato, deteriorando de vez a exclusividade da Igreja na unção da entidade familiar.

Após a Revolução Francesa, não mais restava dúvida: o Direito de Família é produto das normas legisladas pelos representantes do povo no uso de suas atribuições parlamentares. A laicidade se consolidou, de tal modo, como o traço

⁵⁰ GLISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995, p. 571.

⁵¹ FERRY, Luc. **Famílias: política e vida privada na era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 84 e ss.

frisante da família moderna. O Código Civil francês, de 1805, definiu o casamento como um contrato civil que, por força de sua natureza, poderá ser desfeito segundo a deliberação das partes. Votado e aprovado pelo parlamento francês um ano depois da Constituição de 1891, o divórcio ganha, enfim, regulamentação na legislação especializada da década seguinte. Ruía, sem remissão, indissolubilidade matrimonial dos cânones clericais.

O casamento civil converteu-se em regra-geral. Já o casamento religioso foi relegado a um mero negócio eclesiástico. À luz do ideário iluminista, o contrato de matrimônio era uma amostra, em menor escala, do grande contrato social que fundou o estado civil. Tratava-se, por conseguinte, de uma união livre, formada e extinguida ao gosto dos contraentes.⁵²

O casamento religiosamente celebrado deixa de ser o critério definidor da instituição familiar. O *status* legal, a partir de então, dirá o que é e o que não família. Logo, compete a lei circunscrever as diversas formas de composição familiar, sem prejuízo de sua validade.

Não seria acertado, inobstante, dizer que o poder patriarcal fora de todo abolido. Igualmente, o casamento ainda tinha papel de enorme relevância na estrutura das famílias. A grande mudança foi a abertura conceitual do instituto às deliberações dos legisladores. Veja-se, por exemplo, a disciplina do regime de bens, agora passível de variações legislativas. Novos direitos começavam a ser vislumbrados, e as sequelas romano-canônicas pareciam estar em linha de extinção.

A consequência mais próxima deste panorama é o fortalecimento de uma família nuclear, calcada no individualismo que marcou o século XVIII. Lado a lado, a autodeterminação do cidadão tendeu a gerar situações familiares ainda inéditas. Várias modalidades de família foram inevitavelmente criadas, não pela legislação em si, mas pelos efeitos dela decorrentes.⁵³ É o caso da família monoparental e da família recomposta, resultantes do divórcio.

De outra parte, na proporção em que o Estado moderno se consolida e consegue manter a ordem pública, o raio de atuação das famílias para com a

⁵² GLISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995, p. 569.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2007, p. 26.

sociedade se estreita, perdendo razão de ser a solidariedade e a coesão familiar, outrora vistas em importantes períodos históricos. O elo que aproximava os clãs primitivos das famílias antiga e medieval é, na modernidade, rompido por completo. A ampla gama de funções sociais exercidas pela malha familiar é cooptada por um Estado cada vez mais protagonista no exercício político. A vingança privada deixa de ser uma forma de controle social.⁵⁴ Do mesmo modo, com a fragilização da unidade religiosa, muitas obrigações morais foram pouco a pouco dispensadas.

A Idade Moderna, nos mais diversos segmentos, abriu-se para uma variedade de crenças e comportamentos ditados pelo livre agir dos cidadãos. Refletiu, por certo, uma filosofia do sujeito que já se desenhava desde o século XVI e encontrou sua culminância no iluminismo do século XVIII.⁵⁵ A diversidade do indivíduo resulta, então, numa assimetria caótica, a ser organizada no plano das deliberações públicas, em meio aos desafios políticos. O Direito de Família absorve essa pluralidade, que passa a clamar por reconhecimento e regulação – a clave dos dois últimos séculos.⁵⁶

2.4 A Formação do Direito de Família Contemporâneo: Breve digressão sobre os Direitos Fundamentais

Direitos fundamentais são as prerrogativas jurídicas garantidas ao indivíduo, que viabilizam a vida em sociedade. Estão entre esses direitos fundamentais a liberdade de expressão, de locomoção, de trabalho, restrições ao poder estatal, o direito a intimidade, entre outros⁵⁷.

Os direitos fundamentais por um lado garantem uma convivência igualitária, digna e justa entre os indivíduos, por outro, asseguram situações jurídicas essenciais para a sobrevivência humana.

⁵⁴ GLISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995, p. 562.

⁵⁵ GALUPPO, Marcelo. **A epistemologia jurídica entre o positivismo e pós-positivismo**. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2002.

⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Incessante Travessia dos Tempos e a Renovação dos Paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de(Org.). **Direito de Família, diversidade e multidisciplinariedade**. Porto Alegre: IBDFAM, 2007, p. 17.

⁵⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: v.1, n. 123, p. 143-165, jul/dez. 2006.

Daí que se pode afirmar que os direitos fundamentais são garantias mínimas entregues aos indivíduos para que seja possível a convivência em sociedade de forma igualitária e sem abusos, quer seja por parte dos seus pares, quer seja por parte do Estado. No entanto, tais garantias, nem sempre tiveram os moldes atuais, nem tampouco, a abrangência e o *status* que tem contemporaneamente.

Assim como a sociedade e as suas respectivas relações (familiares, comerciais, internacionais, trabalhistas, etc.) se transformam, o direito é fruto de uma evolução histórica.

Com a constitucionalização dos direitos fundamentais e a evolução das sociedades, surgiu a necessidade de classificar os direitos fundamentais positivados, uma vez que tais direitos acompanhavam as mudanças sociais.

Comumente, ouve-se que as conquistas do período iluminista, no campo do Direito, limitam-se a definir um âmbito de autonomia pessoal, refratário ao arbítrio expansivo do clero e do Estado. Não mais seriam do que “postulações de abstenção” dos governantes, no dizer de constitucionalistas autorizados.⁵⁸ O tom não é depreciativo, certamente. Ocorre que, com a evolução dos direitos fundamentais, novos marcos dimensionais (ou geracionais) procurarão alargar o rol dos bens jurídicos a serem tutelados. Tal ocorrerá na medida em que novas demandas sociais se insurgirem.

É nesse sentido que se fala em *primeira dimensão (ou geração)* dos direitos fundamentais, quando referimo-nos às conquistas liberais atinentes à filosofia iluminista. Essa dimensão tem como principal característica a fixação de obrigações de não-fazer para a atuação estatal.⁵⁹ Melhor se diria que é imposto ao Estado o dever de recusar qualquer intervenção injustificada na vida particular de cada indivíduo. A preocupação central, portanto, reside na proteção dos cidadãos ante o poderio da máquina pública.⁶⁰

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva-Jur, 2018, p. 222 e ss.

⁵⁹ Decerto que o cristianismo representa valoroso impulso para a percepção da dignidade dos homens, opondo-se aos particularismos sectários de toda ordem, conforme assinala Maritain. Todavia, em matéria jurídica, são os filósofos contratualistas dos séculos XVII e XVIII a repercutirem com mais ênfase, nos diplomas legais, os valores do indivíduo ínsitos a condição humana. Cf.: MARITAIN, Jacques. **Los Derechos del Hombre**. Madrid: Biblioteca Palavra, 2001.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 46.

Por óbvio, em muito fugiria ao escopo desta dissertação mapear as mudanças dos indicadores macroeconômicos que tanto debilitaram os mercados na entrada do século XX. No entanto, já é lugar-comum os impactos do aumento demográfico e o recrudescimento das desigualdades sociais no interior das comunidades políticas. É sabido que o Estado veio a assumir novas feições no campo econômico a partir desse momento. O direito, a reboque, assimilou a tendência.

Diz-se que são direitos fundamentais de *segunda geração* aqueles destinados a estabelecer uma igualdade real para todos, por intermédio de ações corretivas da administração pública. O aspecto absenteísta do Estado liberal cede espaço para órgãos públicos de forte intervenção na vida econômica, com vistas à justiça social. No rol dos direitos fundamentais, são inseridos os direitos sociais, a exemplo da possibilidade de greve e sindicalização. Destacam-se, nesse cenário, a Constituição mexicana (1917) e a Constituição alemã (1919): ambas influenciaram decisivamente a Constituição brasileira de 1934, que incrementou os direitos políticos e o sistema eleitoral, criando a Jurisdição Eleitoral; estatuiu os princípios do funcionalismo público; além de prever um título exclusivo sobre a ordem econômica, com normas programáticas, o que fez dela a primeira Constituição econômica do Brasil, em sentido formal.⁶¹

Tem-se ainda a *terceira geração* dos direitos fundamentais, que se distinguem pela titularidade difusa e coletiva. Não visam socorrer o homem em isolado, tampouco em suas categorias profissionais ou econômicas. Aqui, os bens de tutela se aproximam dos acordos de paz, dos impulsos ao desenvolvimento, dos protocolos de proteção ao meio-ambiente, tanto quanto a conservação do patrimônio histórico e cultural.

Fala-se também sobre os direitos de quarta geração, tais direitos referem-se à segurança genética devido aos grandes avanços no que tange a engenharia genética e aos riscos que a manipulação do patrimônio genético pode apresentar.

O objeto central da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares está, portanto, em definir a medida, a extensão da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas, ou seja, em que

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81-82.

medida os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais, haja vista que, atualmente, poucos são aqueles que ainda se insurgem contra a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em suas relações jurídicas privadas, em decorrência do reconhecimento da, hoje, inafastável, força normativa da Constituição. Que estão vinculados, não restam maiores dúvida, cumpre agora definir se está vinculação se dá de forma direta ou indireta⁶².

Os direitos fundamentais, portanto, passam a serem vistos sob um novo olhar, sob uma nova perspectiva, a qual tem por objetivo, justamente conferir-lhes maior efetividade na proteção dos indivíduos e da sociedade. E a partir deste novo enfoque atribuído aos direitos fundamentais, amplia-se o lastro protetivo atribuído aos indivíduos, haja vista que, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos apenas como limites a atuação do poder público, para também impor limites aos atos praticados pelos demais sujeitos de direito no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

Por sua vez, os direitos fundamentais são direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta, por terem sido positivados. Segundo Galuppo:

Os direitos humanos transformaram-se em direitos fundamentais somente no momento em que o princípio do discurso se transformou no princípio democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua pretensão de legitimidade. Os direitos fundamentais representam a constitucionalização daqueles direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos⁶³.

É com olhos fitos nestas transformações que o Direito de Família contemporâneo sedimenta suas bases. A conceituação da instituição familiar se abre aos progressos da humanidade na titularização de direitos fundamentais.

O critério do poder patriarcal, predominante na Idade Antiga, perdeu lugar para o matrimônio religiosa de feição medieval. Este, por sua vez, desvaneceu-se, na

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.9, n.36, p. 54-104, out./dez. 2000.

⁶³ GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 233.

Idade Moderna, ante a escrita da lei, que via em si mesma o critério último de tudo quanto pretendesse regular.⁶⁴

Com a crise do Estado liberal, restou nítido o déficit de efetividade entre a lei formal e o plano fático para o qual ela se volta. Estava evidente que meios de efetivação são tão importantes quanto os conteúdos legais a serem efetivados. Por isso é que, na definição contemporânea de “família”, a mera descrição normativa não pode lançar-se ao logro da autossuficiência.

Novos critérios emergem para atender as necessidades práticas do Direito de Família, à mira da dignidade do homem e de sua realização concreta. Giselle Groeninga, a propósito, afirma:

o afeto entrou no mundo do direito através daquilo que lhe era anteriormente excluído [...]. A busca da humanização do sujeito e as tentativas de compreensão das relações entre o sentimento, o pensamento e a ação dirigiu-se para a busca do ser ético, que leva em conta o individual sem perder de vista o coletivo.⁶⁵

São desses critérios, entre os quais se destaca a **afetividade**, que nos ocuparemos a partir do próximo capítulo.

3 A FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE

Não convém, nesta altura, delongarmo-nos em questões de ordem terminológica. Se Lipovetski prefere se referir à Idade Contemporânea como “*hipermodernidade*”, é legítimo que assim proceda, ante a interessante justificativa de que a modernidade em si mesma não sofreu qualquer ruptura, senão apenas exacerbações de características desde há muito conhecidas.⁶⁶ Também o é, porém, Lyotard, ao chamar, com tanto mais razão, de “*pós-modernidade*” a discronia generalizada do último século, alegando, de sua parte, uma poderosa cisão.⁶⁷ Antes

⁶⁴ MACHADO, Edgard da Mata. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 4. ed. Belo Horizonte:UFMG, 1995.

⁶⁵ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2004, p. 259.

⁶⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 23.

⁶⁷ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 5. ed. São Paulo: José Olímpio, 1988, p. 19.

das nomenclaturas, portanto, importa conhecermos os fenômenos primários que elas pretendem designar.

O insigne civilista argentino, Luis Mizrahi, ora aderindo a Lipovetski, reporta-se a uma nova revolução do indivíduo, ao estudar as relações familiares das últimas décadas, pela qual o sujeito moderno extrapola suas limitações rumo à individualização total. A radicalização do subjetivismo perpetrou o alargamento de instituições rígidas e hierarquizadas, pulverizando o bloco cultural num ecletismo de ideologias e necessidades. Por outro lado, diz depois, à luz de Lyotard, que os tremores da pós-modernidade vieram a se traduzir numa autêntica democratização do hedonismo.⁶⁸

Como quer que seja, é forçoso reconhecer a erosão de preceitos e a alteração de parâmetros que fizeram decrépitas e inadequadas as soluções de outrora, em vista dos desafios presentes. Segundo Bittar, a emergência de novos conflitos socioinstitucionais evidenciou alterações profundas nos modos tradicionais de se conceber o ferramental jurídico para a construção das regras sociais.⁶⁹ Isso se explica pelo anacronismo que marca a segunda metade do século passado, impingindo aos sobreviventes da modernidade a impressão perene de desajuste. É esta falta de pertencimento que oferta uma vida no tempo presente aos que se colocam num desconhecido futuro –aquilo que Heller e Fehér convencionaram por “*post-histoire*”.⁷⁰

De modo geral, pode-se, à vista disso, denominar de hipermodernidade ou pós-modernidade o assombro insanável de uma geração flagelada por duas guerras de alcance mundial, que foi constrangida a se reinventar diante da usurpação de sua dignidade. Os grilhões da temporalidade clamavam por dissolução.

As resultantes jurídicas de tamanha transformação irradiaram sobre todos os ramos do direito. No âmbito das famílias, em especial, chama atenção o que o destacado Professor de Heidelberg, Erik Jayme, intitulou de “*leretoursdessentiments*”.⁷¹ A valorização do sentir, pelo retorno aos sentimentos, elevou o pluralismo à condição de direito fundamental, afastando as descrições

⁶⁸ MIZRAHI, Mauricio Luis. **Família, matrimônio y divorcio**. Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 61 e ss.

⁶⁹ BITTAR, Eduardo C. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 97-98.

⁷⁰ FEHÉR, Ferenc; HELLER, Agnes. **A condição política pós-moderna**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 12-18.

⁷¹ JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-moderna do Direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 759, 1999, p. 24.

normativas que estatuíam comportamentos imutáveis e universais. Doravante, a lei há de responder aos dilemas da sociedade com fluidez e adaptação, o que implica na dilatação do papel do intérprete e do aplicador.⁷²

O pluralismo suscita variação de possibilidades. Para a plena realização do ser humano, uma gama de alternativas deve estar à sua disposição. Cada um dos seres humanos definirá os rumos de sua existência na aquisição da íntima felicidade. Por isso é que, no direito contemporâneo, é patente a recepção de uma tal “*emocionalidade do discurso jurídico*”, nos termos de Carbonnier⁷³, impensável para o racionalismo moderno e para o *more geométrico* que orientou as primeiras codificações da modernidade.⁷⁴

É sob esse prisma que passamos agora ao exame do Direito de Família no mundo atual.

3.1 Mudanças no Escopo da Estrutura Familiar

Impõe recordar, de início, que o legalismo moderno flexibilizou o matrimônio eclesiástico, tal como relatado, favorecendo adeptos de todos os credos – mas esta não era uma tarefa das mais tortuosas, reconheçamos. O problema que se seguiu, não menos óbvio, escancarava as falhas do hermetismo legal, já apontadas por várias vertentes acadêmicas. Fechado em si mesmo, o dogma da legalidade não conseguiu satisfazer as exigências práticas da instituição familiar.

O indivíduo, como destinatário legítimo dos direitos legislados, carecia de instrumentos concretos para fazer valer tal legitimidade. A par deste vão incorrigível na ordem normativa é que lecionava Álvaro Villaça Azevedo: “*ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família.*”⁷⁵ Eis, então, o tom do Direito de Família contemporâneo: a proteção não apenas do arranjo familiar

⁷² FARALLI, Carla. **A Filosofia contemporânea do Direito**: temas e desafios. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 27 e ss.

⁷³ CARBONNIER, Jean. **Sociologia jurídica**. Madrid: Tecnos, 1982, p. 42 e ss.

⁷⁴ O constitucionalista espanhol, Pablo Lucas Verdú, ilustra perfeitamente essa tendência no ramo de seus estudos, afirmando: “*se o Direito está construído por causa do homem, há de tomar-se este como razão e paixão, como ser que pensa e sente, como racionalidade fundada sobre o sentimento*”. VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional comomodo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5.

⁷⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil**: artigos 1711 a 1783. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 19, p. 62.

formalmente determinado, mas dos membros em específico que orbitam em torno dele, sobretudo os mais frágeis, como a criança, o adolescente e o idoso.⁷⁶

O eixo de concentração das normas foi gradualmente deslocando-se da estrutura formal da família, contemplada em abstrato, para os seus integrantes, individualmente contemplados. Cláudia Lima Marques menciona um novo pluralismo de sujeitos, a partir do qual o núcleo familiar é concebido como o ponto de encontro de direitos individuais. ⁷⁷É indubitável que a família contemporânea converteu-se no *“locus de realização existencial de cada um de seus membros e espaço preferencial de afirmação de suas dignidades.”*⁷⁸

Desta maneira, o escopo da estrutura familiar, na contemporaneidade, vem se orientando, conforme explica Paulo Lôbo, pela *“afetividade especializada”*,⁷⁹ vale dizer: pela existência de deveres recíprocos próprios dos componentes da família. São deveres calcados na solidariedade humana, cuja consecução é imposta por lei. Em suma, os ditames da legalidade tendem a não adentrar em modalidades rígidas acerca da composição familiar que levavam em conta uma criteriológica legal reconhecidamente engessada.⁸⁰

Verifica-se, nas últimas décadas, a preferência pela consolidação de vínculos de índole socioafetiva a partir dos quais obrigações familiares serão devidas e exigíveis.⁸¹ Tal processo de transição é amiúde designado por *“repersonalização das relações civis”*⁸² – senão, vejamos:

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros, marca o deslocamento da função econômico-político-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa

⁷⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 107.

⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Igualdade entre os filhos no Direito Brasileiro atual: direito pós-moderno? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 16, 1999, p. 27.

⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 12, p. 5-22, out./nov. 2009.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 93.

⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 843-851.

⁸² Perlingieri, em sentido análogo, reporta-se a uma *“despatrimonialização”* do Direito Civil como uma tendência normativo-cultural: *“evidencia-se que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores).”* Cf.: PERLINGIERI, Pietro, *Ob. cit.*, p. 33.

humana mais do que suas relações patrimoniais. O anacronismo da legislação sobre família revelou-se em plenitude com o despontar dos novos paradigmas das entidades familiares.⁸³

Observemos, logo, que os consectários obrigacionais da afetividade dão a forma do contorno familiar, ainda que não cumpridos com a autenticidade afetiva esperada. Exatamente porque o afeto, como fato psicológico, não se confunde com o direito ao afeto – para Lorenzetti, o mais importante dos direitos humanos aplicáveis ao Direito de Família.⁸⁴ O instituto jurídico da afetividade é marco gerador de deveres presumidos (de modo absoluto!) a quem os tenha dado origem. Assim é que o papel da legislação, atualmente, tem sido o de realçar a responsabilidade que decorre do afetivo, fixando obrigações àqueles que originaram os vínculos da família, pouco importando as linhas formais de sua organização.⁸⁵

Em linhas genéricas, é acertado concluir que o direito das famílias, no tempo atual, concentra seus intentos na efetivação de uma vida digna, lastreada pela rede afetiva que une os seus integrantes, e não no assentamento de modelos legalistas a serem replicados no desenho estrutural da entidade familiar.⁸⁶

3.2 Novos Marcos Normativos

Em 1994, a Conferência Mundial da ONU teve como tema central o “Ano Internacional da Família”. Acadêmicos de vários países se comprometeram a apresentar pesquisas com os mais diversos levantamentos no tocante ao funcionamento do meio familiar. Desse modo, novas diretrizes poderiam ser aventadas para o milênio vindouro, com vistas ao aprimoramento jurídico, pedagógico e social da família.

⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano VI, n. 24, p. 54-55, 2004.

⁸⁴ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 154.

⁸⁵ FACHIN, Luís Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**: à luz do Novo Código Civil brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 69.

⁸⁶ CORTIANO JÚNIOR, Euroths. O Direito de Família no projeto do Código Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de doutrina sobre Direito de Família** – aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 4, p. 230.

A contribuição francesa recebeu merecido destaque. Antes da Conferência Mundial, um simpósio, sob o patrocínio da UNESCO, havia sido realizado, à título de prévia, pelo Instituto Francês da Infância e da Família, com o título: “Famílias e Pesquisas: novas questões, novos encontros, novas descobertas”. De lá saíram boa parte dos princípios norteadores que os civilistas da atualidade e valem na retificação e desenvolvimento do Direito das Famílias. Dentre eles, alguns devem ser mencionados:

- a) *A necessidade de uma abordagem interdisciplinar dos conflitos familiares;*
- b) *O rechaço a posições definitivas e acabas sobre a instituição da família, em apreço às pesquisas em curso;*
- c) *O reforço do nível de qualidade no diálogo entre pesquisadores e legisladores;*
- d) *A afirmação da responsabilidade familiar no comprometimento das obrigações afetivas;*
- e) *A reconstrução das convicções acerca dos interesses das crianças;*
- f) *A definitiva legitimação das conquistas femininas.*⁸⁷

De fato, a união entre os seres é muito mais complexa do possa parecer à primeira vista. Nela reside à base fundante de um instituto, ao mesmo tempo, ético, jurídico e político. A família responde diretamente às mudanças geracionais empreendidas no correr do percurso histórico. Todas as coordenadas de que lançam mão os civilistas, nas cogitações que trazem à lume, exemplificam com precisão os embates socioculturais do nosso tempo. Uma nova consciência sobre a sexualidade, a instituição do divórcio, as parcerias civis, a independência da mulher, a consolidação de movimentos reivindicatórios – todas essas pautas tiveram o seu nascedouro no seio da sociedade e, como uma matéria social autêntica, só depois foram homologadas pelo selo do direito.

Pode-se dizer com acerto que os institutos jurídicos que se voltam ao fenômeno da família estão, contemporaneamente, em busca da expressão natural do

⁸⁷ BARBOSA, Ágida Arruda. A mulher na área jurídica: família. In: AUAD, Sylvia Maria von AtzingenVenturoli (Org.). **Mulher**: cinco séculos de desenvolvimento. Belo Horizonte: O Lutador, 1999, p. 245.

afeto ou, ao menos, da responsabilidade que dele possa advir. O sentido familiar tem se intercambiado entre o papel biológico e o papel social da afetividade. Tal é, portanto, a tônica da ordem normativa familiar no terceiro milênio: a tutela jurídica do afeto.⁸⁸

O art. 4º, 7º e 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente constituem exemplo marcante – *in verbis*:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.⁸⁹

É patente a positivação de meios fortificadores do patrimônio afetivo e da integridade psíquica dos indivíduos-familiares, mormente os que suplicam tratamento especializado por parte do legislador. No mesmo sentido, assevera o art. 3º do Estatuto do Idoso:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.⁹⁰

Foi seguindo a propensão afetiva do Direito de Família que a civilística contemporânea delineou um original instituto no âmbito da responsabilidade civil.

⁸⁸ BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

⁸⁹ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

⁹⁰ BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Lei Federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

Trata-se da indenizabilidade por danos oriundos da quebra do vínculo afetivo. Os professores Flávio Tartuce e Christiano Chaves Farias, explicam essa vertente ressarcitória no âmbito do direito obrigacional tomando por parâmetro a boa-fé objetiva.⁹¹ Afinal, todos esperam que os membros de uma agremiação familiar sejam leais entre si, de modo que a presunção que sobre eles recai autoriza a compensação decorrente de eventual comportamento omissivo.⁹²

Outros institutos, já conhecidos, também assumem relevância maior em face da tutela do afeto. É o caso da guarda compartilhada, da adoção e da paternidade socioafetiva.⁹³ Em suma, a afetividade é hoje a principal baliza da construção legislativa na seara das famílias – sem sombra de dúvida a pedra de toque das relações familiares.

À vista disso, é oportuno aferir, de maneira mais detida, o lugar do Direito de Família brasileiro em meio a tantos avanços, em esfera legiferante e universitária. Com tal condão, julgamos oportuno começar por uma sucinta retrospectiva histórica, máxime a partir do último século.

3.3 O Direito das Famílias no Brasil

No retrospecto da evolução jurídica brasileira, é salutar que façamos um recorte histórico desde a Constituição de 1891. A razão é simples. Acompanhar o Direito de Família no período colonial e imperial, à luz das Ordenações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas,⁹⁴ em muito pouco acrescentaria ao que já foi exposto sobre a predominância das normas de origem canônica (item “2.2”).⁹⁵

A primeira Constituição republicana, redigida por Rui Barbosa, tinha evidente cariz liberal, servindo-se às escâncaras do modelo americano. Seu principal objetivo

⁹¹ FARIAS, Christiano Chaves. **A tutela jurídica da confiança aplicada ao Direito de Família**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 241 a 271.

⁹² TARTUCE, Flávio. O Princípio da Boa-fé Objetiva no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano VIII, n. 35, p. 5-32, abr./maio 2006.

⁹³ FACHIN, Luís Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**: à luz do Novo Código Civil brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 73.

⁹⁴ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Imprensa Vitória, 1958.

⁹⁵ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Imprensa Vitória, 1958, p. 29-30.

foi atenuar o poder unipessoal do imperador, descentralizando o manejo das instituições políticas. O impacto mais notável, no que se refere às normas de família, estava no brusco rompimento com os axiomas católicos que alinhavam o matrimônio religioso.⁹⁶ Coube ao Decreto 181, de 1890, instituir o casamento civil, cuja celebração passou a ser gratuita, tornando-se o único ato jurídico capaz de constituir a entidade familiar.

O Código Civil de 1916 foi produto de seis décadas de impasses e burocracias. A cabo de sua aprovação, ao menos um consenso parecia surgir: as mudanças socioculturais perpetradas em todo o mundo, durante o longo trâmite do projeto, evidenciavam uma legislação que já nascia velha. Nitidamente, o Código foi elaborado para o século anterior, desconsiderando as tendências acadêmicas mais recentes.

O Direito de Família ainda dispunha de feição na poleônica, mais preocupado em delimitar o arranjo formal da composição familiar do que em instituir direitos e garantias hábeis ao pleno desenvolvimento de seus integrantes.⁹⁷ Em linhas gerais, a família era o resultado do casamento entre homem e mulher, sendo esta considerada relativamente incapaz durante a vigência da sociedade conjugal. As funções da esposa eram rigidamente previstas, de modo a impossibilitá-la de qualquer outra, conforme se lê do art. 251:

Art. 251. À mulher compete a direção e a administração do casal, quando o marido:

- I. Estiver em lugar remoto, ou não sabido.
- II. Estiver em cárcere por mais de dois anos.
- III. For judicialmente declarado interdito.

Parágrafo único. Nestes casos, cabe à mulher:

- I. Administrar os bens comuns.
- II. Dispor dos particulares e alienar os móveis comuns e os do marido.
- III. Administrar os do marido.
- IV. Alienar os imóveis comuns e os do marido mediante autorização especial do juiz.⁹⁸

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 9. ed. São Paulo: OAB, 2008, p. 31-32.

⁹⁷ FACHIN, Luís Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**: à luz do Novo Código Civil brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 66.

⁹⁸ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.com.br>>. Acesso em: 08 set. 2021.

Explica Pontes de Miranda que o Código Civil de 1916 até conferia o direito de a mulher exercer uma profissão, desde que devidamente autorizada pelo marido, uma vez que os seus encargos familiares já estavam todos discriminados por lei.⁹⁹ Em síntese, é fora de dúvida que a primeira legislação civil brasileira foi deveras prejudicada por sua tortuosa tramitação, no que resultou num arcabouço de dispositivos a serem remodelados por incessantes reformas legislativas e pela cronologia da história judiciária.

A Constituição de 1934 procurou contemplar as demandas sociais que, cada vez mais gritantes, suplicavam abordagem específica do constituinte. Na linha de um intervencionismo estatal, previu-se, de forma inédita, o dever do Estado em amparar as famílias de prole numerosa, bem como a recomendação de exame de sanidade física e mental aos nubentes, de sorte a credenciá-los ao cumprimento efetivo das obrigações familiares. Insta destacar, igualmente, que as mulheres, pela primeira vez, ganham direito ao sufrágio.¹⁰⁰

A Constituição de 1937, afora o teor ditatorial, sob notória inspiração fascista, determinou a igualdade entre filhos havidos na constância do casamento, bem como a necessidade de proteção da infância e da juventude pelo Estado – o art. 125 e 127 exemplificam a preocupação, *in verbis*:

Art. 125. A educação da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever.

Art. 127. A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades.¹⁰¹

A Constituição de 1946 concentrou seus esforços na restauração do regime democrático, mas, ainda assim, houve por bem adicionar aos direitos da família aquele que previa a vocação hereditária de brasileiros, em relação a bens deixados no país por estrangeiros.

⁹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonard, 1947, v. 2, p. 36.

¹⁰⁰ GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007, p. 15.

¹⁰¹ BRASIL. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937.

A Constituição de 1967, sancionada pouco depois do golpe militar de 1964, tanto quanto sua Emenda Constitucional nº 1, de 1969, se ocuparam apenas do endurecimento das alterações concernentes ao exercício do poder político.¹⁰² Todavia, em fins dos anos de 1970, uma significativa mudança ocorreu. Comumente atribuída como um reflexo da simpatia de Ernesto Geisel pelo protestantismo, a Lei nº 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio, inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro o rompimento do vínculo matrimonial através da deliberação dos cônjuges. Para não desagradar, porém, os setores mais conservadores da sociedade, a lei impunha duas condições: o divórcio deveria ser precedido de separação judicial concedida há mais de três anos ou de separação de fato com mais de cinco anos.

Art. 4º - Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.

Art. 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento.

Art. 7º - A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens.¹⁰³

A Lei do Divórcio já refletia a aceitação de novos paradigmas, estimulando uma ampla discussão em nível nacional, cujo desfecho seria dado pela Assembleia Constituinte de 1988.

Senão, vejamos.

3.4 Reconhecimento e Diversidade

A Constituição de 1988 trouxe à lume a mais importante renovação em matéria de Direito de Família de toda a nossa história constitucional. Não seria demasiado dizer ter havido um desate de amarras medievais. O estabelecimento da

¹⁰² OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 66.

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Lei do Divórcio**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1977.

família, doravante, não se dá pelo casamento. A família, seja qual for a sua formatação, é a base da sociedade e deve ter proteção especial do Estado – eis o que se limita a dizer o constituinte originário:

CAPÍTULO VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, do ano de 2011, foi elucidativo o voto do Ministro Carlos Ayres Britto acerca do disposto supracitado – disse ele:

a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada.¹⁰⁴

Segue-se daí uma rica diversidade no desenho da estrutura familiar, conforme se depreende dos próprios parágrafos do art. 226. O § 3º (*“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”*) consagra, em sintonia com a gritante realidade pré-constitucional, a união estável como modalidade de família, contemplando as pessoas que nunca se interessaram pelo casamento, embora vivessem conjugalmente por vontade própria. O § 4º (*“Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”*) legitima a família monoparental, situação comum na vida das famílias, antes tratada à revelia da lei. É certa a lição do distinto jurista, Miguel Reale, se tomarmos para análise a normatividade constitucional instaurada em 1988:

a expressão Estado Democrático de Direito traduz uma opção para a democracia social, na qual o Estado é compreendido e organizado em essencial correlação com a sociedade civil, sem prejuízo do papel criador atribuído aos indivíduos.¹⁰⁵

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.277/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Data do julgamento: 05/05/2011.

¹⁰⁵ REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

A sequência de parágrafos atesta a riqueza do art. 226, do qual algumas palavras merecem ser ditas. O seu § 5º (“*Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*”) institui isonomia à sociedade conjugal, equilibrando os direitos e deveres de cada um. O § 6º (“*O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.*”) eliminou os obstáculos da Lei do Divórcio, facultando-o aos cônjuges sem quaisquer requisitos.

O § 7º é digno de atenciosa leitura:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Faz-se inequívoca a liberdade dada aos cidadãos pela Constituição Federal, a fim de que possam autodeterminar a condução do círculo familiar, ao alcance do melhor interesse de seus membros. Não mais existe uma “*construção geométrica da família*”, diria Ferreira Muniz¹⁰⁶ – havendo, ao contrário, uma diversidade merecedora de idêntico tratamento. Não obstante, o Estado não relega a família e os familiares à própria sorte, eximindo-se do fomento à dignidade, como fazia em outros momentos históricos. Por sinal, tal o teor do § 8º: “*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*”.

Aqui já se importa mencionar um dos reflexos mais impactantes da constitucionalidade familiar ora vigente. Tendo em vista a constitucionalização da união estável, e por não haver vedação expressa à união homoafetiva, a jurisprudência passou a reconhecer, no âmbito do Direito de Família e Sucessões, direitos equiparados ao de uma entidade familiar também àqueles que se uniam homoafetivamente. Uma analogia irretocável, consoante o magistério de Maria Berenice Dias.¹⁰⁷ Assim foi que o STF, na ADI anteriormente mencionada, reconheceu, com eficácia *erga omnes*, a união homoafetiva dentre a tipologia das

¹⁰⁶ MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família e evolução no Direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de Família e do Menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 77.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice **Família homoafetiva**. Seleções jurídicas Adv. São Paulo, jul. 2007, p. 16-17.

famílias, em julgamento cuja ementa, dada a riqueza de conteúdo, merece transcrição literal:

Ementa: [...] 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJANO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. [...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUcionista. [...] A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal *locus* institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMA CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEÇER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. [...] A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. [...] Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram

no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI nº 4.277-DF e ADPF nº 132-RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, data do julgamento: 05/05/2011).¹⁰⁸

Ante o exposto, chegamos ao estado vigente do percurso histórico. Uma vez superado o árduo itinerário que sedimentou a instituição familiar, em linhas jurídicas e culturais, passamos agora ao seu exame filosófico, a fim de encontrarmos a sua maximização, à luz da filosofia de Joaquim Carlos Salgado.

4 A FAMÍLIA A PARTIR DO IDEAL DE JUSTIÇA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

A Filosofia do Direito não é uma disciplina obsoleta, desvinculada das necessidades concretas, à deriva em especulações indemarcadas. Não é, consoante José Luiz Borges Horta, um “eco do passado” nem “florada de crepúsculo”, aprisionada em saudosismos e idealizações anacrônicas. À Filosofia do Direito foi confiada a intrincada tarefa de “conferir sentido à ação humana, à existência do Direito, do Estado e do Estado de Direito”.¹⁰⁹

Em virtude da existência do movimento construtor das linhas pós-positivistas na Filosofia do Direito, com grande influência jusnaturalista e na “virada kantiana”, a Ciência do Direito passou, com o objetivo de buscar o aperfeiçoamento do saber metajurídico, a dar maior atenção à temas que possuem grande ênfase axiológica no

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.277/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Data do julgamento: 05/05/2011.

¹⁰⁹ HORTA, José Luiz Borges. Ratio juris, Ratio potestas; Breve abordagem da missão e das perspectivas acadêmicas da Filosofia do Direito e do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 49, jul. 2006.

campo jurídico, em que pese as limitações humanas existentes quando da tentativa de se definir o conteúdo da moralidade e/ou eticidade nas relações familiares.

As cogitações de ordem filosófica que se darão neste capítulo pretendem esboçar o painel expositivo da evolução do Direito de Família ocidental. Para tanto, se servirão de dois eixos teóricos, cujos pontos de conexão são muito mais expressivos do que suas tímidas diferenças: G. W. Friedrich **Hegel** e Joaquim Carlos **Salgado**.

4.1 Direito e História: As contribuições de Hegel

Joaquim Carlos Salgado é preciso ao dizer: “a *Filosofia do Direito* tem de privilegiar o seu próprio objeto, o direito”.¹¹⁰ Perdidos em cogitações indemarcadas, muitos estudiosos do ramo dão primazia a aspectos de ordem política, psicológica ou linguística, por exemplo. Por óbvio, não queremos dizer com isso que a interdisciplinaridade deva ser evitada em benefício de uma pureza metodológica ao gosto kelseniano. É que, nos extensos repertórios de estudos de filosofia jurídica, tem-se encontrado temários dos mais inusitados, sem qualquer apreço, porém, à normatividade vigente.

De maneira didática, Salgado¹¹¹ concebe o desenvolvimento da Filosofia em três eixos centrais:

- a) *Metafísica do Objeto*, que compreende as culturas clássicas - greco-romana, e a cristã, que as assume - gestada desde Thales de Mileto a Santo Tomás de Aquino;
- b) a *Metafísica do Sujeito*, representada pela Filosofia Moderna, de Descartes a Kant; e
- c) a *Metafísica Especulativa*, que se vê de Hegel em diante, em que a dicotomia sujeito-objeto desaparece através do movimento de ascensão da *consciência* rumo a *consciência de si* e à *Razão*, como se vislumbra na *Fenomenologia do Espírito*.

¹¹⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**. Fundamentos e aplicação do Direito como um máximo Ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 16.

¹¹¹ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**. Fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1-2.

Assim, Hegel supera a dicotomia sujeito-objeto, que se verificava na Filosofia a ele anterior, considerando-os como *momentos*:

O caminho pelo qual Hegel superará a divisão sujeito-objeto deverá ser tal em que os mesmos se mostrem apenas como momentos. Ora, o sujeito só pode ser objeto e o objeto, sujeito, o sujeito só pode ser objeto de si mesmo, enquanto considerado no único elemento em que há o sujeito, o pensamento. É a partir do momento em que o pensamento pode colocar-se como objeto de si que a unidade imediata de ser e pensar afirmada por Parmênides – o começo do processo de formação da filosofia – é possível como unidade mediatizada ou refletida. O pensamento, e apenas o pensamento, é, pois, o universal e o particular, uma vez que se divide em sujeito e objeto. Isso não é possível à natureza, que não pode ser sujeito, embora possa, em si, ser considerada um todo dividido em partes, como gênero e espécies. [...] Ora, a dialética é exatamente o movimento interno em que a parte é ao mesmo tempo o todo, porque tem em si a sua negação. O pensamento como sujeito é toda a realidade do pensamento, portanto, também como sujeito.¹¹²

É valioso o magistério de Hegel, a esse propósito. Ora, a circularidade dialética não se consoma no plano ideal. A síntese dos opostos não se restringe a abstrações. É na concretude do existir que o homem se desembaraça das contradições que lhe foram impingidas. A ontologia hegeliana nos ensina que a filosofia não se volta para o encanto do passado, tampouco para as quimeras do futuro: o tempo presente é momento preciso para o conhecimento da verdade.¹¹³

Faz-se mister considerar, de início, que as matérias de índole jurídica constituem, não raro, apêndices ou capítulos isolados nas filosofias de grandes pensadores. Após um árduo engenho teórico, as noções de direito chegam para compor tópicos marginais dentro de um arranjo filosófico já bem determinado. Com Hegel, todavia, não ocorre desse modo. O direito ocupa posição decisiva em sua filosofia, de maneira que, aqui, não se aplica a comum distinção entre uma filosofia do direito e uma outra mais abrangente e propriamente dita, da qual a primeira é mera integrante. Ambas se confundem de lado a lado.

Importante salientar, ainda, que, diferentemente de Kant, em Hegel a história assume um papel essencial enquanto “tempo da liberdade”, é a história que revela a liberdade e é nela que a liberdade se dá. A história é um processo que se desenvolve a um plano cada vez mais ético (Kant), ou seja, no “sentido de ser o homem cada vez

¹¹² SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 76-77.

¹¹³ HEGEL, Friedrich. **A razão na História**: uma introdução geral à Filosofia da História. 2. ed. Tradução: Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2001, p. 56-60.

mais livre. E o homem só será efetivamente livre quando sabe dessa liberdade no final do processo histórico”¹¹⁴.

O direito em Hegel é o momento da *dialética do Espírito* que representa com maior vivacidade a sua realização.¹¹⁵ O homem jamais poderia legislar sobre o mundo, como pensou Kant. A ruptura entre o sujeito que conhece e os objetos do conhecimento não é acatada pelo hegelianismo. Estamos em face de uma completa imbricação entre pensamento e realidade.¹¹⁶ O que, das coisas, é “em-si” é, para nós, acessível. Hegel confronta fortemente o subjetivismo que a filosofia kantiana herdou de Descartes. Revisitemos alguns itens de seu sistema filosófico para melhor compreendermos o que se passou com o chamado idealismo.

A dissensão entre o mundo mental e mundo sensível é um acinte ao conhecimento da verdade – eis o principal pilar de confrontação erigido por Hegel contra o kantismo. Os postulados hegelianos intentam demonstrar que o que há de verdadeiro só pode ser factual.¹¹⁷ Daí porque o saber da *Providência* se revela historicamente, aos olhos nus de quem o veja.¹¹⁸ A realidade é doadora espontânea do saber racional, donde vem a conhecida asserção, também chamado de **princípio da identidade**: “o real é racional e o racional é real”.

As formas *a priori* da inteligibilidade apontadas por Kant como categorias do pensamento são para Hegel o modo como a própria existência se concretiza. Metafísica e lógica se embaralham na irremovibilidade do *ser*. Já não mais interessa a perquirição de um fundamento que transcenda à física e explique as cambiâncias dos costumes. A realidade é unívoca e informa as veredas da verdade nos descaminhos do tempo.¹¹⁹ A evolução da história é regida por desígnios eternos, cuja

¹¹⁴ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica filosófica e aplicação do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 49.

¹¹⁵ FASSÓ, Guido. **Historia de la Filosofia del Derecho**. Madrid: Piramide, 1996, t. 3, p. 75.

¹¹⁶ LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. **A formação do pensamento de Hegel**. São Paulo: Loyola, 2014.

¹¹⁷ HEGEL, Friedrich. **Fenomenologia do espírito, Parte I**. 2. ed. Tradução: Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 30 e ss.

¹¹⁸ ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia**. 7. ed. Tradução: Antônio Borges Coelho e outros. Lisboa: Presença, 2006, p. 81.

¹¹⁹ HYPOLITE, Jean. **Gênese e estrutura da fenomenologia do espírito de Hegel**. Tradução: Andrei José Vaczi. São Paulo: Discurso, 1999, p. 96.

manifestação dá-se numa circularidade de três etapas: tese, antítese e síntese. A tal processo Hegel chamou de *dialética*.¹²⁰

Ricardo Henrique Carvalho Salgado nos ensina que a filosofia

tem na formação a condição de sua existência. [...] O que Hegel denomina de natureza formal da formação repousa na universalidade. Do conceito de elevação à universalidade, Hegel consegue entender numa unidade o que sua época entendia por formação. Elevação à universalidade não, é, por exemplo, ver-se restringido pela formação teórica e não significa, de forma alguma, apenas um comportamento teórico em oposição a um prático, mas cobre o todo da essência da racionalidade humana. É de a essência universal da formação humana tornar-se um ser espiritual no sentido universal [...]. A formação como elevação à universalidade é, pois, uma tarefa humana.¹²¹

Toda a expressão da vida se desenvolve por contradições imanentes, dentro das quais problemas e soluções se justapõem mutuamente,¹²² à medida que se superam na trilha da eternidade. Em meio a esse desenvolvimento dialético, o *espírito* progride por três etapas sucessivas:

- a) *Espírito subjetivo (subjektives Geist)*;
- b) *Espírito objetivo (objektives Geist)*;
- c) *Espírito absoluto (absolutes Geist)*.

Cada patamar evolutivo é encaminhado de forma contínua, até a autoconsciência absoluta. O *espírito* engendra relações cada vez mais profundas, segundo a gradação dialética da processualidade histórica, a superar sua individualidade. Num primeiro momento, o *espírito* subjetivo vai se traduzir na consciência individual, antes de adentrar na vida coletiva. Saindo de si, o *espírito* encontrará a objetividade em três estágios distintos: o direito (*Recht*), a moralidade (*Moralität*) e a eticidade (*Sittlichkeit*). O direito representa a formalidade exterior, sem referências aos desígnios da interioridade individual. A moralidade se ocupa das

¹²⁰ ARAÚJO, Diego Manente Bueno de. **A dialética da ideia de justiça no mundo contemporâneo**: consciência moral; política; consciência jurídica e Estado Democrático de Direito. Dissertação (mestrado em direito) - Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

¹²¹ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **A fundamentação da Ciência Hermenêutica em Kant**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 42.

¹²² HEGEL, Friedrich. **Fenomenologia do espírito, Parte I**. 2. ed. Tradução: Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 164.

deliberações da vontade no plano interior. E a eticidade refere-se à identidade concreta da volição subjetiva com as exigências práticas da moral.¹²³

Notemos, ante o exposto, que o *espírito* objetivo, adentrando no âmbito da coletividade, converte sua vontade em instância criadora de relações e instituições que, em si mesmas, são objetivas. Isso explica porque, segundo a concepção hegeliana, o Estado é o reflexo da maturação histórica de um povo. O direito emanado da força estatal é a realidade vital do *espírito*, nele mesmo integrado e, portanto, **reconhecido**.¹²⁴ Em resumo, o Estado hegeliano abriga a essência encarnada de uma sociedade, como revérbero dos valores que se robusteceram culturalmente.

4.2 O Ideal de Justiça no Mundo Contemporâneo

O Estado Constitucional Democrático, que tem como marcos inaugurais as Cartas Políticas francesas de 1789 e a Constituição norte-americana de 1787, caracteriza-se, entre o mais, pela garantia e afirmação da liberdade. O conceito de liberdade realiza-se nos direitos fundamentais constitucionalmente declarados, que é a finalidade ética do Estado Ético Mediato ou Estado de Direito¹²⁵.

A leitura constitucional contemporânea deve considerar um amplo espectro de valores, explícitos e implícitos no próprio sistema constitucional, como decorrência lógico-filosófica de sua unidade. O texto constitucional deve ser compreendido como momento de afirmação do *ethos* de determinado povo, como um complexo sempre aberto de posições pluralistas e antagônicas.

Como desdobramento histórico do próprio processo de cultura, a Constituição é resultado de valores predeterminados, fruto da evolução da afirmação da liberdade na história, como afirmação de consenso racional. As normas constitucionais serão produto da concretização de valores universais, mas não esgotam o plano de verificação de tais valores.

¹²³ FASSÓ, Guido. **Historia de la Filosofía del Derecho**. Madrid: Piramide, 1996, t. 3, p. 80.

¹²⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.

¹²⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Ano XVI, n. 2, 1998, p. 05.

A Constituição apresenta-se como momento de racionalização, declaração e concretização universal de valores históricos desenvolvidos pelo espírito de um povo, tradutora de sua unidade e da consciência de sua liberdade. Com efeito,

é na constituição democrática contemporânea que se dá a superação da oposição entre poder e liberdade” e “é no Estado Democrático contemporâneo que surge a ideia de autonomia (Kant) privada e pública (participação na elaboração de leis que regem a própria conduta), na experiência da Revolução, com o que se põe em definitivo a unidade do poder e da liberdade¹²⁶.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil comporta certos princípios e regras atinentes ao Direito de Família (constitucionalização formal do Direito de Família). Coabitam no texto constitucional direitos fundamentais e deveres fundamentais de diferentes matizes.

A par disso, Joaquim Carlos Salgado suscita a sedimentação de uma *Ideia de Justiça* no mundo contemporâneo, desenvolvida justamente na esteira do desdobramento da racionalidade histórica imanente ao direito, cujo principal valor, segundo ele, é mesmo a justiça.¹²⁷

Nesse sentido, a rota dialética dessa evolução, dirá Salgado¹²⁸, contempla três grandes referências temporais:

- a) *O período clássico, da **Metafísica do Objeto***: o valor que configura a justiça é a igualdade, sendo sua matriz filosófica abarcada pelo íterim que compreende Thales de Mileto até Santo Tomás de Aquino, dentro do qual destaca-se a cultura grega, romana e cristã;
- b) *O período moderno, o da **Filosofia do Sujeito***: é colocado na ideia de justiça o valor da liberdade, cujo conteúdo é a igualdade, espectro que vai de Descartes a Kant;
- c) *O contemporâneo, o da **Metafísica Especulativa***: aqui, o valor trabalho se alia à igualdade e liberdade, formatando a ideia de justiça também no

¹²⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Ano XVI, n. 2, 1998, p. 01 e 03.

¹²⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, 1996, p. 103.

¹²⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 61.

plano social, sem anular a realização individual de cada bem jurídico, tendo sua baliza temporal a partir da obra de Hegel.

Refazendo trânsito historiográfico do *ethos* ocidental, Salgado argumenta que a configuração contemporânea do Estado de Direito assume o papel prestacional de realizar a justiça, não deforma instantânea, mas distribuída nos direitos fundamentais, cuja efetivação orienta a consciência do Estado Democrático de Direito.

Não é demais pontuar que o panorama que sustenta o progresso indicado por Salgado encontra-se na lógica dialética de Hegel. Os vetores históricos do fenômeno jurídico se convergem no **momento especulativo** (*speculum*) da metafísica contemporânea, dimensionando o projeto de ordenação social justa, já aventado por Hegel. Coube ao idealista alemão fornecer ordem de funcionamento da realidade, identificando-o com os próprios mecanismos do pensamento, na resolução de contradições e no levantamento de identidades.

O que Salgado fez, em vista disso, foi inserir na estruturada totalidade do real o valor da justiça, não mais como anseio moral subjetivo, mas objetivado na realização concreta dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.¹²⁹

Aqui está à justificativa filosófica do regaste ao direito romano, empreendido por Salgado, do qual falamos no *Capítulo 1*.¹³⁰ O recobrimento filosófico da jurística romana pretendeu encontrar a ideia de justiça que, contemporaneamente, veio a assumir uma dimensão fundamental. A reflexão acerca da racionalidade imanente ao direito positivo, cuja origem está no romanismo clássico e na força coercitiva da *actio*, deságua nos dias atuais na exibibilidade de direitos precípuos ao ser humano, dos quais todos são destinatários indiscriminadamente.

Em tal sentido, prossigamos com Salgado:

Só se torna efetiva na realização concreta do direito, como fruição do sujeito de direito. É no sujeito de direito que se realiza a sua singularidade, o universal concreto, em que a particularidade do indivíduo diante da lei e a universalidade abstrata da lei se ultrapassam na unidade concreta da fruição do direito pelo sujeito universal de direito.¹³¹

¹²⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 105.

¹³⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, 1996, p. 12-24.

¹³¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, 1996, p. 57.

Apesar de surgir o sujeito de direito em Roma, Salgado completa que somente após a Revolução Francesa é que surge a noção de sujeito de direito universal, porquanto o **reconhecimento** efetivo da titularidade de garantias que transcendem o direito privado é articulado apenas nessa época. Diz ele, ainda, que a efervescência política conseguiu transpor a consciência moral para o plano social, no qual o direito é acionado como mediador dos interesses supraindividuais. Portanto, é a política que encaminha os ditames morais ao plano objetivo da normatividade.¹³²

A luta histórica da liberdade humana ante a arbitrariedade dos poderes impostos indica os vetores contrários que puderam encaminhar a síntese contemporânea da ideia de justiça no mundo ocidental. De modo geral, pode-se condensar o raciocínio salgadeano como uma derivação da dialética de Hegel aproveitada ao direito, segundo a qual o *status* jurídico é a positivação culturalmente reconhecida dos valores normativos.

4.3 O *Máximum Ético*

Em sequência, cabe-nos pontuar, seguindo a linha de Salgado, que a lei vigente constitui a mais elaborada expressão da consciência jurídica. No comando de seu enunciado encontra-se a unidade da *ratio* e da *voluntas*, porquanto a racionalidade jurídica põe em plano universal a aplicação do direito, de modo que, mesmo em havendo descumprimento, o agente sabe qualificar sua vontade diante do sentido normativo. A consciência do valor legal e do querer à sua realização revela a conjunção da forma e do conteúdo – noutros termos: conjunção da *auctoritas* (*voluntas*) – arbítrio heterônomo apto à produção de efeito jurídico – e do reconhecimento (inteligibilidade) do destinatário das normas.¹³³

É exatamente esta a razão para Salgado defender que a fruição da liberdade não se resume num simples movimento físico e no espaço. Ora, a efetivação da liberdade assenta-se na consciência interna e externa do livre-agir. Compete ao direito positivado e universalizado alinhar o estágio da mentalidade jurídica vigorante na temporalidade presente, afastando concessões artificiais e autoritárias.

¹³² SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, 1996, p. 58.

¹³³ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 108.

Salgado traz à tona uma visão inovadora do direito, o direito visto como *maximum ético*, no qual todos os sujeitos universais de direito são titulares dos direitos fundamentais preditos nas Cartas Constitucionais dos Estados democráticos e reconhecidos de modo universal e igual a cada sujeito.

O direito toma, pois, forma de máximo ético e a justiça passa a ser compreendida como o desenrolar da liberdade na figura de direitos subjetivos e como justiça universal no Estado de Direito hodierno, onde há a positivação e a realização dos direitos fundamentais nas normas democráticas das sociedades civilizadas e na Carta das Nações Unidas:

A ideia de justiça no mundo contemporâneo, tal como tenho estudado nos últimos anos, é a universalização máxima do direito na forma de direitos fundamentais, um elenco de valores máximos reconhecidos universal e igualmente todos os seres humanos. Eis como o direito aparece no mundo contemporâneo, como o *maximum ético*, e a justiça como desdobramento da liberdade na forma de direitos subjetivos e, no Estado de Direito contemporâneo, como justiça universal, entendida como declaração e efetivação dos direitos fundamentais nas constituições democráticas dos povos civilizados e na Carta das Nações Unidas. Trata-se, portanto, de empreender uma teoria da justiça segundo a realidade histórica do mundo em que vivemos, caracterizada pelo Estado Democrático de Direito, que, por ser momento de chegada da cultura ocidental, põe-se como verdade do direito a englobar, portanto, todo o direito em todos os seus momentos históricos, ainda que aparentemente se manifeste com aspectos de irracionalidade.¹³⁴

A dialética especulativa é o meio pelo qual Salgado reconhece a totalidade inafastável do real, incutindo, em sua proposição teórica, a potência do legado histórico na ilustração da síntese de cada época. Diferente de Hegel, porém, coloca a normação jurídica à frente da deliberação política pela estatalidade. Eis a diferença marcante de sua teoria: Salgado não pretende recuperar a homogeneidade da *polis* grega, como quis Hegel, mas sim o conceito de pessoa de direito, própria do direito romano.¹³⁵

À vista disso, ele chama de “*maximum ético*” a efetivação da justiça no Estado Democrático de Direito. Diversamente de Hegel, que instala a sociedade civilmente organizada pelo direito no trajeto evolutivo do *espírito* objetivo, a culminar na eticidade

¹³⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do direito como *maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

¹³⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**. Fundamentos e aplicação do Direito como um máximo ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 70.

mediadora do universal abstrato e do singular ou universal concreto, Salgado concentra no direito o poder sintetizante do processo ético do grupo social.

É que, pelo prisma hegeliano, a democracia vai se limitar a uma forma de governo, quer dizer: uma mera transição da consciência moral para a consciência jurídica no Estado. O processo político se protagoniza nessa empreitada. Entretanto, Salgado, embora não rebaixando a importância da dinâmica política, entrega ao direito a verve formalizadora do *ethos* radicado na comunidade jurídica – *in verbis*:

Aqui, inverte-se a proposta hegeliana de Filosofia do Direito. Não o político, o Estado, tem a primazia do conceito ou momento de chegada do processo ético. É o direito que ocupa esse lugar superior no processo histórico do ético. A moral é o momento ainda abstrato desse processo, que, através do político, o Estado, realiza o momento da efetividade ética plena, o direito. A moral em si mesma considerada permanece ligada ao sentimento, em que pese o esforço filosófico para dar-lhe racionalidade plena.¹³⁶

O *maximum* ético, desta maneira, é tido como posição de máxima universalização da cultura jurídica do ocidente. Melhor se diria que se trata do ponto de chegada do processo ético, momento em que os valores mais estimados ao Estado Democrático de Direito são postos à serviço de quem os reconhece. Aqui já se importa fazer uma distinção. O conceito lançado por Salgado não é um complemento ou uma oposição àquele proposto por Jellinek:

Não se trata de contrapor essa concepção [do *maximum* ético] com a de mínimo ético de Jellinek, pois a noção de mínimo ético trazem si mesma a sua oposição. Dizer que o direito é o mínimo ético naquilo que eticamente não pode deixar de ser regulamenta do como denominador comum das variantes éticas ou das condutas que podem ficar fora da sua regulação por não perturbar a conservação da sociedade é dizer que o direito regula o que é universalmente aceito por todos ou com o que todos concordam.¹³⁷

Continua Salgado, agora explicitando a sua posição:

o que se compreende como *maximum* ético é que quando certos valores, constituindo um núcleo da constelação axiológica de uma cultura, alcançam a universalidade material reconhecida na consciência ético-jurídica de um povo e a universalidade formal pela sua posição e normatização através da vontade política desse povo, é que adquirem a natureza de direitos.¹³⁸

¹³⁶ SALGADO. Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 15.

¹³⁷ *Idem.*, p. 9.

¹³⁸ SALGADO. Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10.

Notemos, com isso, que, à exemplo de Hegel, a realidade histórica é, para Salgado, provedora espontânea de racionalidade, de sorte que a futuridade de desdobra como síntese do presente e do passado. Logo, presentemente, o ser humano lida com o soldo histórico de suas raízes culturais, e o reconhecimento valorativo que daí advém terá no direito o meio de formalizar sua universalidade:

Positivados esses valores pinaculares como direitos nas declarações constitucionais dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, esse *maximum ético* (extensiva e intensivamente considerado) é termo de chegada do processo dialético do ético, pois é o momento em que se cumpre a auto-inteligibilidade do espírito do Ocidente na sua vertente ética, desenvolvido no tempo histórico, no qual o homem se revela:

- a) como animal racional na cultura grega;
- b) como pessoa de direito na cultura romana e pessoa moral na cultura cristã;
- e
- c) como indivíduo livre ou cidadão e sujeito de direito universal na declaração de direitos das constituições pós revolucionárias.

Apliquemos, doravante, a filosofia salgadeana aos postulados do Direito de Família atual, a fim de encontrarmos a conclusão possível.

4.4 A Maximização Ética da Constituição Familiar

Convém reiterar, logo de pronto, que o movimento dialético que é o substrato essencial da sociedade civil.¹³⁹ No vai-e-vem das dinâmicas geracionais, o agrupamento dos povos assimila, cada qual a seu modo, as protestações do tempo presente ante às resistências ancestrais do passado. A maturação virá com uma síntese integrativa desse conflito reconhecida por todos.

A esse propósito, comenta Salgado:

a filosofia é pensar a realidade no seu tempo e a realidade é o político nas formas históricas de manifestação da razão. A realidade que para Hegel é a unidade da essência e da existência, é o conteúdo do filosofar, é a história compreendida no seu sentido imanente, a razão que se realiza como vontade racional da liberdade na forma do político.¹⁴⁰

¹³⁹ LEFEBVRE, Jean-Pierre; MACHEREY, Pierre. **Hegel e a sociedade**. São Paulo: Discurso, 1999, p. 26.

¹⁴⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 381.

Vimos anteriormente a sutil diferença entre Salgado e Hegel. Ante o excerto acima descrito, e evidente proximidade entre ambos, compete frisar agora um dos pontos de maior contato entre as duas filosofias. Começemos, destarte, pelo seguinte trecho:

A sociedade civil que, substituindo a família, deveria por isso tornar possível ao indivíduo, por si mesmo, produzir sua subsistência e fruir do produto social, produz um resultado inverso, uma população carente, sem trabalho e sem participação na sua riqueza. Essa contradição interna da sociedade civil, não sendo natural, tem de trazer em si mesma a solução, que não pode evidentemente consistir na contingente e ocasional boa vontade dos ricos, pelas ajudas caritativas de organizações de assistência, o que suprimiria o direito, a autonomia e a dignidade de o indivíduo produzir sua existência pelo trabalho.¹⁴¹

Hegel também via na última instância do *espírito* objetivo(eticidade) a evolução da família rumo à sociedade. A eticidade, diz ele, se desenvolve em três estágios (*Stufe*)¹⁴², no intento de objetivar o plano vital do *espírito* diante da convivência coletiva. O primeiro deles é exatamente a família (*Familie*).

A relação entre os sexos, na fundação do meio familiar, dá origem a primeira relação ética autoconsciente. Mas a prole não é criada para permanecer aos ascendentes, rumando-se ao exterior da família. A transformação do filho em pessoa autônoma enseja uma multiplicidade de grupos familiares. Daí é que se brota a sociedade civil (*bürgerliche Gesellschaft*). As relações recíprocas entre os indivíduos fora da tenda familiar encaminham a transição do singular para o plural. Eis, assim, a marca da vida social: a integração de indivíduos oriundos de famílias diferentes.¹⁴³

O sistema de necessidade recíprocas, em vista das relações intersubjetivas, gestarão a estrutura econômica de um povo, tanto quanto a administração de sua justiça e de sua polícia. Logo, a raiz ética do Estado (*Staat*), o último estágio da eticidade, tem sua raiz ética fincada no bojo familiar e na sua expansão orientada ao convívio social.¹⁴⁴

¹⁴¹ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 379.

¹⁴² HEGEL, G. W. Friedrich. **Lecciones sobre la Historia de la Filosofia**. Traducción: Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 258.

¹⁴³ FASSÓ, Guido. **Historia de la Filosofia del Derecho**. Madrid: Piramide, 1996, t. 3, p. 81.

¹⁴⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 309.

Tomando como critério o *máximum* ético salgadeano, para a legitimação do direito, notaremos que a família hegeliana encontrará maior proteção se obtiver um suporte jurídico que possa positivar seus valores. Tanto em Hegel como em Salgado a constituição familiar vigente no tempo lança as bases da estatalidade. Todavia, em Salgado, a efetividade dos vínculos familiares já é protegida antes de se lançar às inconstâncias do nicho social.

Nesse ponto, Salgado e Hegel novamente se lança em caminho distintos. O amadurecimento político exigido por Hegel, no soerguimento da força estatal, recebe o exame do direito, pelo saber prudencial do jurista, em Salgado. Levando em conta a problemática do Direito de Família contemporâneo, que luta pelo reconhecimento da afetividade de seus integrantes, havemos de perceber que os avanços nessa coordenada só são possíveis porque o direito se lança ao atendimento das súplicas sociais, e não porque a comunidade política é consensual em tal ou qual temário.

A proposta de Salgado dispõe, então, de uma considerável vantagem: o apogeu do produto ético legado pela história é examinado juridicamente, e não apenas politicamente. Avanços e retrocessos não podem se dar sem a forma prevista em lei. Está em Salgado, portanto, o pleito de previsibilidade dos efeitos normativos, segundo o ânimo social que vigora no tempo corrente.

Em suma, damos razão à Salgado, ao apoiarmos o deslinde evolutivo da instituição familiar na ascensão da criteriologia legal, hoje afinizada com a noção de afetividade. É exatamente porque a comunidade jurídica, nos labirintos da racionalidade histórica, amadureceu tal posição, que se torna possível fundamentar os anseios dos indivíduos que antes já a apregoavam.

Ante o exposto, diremos que a progressão do Direito de Família é *pari passu* ao ritmo da consolidação dos valores éticos, nem mais rápida nem mais devagar. Isso porque, só com a sedimentação dialética de seus postulados, será possível discernir fundamentos jurídicos aptos ou não à defesa de pautas específicas nesse contexto.

CONCLUSÃO

Asseveramos em nossa *Introdução* que a pesquisa que levaríamos a cabo não tinha pretensões conclusivas, antes se lançando como uma linha auxiliar de perquirição da normatividade vigente.

Com tal intuito, logramos estudar a quadro jusfilosófico do Direito de Família, desde os seus aspectos históricos e jurídicos até os dilemas práticos de sua aplicação eficaz, perpassando pelo pano de fundo filosófico que imbuíu a sua evolução, com vistas a reafirmar a qualidade de “*maximum ético*” do direito fundamental à dignidade familiar.

Modestamente, não poderíamos obter outro resultado, senão este que vem à lume nesta asserção conclusiva. Por oportuno, diremos aqui que os ímpetos de originalidade que pululam a pesquisa acadêmica é sinal claro de estudos insuficientes. A moderação, nesse contexto, não há de significar consideração ou complacência. É que, não só em tópicos filosóficos, mas em qualquer postulado que queria se fazer compreensível, qualificar as questões talvez seja mais vantajoso do que fixar uma última resposta.

Daí porque, de nossa parte, enxergamos com nitidez os desafios impostos pela ciência jurídica contemporânea. Quanto mais se conhece, mais se tem por conhecer. O novelo do conhecimento não possui um ponto final. Logo, até enunciados de enorme resistência não merecem uma adesão resoluta. Nossa finalidade não foi outra senão elevar a qualidade do debate sobre os temas tratados, muito antes de propormos soluções açodadas.

O retorno atento aos fundamentos comporta, em tantos casos, a gestação surpreendente do novo. Assim é que o ensino se transforma em pesquisa e os cânones irrenunciáveis em novidades inesperadas. Rememorando os capítulos da história já consumados, faz-se possível apontar os erros a serem corrigidos e os acertos a serem preservados, contribuindo para o enriquecimento do debate atual.

Nessa toada, indicamos, no *Capítulo 1*, os marcos iniciais da consciência jurídica, revisitando o apogeu da latinidade e a herança grega na construção do direito. Foi possível perceber que só com o direito romano tem-se o nascimento do destinatário normativo como sujeito de direitos e deveres, oponíveis e pleiteáveis.

No *Capítulo 2*, fizemos a historiografia da instituição familiar nas raias temporais de maior relevância, com o fito de apresentar os grandes paradigmas que deram forma ao Direito de Família hodierno.

Já no *Capítulo 3*, exboçamos as últimas tendências na pesquisa acadêmica e na realidade forense acerca da compreensão da família. Notamos a inclusão legislativa à pessoas antes relegadas a margem da legalidade, doravante legítimas titulares de direito. Esteve nítido o aspecto agregador e abeto a diversidade do novo Direito de Família.

Por último, à luz da teoria do *máximum* ético, da autoria de Joaquim Carlos Salgado, tornou-se viável sustentar a universalidade do Direito de Família, ante a comprovação do seu assentamento histórico na consciência do direito posto. Entendendo o fenômeno jurídico como o *máximum* ético de uma cultura, isto é, a forma histórica mais avançada e elaborada de universalização dos valores éticos, vislumbramos roupagem jurídica da realidade familiar que dá unidade ao *ethos* da comunidade juridicamente organizada.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia**. 7. ed. Tradução Antônio Borges Coelho e outros. Lisboa: Presença, 2006.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO, Diego Manente Bueno de. **A dialética da idéia de justiça no mundo contemporâneo**: consciência moral; política; consciência jurídica e Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **Física**. Traducción Guillermo Echandía. Barcelona: Gredos, 1995.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil**: artigos 1711 a 1783. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de Direito de Família**. 3. ed. Recife: Bagaço, 2014.

BARBOSA, Águida Arruda. A mulher na área jurídica: família. In: AUAD, Sylvia Maria von AtzingenVenturoli (Org.). **Mulher**: cinco séculos de desenvolvimento. Belo Horizonte: O Lutador, 1999.

BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha . In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2006. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BITTAR, Eduardo C. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 9. ed. São Paulo: OAB, 2008.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.com.br>>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. **Estatuto do idoso**. Lei Federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Lei do Divórcio**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.277/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Data do julgamento 05 maio 2011.

CARBONNIER, Jean. **Sociologia jurídica**. Madrid: Tecnos, 1982.

CORTIANO JÚNIOR, Euroths. O Direito de Família no projeto do Código Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira Leite (Coord.). **Repertório de doutrina sobre Direito de Família** – aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Ed. das Américas, 1961.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Revisado e atualizado por José Gomes Bezerra Câmara Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DE QUINCEY, Thomas. **Os últimos dias de Immanuel Kant**. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: v.1, n. 123, p. 143-165, jul/dez. 2006.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. **Seleções Jurídicas Adv.**, São Paulo, jul. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2007.

FACHIN apud CUNHA, M. E. de O. **O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

FACHIN, Luís Edson. **Teoria crítica do Direito Civil: à luz do Novo Código Civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARALLI, Carla. **A Filosofia contemporânea do Direito: temas e desafios**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIAS, Christiano Chaves. A tutela jurídica da confiança aplicada ao Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, v. 5, 2006. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

FASSÓ, Guido. **Historia de la Filosofia del Derecho**. Madrid: Piramide, 1996. t. 3.

FEHÉR, Ferenc; HELLER, Agnes. **A condição política pós-moderna**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

FERRY, Luc. **Famílias: política e vida privada na era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva – hermenêutica e a filosofia prática**. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 3.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213-250.

GALUPPO, Marcelo. **A epistemologia Jurídica entre o positivismo e pós-positivismo**. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Liv. do Advogado Ed., 2007.

GLISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Imprensa Vitória, 1958.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2004.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L & PM Ed., 2011.

HEGEL, Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. 2. ed. Tradução Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 1992. Parte 1.

HEGEL, G. W. Friedrich. **Lecciones Sobre la Historia de la Filosofia**. Traducción Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

HEGEL, Friedrich. **A razão na História: uma introdução geral à Filosofia da História**. 2. ed. Tradução Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de (Org.). **Direito de Família, diversidade e multidisciplinariedade**. Porto Alegre: IBDFAM, 2007.

HORTA, José Luiz Borges. Ratio juris, Ratio potestas; breve abordagem da missão e das perspectivas acadêmicas da Filosofia do Direito e do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 49, jul. 2006.

HYPOLITE, Jean. Gênese e estrutura da fenomenologia do espírito de Hegel. Tradução Andrei José Vaczi. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

IGLESIAS, Juan. **Derecho romano – historia e instituciones**. Barcelona: Sello Editorial, 2010.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do Direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 759, 1999.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução Alexandre F. Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

LACOMBE, Margarida Maria. **Hermenêutica e argumentação**. Uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LEFEBVRE, Jean-Pierre; MACHEREY, Pierre. **Hegel e a sociedade**. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. **A formação do pensamento de Hegel**. São Paulo: Loyola, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 12, out./nov. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Ano VI, n. 24, 2004.

LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerusclausus. Disponível: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 5. ed. São Paulo: José Olímpio, 1988.

MACHADO, Edgard da Mata. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARITAIN, Jacques. **Los Derechos del hombre**. Madrid: Biblioteca Palavra, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. Igualdade entre os filhos no Direito Brasileiro atual: Direito pós-moderno? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 16, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva-Jur, 2018.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: parte geral. 6. ed. Traducción: Conrado Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1955.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonard, 1947. v. 2.

MIZRAHI, Mauricio Luis. **Família, matrimonio y divorcio**. Buenos Aires: Astrea, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2009. v. 2.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família e evolução no Direito Brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de Família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAPA PIO XI. **Encíclica: Casta Conubii**. 31 de dezembro de 1930. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/pius-xi/it/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html>. Acesso em : 12 out. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2006. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PROVERA, Giuseppe. A noção romana de actio. In: SEMINÁRIOS DE DIREITO ROMANA. **Anais...** Brasília, 1984.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 37-68, abr./jun. 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça no mundo contemporâneo**. Fundamentos e aplicação do Direito como um máximo ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **A fundamentação da ciência hermenêutica em Kant**. 2. ed Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica filosófica e aplicação do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.9, n.36, p.54-104, out./dez. 2000.

SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia antiga**. Tradução: José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1984.

SHAPIRO, Scott J. **Legalidad**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano VIII, n. 35, p. 5-32, abr./maio 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2006.