

UMA ANÁLISE PÓS-MODERNA DAS RELAÇÕES FAMILIARES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

A POSTMODERN ANALYSIS ABOUT FAMILY RELATIONSHIPS IN BRAZILIAN CIVIL LAW

*Lígia Ziggiotti de Oliveira¹
Abili Lázaro Castro de Lima²*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar do ponto de vista jurídico as relações familiares segundo a perspectiva da pós-modernidade. Para tanto, procede-se uma explanação acerca dos paradigmas moderno e pós-moderno e sobre como é possível relacioná-los à racionalidade prevalente no Código Civil de 1916 e na Constituição da República de 1988, respectivamente. A técnica legislativa do Direito Civil codificado, bem como o controle moral por ele pretendido, podem se relacionar ao ideal moderno, ao passo que a porosidade do texto legal e a pluralidade protegida segundo o Direito Civil Constitucional podem se relacionar ao ideal pós-moderno. Todavia, esta conclusão suscita controvérsias entre os juristas. Problematiza-se, pois, tal discussão pela reflexão dos que veem na realidade das relações familiares contemporâneas traços identificadores da pós-modernidade, bem como daqueles que consideram referido enquadramento inadequado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil; Família; Modernidade; Pós-Modernidade.

ABSTRACT

The present article aims to analyze, from the juridical point of view, the family relationships according to the postmodernity's perspective. Therefore, the paradigm of modernity is related to the Brazilian Civil Code of 1916 and the paradigm of postmodernity is related to the Brazilian Constitution of 1988. The legislative technique of codified civil law and the moral control desired by it could be associated to the modern ideal. On the other hand, the existence of open standards and principles that protect plurality in the constitutional text could be associated to the postmodern ideal. However, this conclusion is not consensual among the authors. The study highlights the reflections of those who believe that contemporary family relationships reveal postmodernity's aspects and of those who believe this classification is inappropriate.

KEYWORDS: Civil Law; Family; Modernity; Postmodernity.

1. Introdução

O significante “família” comporta uma gama complexa de significados. É provável que devido à perpetuidade, temporalmente, do termo, que define uma realidade remota, muitos concluem pela estabilidade, pela latência, pela universalidade e pela imutabilidade da família ao longo do tempo.

¹ Mestranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora bolsista pelo CAPES.

² Professor associado do Curso de Direito e do PPGD da Universidade Federal do Paraná das disciplinas Sociologia do Direito e Direito e Sociedade. Membro da Sociedade Brasileira de Sociologia.

Neste sentido, emerge o falacioso argumento de que existe um modelo único, natural de compor tal aglomerado idealmente justificado pelo afeto e composto de um contraste de diferenças – entre gerações e sexos –, que tem função própria, uma que transpassaria o interesse dos próprios indivíduos que a compõem, pela relevância do todo em detrimento das partes. Todavia, um olhar mais diacrônico define a família como uma construção histórica que colhe, de seu tempo, dados sociais, culturais e jurídicos capazes de ampliar ou reduzir a visibilidade de aspectos que definem certos personagens como envolvidos ou não em uma relação familiar.

Discorrendo a respeito, no início da década de 90, a historiadora francesa Michelle Perrot constatou o fim da família legada pelo século XIX em “*O nó e o ninho*” (PERROT, 1993). De acordo com a autora, os traços identificadores deste modelo datado apontam para uma família nuclear, heterossexual, monógama, patriarcal e investida de um grande número de objetivos, design que perde espaço em face de uma realidade menos rígida e normativa, mais plural e complexa.

Aquela simplificação é comumente rotulada como ao que se situa no paradigma da modernidade, se considerada a classificação proposta por Thomas Kuhn (1991). Nesta esteira, o paradigma moderno pode ser identificado como prevalente desde aproximadamente o século XV, a depender do autor em comento. Emerge como um modo hegemônico de conhecimento que tem consequências específicas em cada ramo que o produz. James Scott (1998) afirma que o olhar moderno implica generalizar, observar o mundo em perspectiva macro, plana, sem considerar as peculiaridades individuais. Trata-se de um olhar que reproduz o de um Estado sobre os indivíduos que o compõem: por uma questão econômica, impossibilita-se gerir cada especificidade, portanto, todos são tidos como iguais.

A presunção de que é necessário contribuir para a reprodução deste modelo de família, por ser “natural” o desejo isonômico de compô-la segundo tais contornos, resultou, ao longo dos anos, em exclusão do diverso. Por outro lado, neste último meio século, o pluralismo da sociedade tem ganhado outro valor, e é possível assim constatar que “da ideia de uma sociedade constituída por indivíduos iguais e indiferenciados passou-se para uma sociedade integrada por pessoas marcadas pela diversidade” (HESPANHA, 2013, p. 63).

Tal concepção conduz alguns autores a afirmar um novo modelo de família que responde por pós-moderna, classificação que ainda gera controvérsias na doutrina. O objetivo do presente estudo é analisar o exemplo brasileiro procurando destacar em que as relações familiares, do ponto de vista jurídico, se aproximam e em que se distanciam do tipo ideal pós-moderno.

2. Entre o moderno e o pós-moderno: diferenciações necessárias

Tratar de uma relação social – no caso, a familiar – sob o enfoque paradigmático, considerando o moderno e o pós-moderno, implica definir minimamente a que características se referem cada uma destas assinaturas. Como os temas em questão são amplamente tratados nas mais diversas áreas do conhecimento, realiza-se um corte bibliográfico, buscando colher o que mais interessa ao presente estudo. Neste sentido, os ensinamentos de Paolo Grossi, António Manuel Hespanha, Krishan Kumar, Boaventura de Sousa Santos e Zigmunt Bauman se fazem presentes neste capítulo para esclarecer a que se remetem os termos “moderno” e “pós-moderno”.

Retrocedendo a análise, é possível, primeiramente, opor o pré-moderno ao moderno. Sabe-se, deste último, que “propõe-se como entidade absolutamente compacta, que repugna qualquer articulação complexa e em que a sociedade (...) é feita de indivíduos todos iguais” (GROSSI, 2010, p. 22). A condição de igualdade entre as pessoas é das primeiras que se destacam do discurso moderno.

Ainda comparando o período moderno e o medieval, o sociólogo indiano Krishan Kumar (1997) lembra ser a transitoriedade da vida e a impossibilidade de controle sobre o próprio destino noções basilares da era mais remota, ao passo que a sensação de domínio impera no homem moderno, que é confiante sobretudo em sua razão para subjugar o que o cerca e mesmo o próprio corpo³.

Ao expandir características relacionadas a este mesmo paradigma, afere Zigmunt Bauman, sociólogo polonês, sobre a visão moderna de mundo, que esta se funda na previsibilidade das possibilidades, reduzindo-as pela coordenação e sistematização segundo um padrão regular de comportamento que permite o controle da totalidade (BAUMAN, 2010). É possível notar que esta pretensiosa missão chega à ciência jurídica quando procura esgotar toda a riqueza das relações sociais em normas exaustivas.

Reside neste fetichismo pelo controle uma das principais críticas dos tempos modernos. Qualquer energia regulatória inscrita na modernidade ocidental, segundo crítica de Boaventura de Sousa Santos (2011), teria, portanto, esgotado por completo seu potencial emancipatório mediante a racionalização da vida pela ciência e pelo direito estatal, que busca dominar o todo por verdades estabelecidas à luz da razão humana. Neste sentido, seria

³ Por conta disso que o discurso da psicanálise, no juízo de Giselle Câmara Groeninga, representou um golpe à onipotência moderna, já que a partir dele se revelou que “não somos senhores de nossa consciência – estamos sujeitos a nossos desejos e à nossa destrutividade, ao nosso inconsciente” (GROENINGA, 2003, p. 127).

necessário refletir segundo um pós-modernismo inquietante, vertente com que se identifica Santos⁴.

Porém, quais premissas seriam postas por uma lógica pós-moderna? A questão suscita complicações diversas, já que traçar um perfil rígido dos autores pós-modernos significaria traduzi-los modernamente, e daí porque “os pós-modernistas têm horror a definir” (KUMAR, 1997, p. 115). Ademais, há uma gama de autores que subscrevem este mesmo movimento, se entendido como aquilo que é contrário ao moderno, mas que não convergem necessariamente em relação às consequências de tal constatação. De qualquer modo, buscar-se-á uma imagem um pouco mais nítida de mundo por tais lentes.

De acordo com a análise de Hespanha (2001), o pós-moderno não busca que a ordem – e entre nós caberia destacar a normativa – preveja e determine as experiências futuras, ao contrário, qualquer modelo de ordem só tem vigor quando a experiência o valida. Assim, a relatividade, tanto em Zigmunt Bauman quanto em Boaventura de Sousa Santos, é um traço insuperável de nossos tempos, de modo que é preciso mais interpretar o que existe do que legislar sobre o que uma dada moral pré-estabelecida considera justo. Ao contrário, deixa-se de lado o código de normas rigorosas de comportamento dos modernos para abrir caminho ao imprevisível.

Se pela perspectiva moderna é preciso enxergar em escala macro para dar conta da complexidade, a perspectiva pós-moderna valoriza a pequena escala e destaca o individual, o específico, em detrimento do geral (KUMAR, 1997). Com isso, desfaz-se da ideia de que a moral é exterior ao sujeito, sendo tal compreensão acompanhada por uma busca incessante por graus mais elevados de prazer e que são livres de julgamento depreciativo⁵, já que há espaço pleno para o plural. Tal busca, em velocidade e quantidade, ilustraria o mesmo que ocorre em relações de consumo (BAUMAN, 2004).

Tais referências que marcam oposição entre individual e generalizado podem gerar confusões se pontuado que o individualismo tem espaço na lógica moderna, que muito bem se identifica, por exemplo, na Revolução Francesa (KUMAR, 1997), consagradora de ideais iluministas e, assim, individualistas. Todavia, o individualismo, na modernidade, relaciona-se

⁴ Segundo o autor, devem ser diferenciados os autores da pós-modernidade entre os reconfortados, que apenas aceitam e celebram o que existe, e os inquietantes, segundo os quais “a disjunção entre a modernidade dos problemas e a pós-modernidade das possíveis soluções deve ser assumida plenamente e deve ser transformada num ponto de partida para enfrentar os desafios da construção de uma teoria crítica pós-moderna. É esta a minha posição (...)” (SANTOS, 2011, p. 29).

⁵ Aponta-se que “a pós-modernidade aparece como a democratização do hedonismo” (MIZRAHI, 1998, p. 62-63).

à noção de indivíduo autônomo, capaz de transcender por seus próprios meios as amarras do antigo. Neste contexto, fortaleceu-se, ao invés de outras tantas que se faziam presentes em todo um contexto histórico, a ideia de que há uma gama de indivíduos iguais e livres para atingir o mesmo objetivo em detrimento da existência concreta de cada qual. Por outro lado, o individualismo, na pós-modernidade, diz respeito à busca pela maximização da satisfação pessoal, que possivelmente não coincide com o que o próximo entende por realização própria, sendo necessário, portanto, manejar todo este tecido desigual de sujeitos com anseios próprios. Em resumo, o indivíduo universalizado está para o moderno assim como o indivíduo singularizado está para o pós-moderno.

Diante das diferenciações que se estabelecem entre tais perspectivas, torna-se possível analisar o Direito Civil Brasileiro segundo uma análise paradigmática, destacando em que medida é possível afirmar que o panorama contemporâneo das relações familiares se insere na pós-modernidade. Para tanto, considera-se o período inaugurado pelo Código Civil de 1916, por inserir o país na leva das codificações, e o inaugurado pela Constituição de 1988, pela proposta de alterar a *ratio* vigente até então em termos jurídicos, com importantes impactos no que concerne ao Direito de Família.

3. O Direito Civil Brasileiro inserido em uma análise paradigmática

A tradição civilista brasileira não pode ter por data inicial o Código Civil de 1916. Antes, o Direito Romano, o Direito Canônico, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, bem como a Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, já agregavam conteúdo ao Direito Civil, que inclusive no século XIX se ensinava nas duas faculdades jurídicas brasileiras existentes, disciplina que esteve presente no ensino jurídico nacional desde que instaurado⁶.

Contudo, do ponto de vista jurídico, o paradigma da modernidade pode ser melhor identificado a partir do Código Civil de 1916, já que o movimento codificador participa definitivamente do tipo ideal iluminista – que aliás, em termos revolucionários, fez-se sentir na França de 1789, que viu nascer, pouco depois, o *Code* francês (1804), inspiração do brasileiro – pela clausura de suas normas, sua pretensão de completude e de perfeição, e pelo

⁶ Em lei promulgada em 11 de agosto de 1827, a que criou os cursos de direito em Olinda e em São Paulo, consta a grade curricular que haveria de vigorar, sendo obrigatório, no terceiro e quarto anos, cursar a cadeira “Direito Civil Pátrio”. Na Universidade Federal do Paraná, criada em 1912, constam no currículo do ano seguinte as matérias relativas à parte geral do Direito Civil, obrigações, contratos, direito das coisas, da família e das sucessões, tendo por base tanto a legislação portuguesa quanto a Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas e seu Esboço de Código Civil, como ainda os códigos alemão e francês e até mesmo o Projeto de Código Civil de Bevilacqua (KROETZ, 2012).

objetivo de reduzir drasticamente a complexidade a ponto de proibir entrada ao diverso no mundo do direito.

Já a Constituição de 1988 se vale de cláusulas abertas e princípios abarcadores do diverso e do plural, de modo que a visão pós-moderna poderia se relacionar a este diploma legal que alimenta o sistema jurídico brasileiro como um todo, aí se incluindo o Direito Civil e, mais especificamente, o Direito de Família.

Portanto, selecionam-se como intervalos temporais para o presente estudo aqueles em que vigorou o Código Civil de 1916, destacando a *ratio* prevalente àquela oportunidade, e o momento atual, em que vigora a Constituição de 1988, destacando a *ratio* desde então identificada como prevalente. Secciona-se, por fim, o olhar dedicado pelo Direito Civil às relações familiares, sendo a análise voltada ao Direito de Família brasileiro.

3.1 A *ratio* do Código Civil de 1916

Anteriormente ao Código Civil de 1916, o jurista brasileiro tinha numa legislação esparsa e numerosa as soluções práticas para as questões jurídicas, de modo que muito se clamava pela sistematização do direito privado nacional.

Cabendo-lhe ao final do século XIX a incumbência, Clóvis Beviláqua assumiu o desafio de ser codificador⁷. Tal legislação passou a vigorar em 1917 e se perpetuou por extenso período de tempo, ainda que tenha sofrido uma série de alterações até que fosse substituída por uma mais atual. Mesmo assim, o Código Civil Brasileiro de 2002 exhibe intacta grande porcentagem de sua versão anterior.

O projeto de Clóvis Beviláqua mantinha as luzes do século XIX. Consagrou o direito à propriedade, elevando-o à categoria de absoluto, e conferiu amplas liberdades para contratar, ainda que às custas da opressão de parte eventualmente mais fraca, a quem restaria honrar com quaisquer compromissos pactuados. Quanto às relações familiares, fez jus ao objetivo de moldar, artificialmente, a moral que deveria defini-las e assim se fez conservador ao fundá-las pelo matrimônio, proibido o divórcio; preferir a segurança dos laços sanguíneos ao acaso dos laços afetivos, na filiação, também legitimada pelo casamento; e declaradamente patriarcal ao encarregar pela direção da família exclusivamente o homem.

O codificador demonstrou-se grande entusiasta da sistematização das leis nisto que considerava monumento jurídico, e vislumbrava no movimento codificador a vantagem da

⁷ A iniciativa de produzir um Código Civil Brasileiro não era inédita, pois que já haviam se debruçado sobre projetos de codificação das leis civis Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues.

segurança jurídica, da objetividade e do cerceamento de arbitragens políticas, conforme se depreende de uma de suas obras, “*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*”, em que elogia a sistematização do Direito Civil pelo “poder de precisão e segurança, estabelecendo a harmonia” (1956, p. 09) e porque simplifica, ordena, esclarece e torna nítidas as regras jurídicas (1956).

Conforme se expôs anteriormente, tais perspectivas se alinham com precisão a um perfil do imaginário moderno, sendo os intelectuais deste modelo perfeitamente ilustrados pelos legisladores dos códigos gerais e abstratos que têm por objetivo promover a ordem e a regularidade, silenciando, com isso, o diverso na sociedade (BAUMAN, 2010).

Em relação ao Direito de Família pátrio, vê-se a expectativa de que a responsabilização moral dos indivíduos em suas relações familiares se garanta pela mão do Estado legislador. Explicando os motivos de ter o Código Civil de 1916 proibido o divórcio, diferenciado o filho legítimo do ilegítimo – esta última categoria bipartida entre os espúrios e naturais, à época –, e entregado a direção da família exclusivamente ao homem, Clóvis Bevilacqua (1906, p. 98), anota: “A cultura, a moral, o direito, todas as normas sociais são liames destinados a conter a animalidade humana, e a canalizar os impulsos individuais para os fins da conservação e do bem estar sociais”.

A moral se via, assim, pela letra da lei, universalizada, de modo que os *impulsos individuais* não deveriam ter voz em uma sociedade civilizada, cuja conservação dependia de que cada pessoa, feito peça em uma engrenagem maior, seguisse determinado roteiro para o funcionamento do todo.

Neste cenário engessado pelo código, homens atuavam como provedores do lar, incumbindo-se das grandes decisões da casa; mulheres atuavam no espaço privado, como esposas e mães, e responsáveis pelas decisões domésticas cotidianas e de menor importância; e os filhos como aqueles que devem respeito aos progenitores, em quem devem se espelhar para dar continuidade ao ciclo.

Evidente que a realidade ultrapassou os limites da lei. Os deveres conjugais nunca se cumpriram à risca pelos esposos e, entre os homens, a infidelidade passava incólume e era mesmo tida por natural. Ainda que o rigor das penas sociais e jurídicas se direcionasse apenas às mulheres, também elas cultivavam relacionamentos paralelos, de modo que separações fáticas, famílias simultâneas e mesmo casos de poliamor se proliferavam pelo território pátrio.

União estáveis – inclusive homossexuais, já que o desejo não pode ser contido por normas⁸ – também havia, ainda que tais categorias fossem veladas e se deixassem apenas ver em partes.

Igualmente, umas por ideologia, muitas por necessidades, cada vez mais mulheres ingressavam no mercado de trabalho, afastando, na prática, a direção do lar exclusivamente pelo homem. Na segunda metade do século XX, com a novidade da pílula anticoncepcional, o sexo pelo prazer se mostra uma possibilidade menos remota a elas, que passam a inaugurar um novo caminho em direção à independência.

Por fim, a comunidade internacional, atenta à proteção dos direitos humanos, organiza-se por tratados em defesa da juventude⁹. Assim se veem a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e destinatários de proteção especial do Estado, da sociedade e da família, de modo que a ideia de sua submissão na relação estabelecida no ambiente doméstico é aos poucos deixada de lado.

Os novos ares que oxigenaram o Direito de Família ao longo de quase um século fizeram proliferar, na legislação extravagante, normas que transpassavam o código. A título exemplificativo, citam-se o Estatuto da Mulher Casada (1962), a Lei do Divórcio (1977), o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), a Lei da União Estável (1994), todos anteriores ao Código Civil de 2002 e agregadores de conteúdo mais atualizado em matéria de família. Trata-se de uma descodificação progressiva que se instaura até atualmente para dar conta da realidade fluida, plural e diversificada que se mostra cada vez mais visível nas relações familiares.

A resposta encontrada nos códigos deixa de satisfazer e outro caminho se faz definitivamente necessário.

3.2 A *ratio* pós-Constituição de 1988

A breve análise da atmosfera que acompanhou o Código Civil de 1916 poderia supor que se destrincharia na sequência a versão atual daquele diploma, ou seja, o Código Civil de 2002. É verdade que o documento agrega mudanças relevantes em matéria de Direito de Família, colhendo, do período que separou um código de outro, os avanços da legislação extravagante e as premissas constitucionais que o antecederam.

⁸ Anota-se a seguinte lição: “Assim, constatamos que a sexualidade, que é da ordem do desejo, sempre escapará ao normatizável” (PEREIRA, 1999, p. 55).

⁹ Exemplifica-se a participação do Brasil na assinatura da Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959; na ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança em 1990; e na ratificação do Pacto de São José da Costa Rica em 1992.

Porém, igualmente inserido na perspectiva codificadora, geral e abstrata, valendo-se, pois, da mesma técnica legislativa, o Código Civil de 2002 não inova nas relações que disciplina, mantendo-se inclusive fiel a valores imanentes no passado, coerente com a *ratio* que acompanhou o anterior (FACHIN, 2012). Assim sendo, centraliza-se, nesta oportunidade, a Constituição da República de 1988, que disciplina as relações familiares em termos mais amplos e abrangentes, capazes de confortar múltiplas formas de ser família.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2005, p. 326), discorrendo acerca desta valorização da letra constitucional até então inédita no Brasil, onde se editavam constituições que não eram levadas verdadeiramente a sério, revelam as contribuições que este diploma legal trouxe, entre nós:

A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem-se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista. No Brasil, o discurso jurídico, para desfrutar de legitimidade histórica, precisa ter compromisso com a transformação das estruturas, a emancipação das pessoas, a tolerância política e o avanço social.

A interpretação criativa a que se referem os autores se possibilita pela técnica legislativa presente no texto constitucional. Ao invés de normas que buscam moldar à exaustão os comportamentos humanos, investiu-se em conceitos gerais indeterminados, princípios e cláusulas gerais. O conteúdo se deve preencher pela análise sistemática do constante na Constituição, considerada formal ou materialmente, o que obstaria, em tese, discricionariedades.

Trazendo ao centro, portanto, a Constituição, opta-se analisar o fenômeno das alterações em matéria de Direito Privado segundo a corrente civil constitucional¹⁰. Dentre os juristas que coadunam com tal perspectiva, citam-se, por todos, Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin e Paulo Luiz Netto Lôbo. Salienta-se que “os autores que trabalham na linha do direito civil constitucional se servem da teoria dos princípios como forma de se desenredar da malha firme dos Códigos e da legislação arcaica” (NEVES, 2002, p. 14), reafirmando a opção por esta corrente que busca superar as falhas apontadas no diploma civilista a partir de uma proposta inovadora no ordenamento jurídico.

¹⁰ De acordo com Luiz Edson Fachin (2008, p. 12), o movimento civil constitucional envolve três superações: “a do monismo de fontes, a da rigidez literal da hermenêutica, e a significação monolítica de institutos e figuras jurídicas fundantes da radiografia das relações sociais, como contrato, família e propriedade. Apreende, como método, um procedimento dialético problematizado assentado na crítica e na permanente reconstrução dos sentidos atribuíveis ao campo jurídico”.

Valendo-se, pois, da porosidade do texto da Constituição, é possível tornar o espaço da família mais plural e de contornos mais fluidos. Neste sentido, forte nos princípios constitucionais, o Direito de Família desenvolve principiologia própria que acena à dignidade da pessoa humana, central no ordenamento jurídico brasileiro, e garante mais espaço ao diverso.

Rodrigo da Cunha Pereira (2005) destaca a dignidade da pessoa humana – que daria azo aos outros seis princípios por ele elencados –, a monogamia, o melhor interesse da criança e do adolescente, a igualdade e o respeito às diferenças, a autonomia e a menor intervenção estatal, a pluralidade das formas de família e a afetividade. Por sua vez, Paulo Luiz Netto Lôbo (2011) menciona, na categoria de princípios fundamentais, o da dignidade da pessoa humana e da solidariedade; ao passo que na categoria de princípios gerais menciona o da igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança. Os efeitos de tais percepções são múltiplos e têm trazido à jurisprudência e à doutrina interessantes conclusões acerca dos mais variados temas.

Em Direito de Família, pode-se ilustrar a interpretação criativa do art. 226 da Constituição, que, literalmente, prevê famílias monoparentais e aquelas formadas pelo matrimônio e pela união estável. A melhor doutrina converge no entendimento de que o rol é exemplificativo e não taxativo, devido à pluralidade que funda a sociedade brasileira (art. 3º, inc. I).

Neste sentido, valiosa é a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo (2002), que ensina ser o *caput* de referido dispositivo cláusula geral de inclusão. Portanto, os modelos positivados, quando empreendida uma interpretação sistemática da Constituição e não apenas a leitura isolada de um único excerto, possibilitam transcender a fórmula anteriormente exata de ser família.

Igualmente, superou-se, em julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 pelo Supremo Tribunal Federal, a literalidade do §3º do art. 226 do texto constitucional e do art. 1723 do Código Civil para conferir efeitos à união homossexual. Para tanto, consta no acórdão ter sido realizada uma leitura sistemática da Constituição para extrair princípios que impediriam a discriminação e a negação de direitos à família diversa do padrão codificado.

Além disso, o mesmo dispositivo constitucional a que acima se refere traz, em seu §8º, a afirmação de que a proteção à família pelo Estado se assegura na pessoa de cada um dos que a integram, o que se compatibiliza com uma visão que prioriza o indivíduo, e não a

instituição-família como um todo orgânico e dotado de existência própria e abstrata (RUZYK, 2005). Tal concepção sintetiza o que a doutrina tem denominado “família eudemonista”.

Tem-se, portanto, que tal diploma legal favorece um olhar inclusivo do diverso, deixando de lado a segurança dos conceitos fechados para recepcionar um espaço centrado no indivíduo, repersonalizado e distante do sujeito de direito clássico, que se mostrava abstrato e excludente (FACHIN, 2012).

Seria o Direito de Família contemporâneo, diante de tais considerações, adequado ao rótulo pós-moderno?

4. Um Direito de Família pós-moderno?

Diante deste quadro em que se insere o Direito de Família pátrio contemporâneo, manifestam-se inúmeros autores no sentido de que a matéria se redimensiona atualmente segundo a perspectiva pós-moderna. Em defesa desta opinião, Giselda Maria Fernanda Novaes Hironaka (2008, p. 65) enumera as características das relações familiares pós-modernas:

- a) são relações que se valorizam por si mesmas e não por condições exteriores da vida social e econômica; b) são relações que primam pelo que podem trazer de bom para cada um dos membros do núcleo familiar envolvidos; c) organizam-se pelo viés reflexivo, no qual a comunicação é aberta e tem base contínua; d) são relações que tendem a se verem mais focadas na intimidade, na cumplicidade e na confiança mútua; e) são relações que transformam a obrigação do contato constante em compromisso ético entre os partícipes.

Nota-se que seriam tais aspectos relacionados ao conceito de família eudemonista, cada vez mais apreendido pelos juristas no país. Trata-se de ideia inicialmente doutrinada por José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz (2001, p. 13) nestes termos: “Assim, a concepção eudemonista da família progride à medida que ela regride ao seu aspecto instrumental. E, precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa – para a realização dos seus interesses afetivos e existenciais”.

Tais reflexões não foram atreladas por esses autores, à época, a uma análise paradigmática, entre moderno e pós-moderno. É possível afirmar, contudo, que, à luz da Constituição de 1988 e mesmo anteriormente à vigência do Código Civil de 2002, os ex-professores da Universidade Federal do Paraná apontaram os impactos que o texto daquele diploma, aberto e calcado em princípios, traria. Referida constatação indica que se filiar à corrente civil constitucional não significa concordar com o rótulo pós-moderno do Direito de Família atual, já que o termo “pós-moderno” define, por si só, o que é plural e singularizado,

ao passo que o moderno, por movimento histórico que é, não tem significação imutável e permanente.

É verdade que a Carta Magna, pelos aspectos que a cercam, permitiria uma leitura do Direito de Família coerente com o pensamento pós-moderno no entender de autores que enquadram as relações hodiernas neste paradigma. Ana Paula Ariston Barion Peres (2006, p. 11-12) exemplifica a lição desta corrente ao afirmar que “a família pós-moderna se apresenta de forma plural, edificada sobre alicerces afetivos com amparo constitucional”.

Além disso, a família eudemonista teria sido identificada como pós-moderna por alguns autores pelo fato de que a valorização do indivíduo conduziria a um desapego em relação ao todo, perdendo a família seu caráter instrumental e organicista e passando a ser meio de satisfação de cada membro.

Igualmente, a busca pelo prazer teria enfoque privilegiado pelo prisma pós-moderno, e por certo que é possível alcançá-lo dentro ou fora da família. Rememora-se que, em um mundo pós-moderno, a moral não recai do Estado – nem da Igreja – sobre um indivíduo, mas este sim elabora uma própria a que chega enquanto tateia no escuro. Pela experiência, nasce do interior do sujeito, e não externamente.

Não é, porém, a classificação dos tempos presentes como pós-modernos, estendendo-lhes os efeitos às relações familiares, consensual entre os juristas. Neste sentido, colhe-se a crítica de quem acredita que o termo pós-moderno compreende apenas uma porção das alterações sociais e culturais de nossa época, mas que não nos encontramos, lamentavelmente, em um contexto livre de imposições bastante fixas de comportamento:

Não há dúvida de que as pressões e as imposições sociais retornaram ao tempo contemporâneo. Cada vez mais os jovens procuram desenvolver disciplinadamente suas habilidades profissionais; empregam o seu tempo de vida intensamente na qualificação profissional; dedicam-se ao trabalho; buscam relações amorosas sólidas principalmente sob o manto da fidelidade; e disciplinam sua vida atribulada pelos compromissos diários para ter um tempo fixo para o cuidado com o corpo, ou seja, o tempo atual é de controle e disciplina (ROBL FILHO, 2010, p. 104).

A percepção de um ambiente ainda preconceituoso, de uma sociedade atrelada – em menor medida, mas ainda atrelada – a valores machistas, homofóbicos e retrógrados¹¹, faz inverossímil o diagnóstico pós-moderno de que todas as formas de atividade sexual são toleradas e a repressão dos instintos sexuais foi extinta, ou ao menos limitada radicalmente (BAUMAN, 2004).

¹¹ Exemplificando um retrocesso no plano dos direitos sexuais, tem-se o projeto de lei denominado “Cura Gay”, cujo autor, João Campos (PSDB-GO), retirou de tramitação em 2013 devido às pressões que seguiram a proposta polêmica de permitir o tratamento psicológico de homossexuais para que fossem convertidos à heterossexualidade. A iniciativa recebeu apoio da Bancada Evangélica do Congresso Nacional, que representa 14,2% da Câmara dos Deputados e 5% do Senado (CASTRO; MATTOS, 2013).

Embora haja avanços, há ainda apego à tradição em temas familiares, como se observa exemplificativamente em julgado do Superior Tribunal de Justiça (2010) que nega efeitos a famílias paralelas porque “uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade”.

Em razão de ignorar um quadro ainda conservador da atualidade, em termos negativamente discriminatórios, é que alguns críticos do pós-modernismo julgam a corrente reacionária¹². Celebrar os avanços dos últimos tempos, dado por superado aquilo que teve de opressor, significa ignorar os problemas que se mantêm presentes.

No mesmo sentido, é possível salientar a dificultosa conclusão a que se chega, pela pós-modernidade, do hedonismo, criticável à medida em que o prazer de um pode equivaler à subjugação do outro, e, em uma sociedade ainda marcada pelo sexismo¹³, podem-se imaginar os nefastos efeitos que o individualismo por ventura conduziria em uma relação de família. A questão é tão problemática que o próprio Boaventura de Sousa Santos, um pós-moderno que se opõe aos meramente celebratórios, admite que “a concepção de formas alternativas de domesticidade, que não sejam sexualmente estereotipadas, tem sido, em tempos recentes, um domínio particularmente empobrecido do pensamento utópico” (SANTOS, 2011, p. 336).

Prosseguindo com a crítica dos que não identificam a assinatura pós-moderna nas relações familiares contemporâneas, cita-se o juízo de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2011, p. 341), para quem a pessoa a quem o Direito se dirige se situa “em um paradigma que resulta do legado haurido da Modernidade, ainda que ressignificado”.

Aponta-se para a ideia de que os projetos de emancipação que surgiram durante a modernidade, universalidade, individualidade e autonomia, segundo Rouanet (1993), não foram bem realizados, mas apenas manipulados para atender necessidades capitalistas. Caminhar entre avanços e retrocessos, afinal, é consequência do próprio fio condutor da história, que, sem linearidade, confronta proposição e realidade, o que não significa afirmar que é impossível historicizar e ressignificar tais conceitos à luz da dignidade da pessoa humana – princípio que alinha todos os outros em nosso ordenamento – e aproveitar os bons projetos que nasceram sob a áurea moderna.

¹² A este respeito, consta a análise bibliográfica realizada por Gilberto Lyrio Teixeira em “*Contra a Ética reacionária Pós-Moderna: elementos para uma discussão*” (2009).

¹³ Anota-se o diagnóstico de Ana Carla Harmatiuk Matos (2000, p. 131): “Nos dias de hoje, as medidas protetivas das mulheres (...) justificam-se pela realidade social brasileira, acompanhada por diversos outros países, onde as mulheres apresentam ainda uma condição de inferioridade em comparação aos outros homens, tanto no âmbito familiar quanto nas demais relações sociais, fruto de um longo processo histórico-cultural de poder masculino próprio do patriarcalismo”.

Esta consideração conduz à afirmação de que embora a modernidade mereça prestígio por eventos que sob seu manto horrorizaram a humanidade – a exemplo do holocausto nazista na Segunda Guerra Mundial –, talvez o pós-moderno seja muito mais uma ideia contrária ao que se pode criticar de nosso tempo do que uma realidade que o converteu noutra coisa (ROUANET, 1992). Nas palavras deste mesmo autor, “sua ilusão [a da pós-modernidade] é a tentativa de reagir às patologias da modernidade através de uma fuga para a frente, renunciando a confrontar-se concretamente com os problemas da modernidade” (ROUANET, 1992, p. 268-269).

Já que família não se traduz em um significado imutável e apartado do tempo, mas histórico e coerente a uma época, seus novos traços podem ser lidos como uma reinvenção das propostas emancipatórias modernas, talvez menos arrogantes quanto à razão outrora onipotente e um tanto incertas quanto à moral forjada há séculos. Abre-se, portanto, ao plural. A liberdade, por exemplo, ata-se à funcionalização dos institutos clássicos do Direito Civil para tirar centro do indivíduo proprietário destacado pelo iluminismo e aproveitado pelo capitalismo¹⁴.

Em Direito de Família, insta salientar que a liberdade – por exemplo, já que apontada como sintoma moderno – não se concede até hoje à amplitude a um casal que se vê, no matrimônio, obrigado pelos rígidos deveres conjugais para receber a proteção da lei. Um viés constitucionalizado pode apontar soluções mais adequadas à família eudemonista, de modo que “o conteúdo pessoal da conjugalidade possa ser construído a partir da realidade, tendo como norte as diretivas gerais constitucionais e como objetivo a produção de condições para o desenvolvimento das personalidades de cada um deles num espaço relacional familiar” (CARBONERA, 2008, p. 296). Nota-se que tal perspectiva corrobora com o da família eudemonista, que não é um sinônimo, portanto, de família pós-moderna.

Aliás – e para finalizar a reflexão –, talvez as relações humanas afetivas plenamente compatíveis com a lógica pós-moderna, entendidas como aquelas a que se refere Zigmunt Bauman em “*Amor Líquido*”, são precisamente o limite entre aquilo que interessa ou não ao Direito de Família.

Não é desprovida de razão a afirmação de que, na contemporaneidade, os homens e as mulheres, em seus relacionamentos, “trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade” (BAUMAN, 1998, p. 10). Os vínculos não são mais

¹⁴ A este propósito, confira-se a obra de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2011).

vistos por eternos¹⁵, e a busca pela felicidade se impõe em relação à busca pela estabilidade – ao menos idealmente. Contudo, considerar tal aspecto da condição líquida do amor não significa considerá-la no todo.

Explica-se: tomando como marco teórico este mesmo livro, que explora as características das relações humanas afetivas contemporâneas, temos que seriam “como folhear um catálogo de reembolso postal que traz na primeira página o aviso ‘compra não obrigatória’ e a garantia do consumidor da ‘devolução do produto caso não fique satisfeito’” (BAUMAN, 2004, p. 85). Voláteis, tão momentâneos e fluidos como um líquido que escapa às mãos, os vínculos pós-modernos se desconectam no mundo real à similitude do mundo virtual, repentinamente, e são consumidos como produtos, o que os torna frágeis e descartáveis.

Os relacionamentos que unem os indivíduos e os afastam nesta modalidade narrada por Bauman, líquida, não devem, obviamente, ser objeto de valoração moral, já que é certo que não é possível universalizá-la. Todavia, é possível, ainda que à luz da Constituição, dar efeitos jurídicos aos vínculos líquidos – e, mais que isso, seria este efeito desejado por amantes passageiros? Ou, ao contrário, partilha de bens, alimentos, sucessão, entre tantos outros temas que envolvem a relação familiar, só fazem sentido exatamente no limite em que os envolvidos têm um contato menos efêmero e mais consolidado?

5. Conclusão

Colocada em análise a realidade das relações familiares contemporâneas, é possível afirmar, sem receios, que houve mudanças significativas no trato destas questões pelo Direito pátrio, de modo que se oferece, aos civilistas, uma complexidade bastante diversa daquela que se tem presente na *ratio* dos Códigos.

A abstração, a generalidade, a pretensão de enclausurar a realidade em nome de uma moral universalizada, mostram-se técnicas legislativas falhas, especialmente se considerada uma relação complexa como a familiar, em que o sujeito de desejo ultrapassa ao longe os estreitos limites do sujeito de direito.

Diante desta crise que se impõe ao Direito Civil, mas, antes, às premissas concretizadas de uma modernidade que se mostrou falha em certas promessas de emancipação, repensar é preciso. Assim, coteja-se o texto codificado à luz do

¹⁵ Relevante lembrar que a Emenda Constitucional n. 66/2010 facilitou em larga medida o divórcio no país, que passa a ser “direto e objetivo, sendo direito potestativo de quem é casado, sem necessidade de invocar qualquer causa e decurso de tempo” (MADALENO, 2013, p. 202).

constitucionalizado, que se possibilita como protetor do plural, para dar voz ao outrora excluído pelo ordenamento jurídico – conviventes em união estável, já chamados concubinos; companheiros em relações homossexuais; filhos de uniões não fundadas no matrimônio; entre outros que aos poucos se fizeram e se fazem ver.

Descentralizar o indivíduo universalizado para centralizar o indivíduo singularizado significa descer do arauto da abstração e chegar à realidade do concreto. Trata-se de perspectiva absorvida por uma concepção de família que existe para realizar a felicidade de quem dela participa, e não para realizar a sociedade como um todo, que do casal pode esperar a heterossexualidade, o casamento, a procriação, o enquadramento em uma moral estática, como quis o legislador de tempos passados.

Mesmo assim, procurou-se ressaltar que não se pode esquecer ser a relação familiar um conjunto de subjetividades no qual não se deve buscar submissão de outrem, importando-lhes sofrimento, para a satisfação do desejo de um único sujeito. Neste sentido é que a ética da alteridade se faz presente numa família que satisfaça esta concepção eudemonista¹⁶, o que desafia o simplismo da discussão.

A partir destas considerações, o presente estudo procurou relacionar alguns avanços na disciplina de Direito de Família a uma análise paradigmática. Sem pretensões de responder firmemente sobre se, constatadas as novas facetas das relações familiares perante o Direito, presencia-se um tempo pós-moderno, antes se quis evidenciar que a caracterização envolve percurso dificultoso, e não deve, pois, ser feita automaticamente, como se a classificação entre moderno e pós-moderno fosse autoexplicativa – o primeiro termo simplesmente como sinônimo do mau e opressor e o segundo como sinônimo do bom e emancipatório.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, *In: Interpretação constitucional*. Org.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

_____, Zigmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

¹⁶ A este respeito, confira-se a reflexão de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, que consideram a dignidade da pessoa humana como resultante da compreensão desta ética da alteridade (FACHIN; RUZYK, 2008).

_____, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama; Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BEVILAQUA, Clóvis. *Em defesa do projecto de código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1906.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n. 1.157.273. Relatora: Nancy Andrichi. Brasília, DF, 18 de maio de 2010.

CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CASTRO, Gabriel; MATTOS, Marcela. *Vinde a mim os eleitores: a força da bancada evangélica no Congresso*. Publicado em: 23 de março de 2013. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/a-forca-dos-evangelicos-no-congresso>. Acesso em 01 de fevereiro de 2014.

FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. *In: Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Org.: Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.

_____, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35, jul./set. 2008. Rio de Janeiro: Padma, 2008.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. *In: Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Coord.: Giselle Câmara Groeninga, Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *Os juristas como couteiros: a ordem na Europa Ocidental no início da idade moderna*. *In: Análise Social*. Vol. XXXVI (161), 2001, p. 1183-1208.

_____, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

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: A família além dos mitos*. Coord.: Eliene Ferreira Bastos; Maria Berenice Dias. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. Tempo e formação do Direito Civil na Centenária Universidade do Paraná. *In: Direito Civil: inventário teórico de um século*. Org.: Maria Candida Pires Vieira do Amaral Kroetz. Curitiba: Kairós, 2012.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Cidadania, IBBDFAM/OAB-MG, Belo Horizonte, 2002.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

MIZRAHI, Maurício Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. *In: Diálogos sobre direito civil*. Org.: Carmem Lúcia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 4ª Ed. Curitiba: Juruá, 2001.

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

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Direito, intimidade e vida privada: paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna*. Curitiba: Juruá, 2010.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992.

_____, Sérgio Paulo. *Mal estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 8ª Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SCOTT, James. *Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. Yale: Yale University Press, 1998.

TEIXEIRA, Ricardo Gilberto Lyrio. *Contra a Ética reacionária Pós-Moderna: elementos para uma discussão* In: XII Conferência Anual da International Association for the Critical Realism, 2009, Niterói.