

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

GUILHERME WÜNSCH

**DO SUPORTE FÁTICO AO SUPORTE CONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO
PARA O DESVELAR BIOTECNOLÓGICO DAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS:
OS CONTRATOS DE CO-PARENTALIDADE NAS FAMÍLIAS *DESIGN* ENTRE A
ESTIRPE TRADICIONAL E A FAÇANHA INTERNÉTICA**

SÃO LEOPOLDO

2017

GUILHERME WÜNSCH

DO SUPORTE FÁTICO AO SUPORTE CONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO
PARA O DESVELAR BIOTECNOLÓGICO DAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS:
Os contratos de co-parentalidade nas *famílias design* entre a estirpe tradicional e a
façanha internética

Tese de Doutorado apresentada como
requisito parcial para obtenção do título
de Doutor em Direito Público, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade do Vale do Rio dos Sinos
- UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann

São Leopoldo

2017

W966s Wünsch, Guilherme
Do suporte fático ao suporte constitucional como fundamento para o desvelar biotecnológico das famílias contemporâneas: os contratos de co-parentalidade nas famílias design entre a estirpe tradicional e a façanha internética / Guilherme Wünsch -- 2017.
358 f. il. : 30cm.
Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2017.
Orientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann.

1. Direito. 2. Direito de família. 3. Biotecnologia - Design - Família. 4. Suporte constitucional. I. Título. II. Wilson, Engelmann.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**DO SUPORTE FÁTICO AO SUPORTE CONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO PARA O DESVELAR BIOTECNOLÓGICO DAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS: Os contratos de co-parentalidade nas famílias design entre a estirpe tradicional e a façanha internética**”, elaborada pelo doutorando **Guilherme Wunsch**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 20 de fevereiro de 2017.

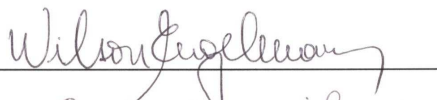


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

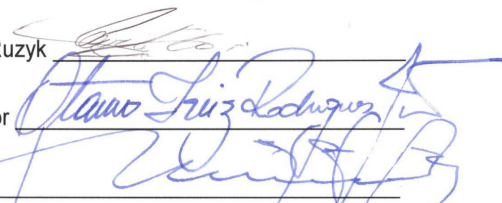
Presidente: Dr. Wilson Engemann



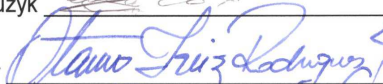
Membro: Dra. Simone Tassinari Cardoso



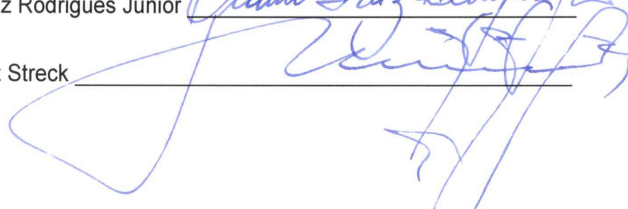
Membro: Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk



Membro: Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior



Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



Dedico, em gratidão, à vida, por tudo que me oportunizou, oportuniza e oportunizará;
pelos ensinamentos dados; pelas pedras movidas; pelos caminhos descobertos;
pela dádiva de existir; por ser; por me dizer não; por me dizer sim; por me ensinar
minha incompletude.

AGRADECIMENTO ESPECIAL

Agradecer nunca é tarefa fácil. São muitas as pessoas que passam pelo nosso caminho e nos ensinam não apenas lições científicas, mas lições de vida. Neste momento, há um importante ciclo de minha formação acadêmica que se encerra. Claro, trata-se de um encerramento que, na verdade, é folha em branco, escrita nova, descortinar de caminhos. Doutorado não me parece ser o fim. É início. É responsabilidade, pois se entrega à sociedade um trabalho e uma titulação, consciente de que o papel de professor passa a assumir um novo patamar, o de incentivar que a pesquisa seja um movimento circular, que apareça e não se esconda. Cuida-se do momento em que, cada vez mais, será preciso exigir e ser exigido.

Neste caminho, encontrei na figura de meu orientador, Professor Doutor Wilson Engelmann, a inspiração para a sala de aula. Foram mapas conceituais, resumos, resenhas, apresentações orais, painéis, figuras, proposições. Inúmeras técnicas metodológicas que me mostraram o Direito para além de livros, Códigos e conceitos. Mais do que tudo, foi na figura do orientador que entendi o que é ser orientador e ser orientando, da necessidade de cumprimento de prazos, da dedicação, mas sem esquecer a essência de quem somos, o olho seguro ao olhar o outro olho.

O Professor Wilson Engelmann foi, para mim, este porto seguro, desde a seleção do Doutorado no Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS, até a elaboração do Projeto de Tese, a Banca de Qualificação, e, agora, a consolidação da Tese. Sempre com o mesmo tema, com o mesmo recorte, acreditando que havia uma Tese. Foi o incentivador na hora certa e sempre soube estar presente. Fala com tom sereno, torce, exige, é sincero e carrega consigo a humildade de quem sabe onde já chegou, mas que não precisa mostrar isso para que reconheçam a sua competência.

Wilson é presença e é presente, porque não encontro motivos suficientes para agradecer por estarmos juntos nesta construção, a não ser te dedicar esta página especial, para que apenas uma palavra faça todo o sentido: Obrigado!

AGRADECIMENTOS

Agradecer é a oportunidade que a vida nos dá para que nosso coração una-se a outros tantos que tornam o existir uma caminhada conjunta. Por isso, não posso deixar de agradecer:

A Deus, pelo dom de existir, por me firmar em pé e me ensinar a caminhar pelos caminhos seguros;

Aos meus pais, Mário Wunsch e Sônia Maria Wathier Wunsch, que me deram a formação de vida. Sei o quanto fizeram por mim para que eu pudesse estudar. Cheguei aqui pela insistência que eu tinha em querer que vocês se orgulhassem de tudo que passamos juntos;

À minha irmã, Caroline Wunsch, porque não somos laço, somos nó. Unidos para sempre, porque a vitória de um é a vitória do outro e assim sempre permaneceremos;

Aos companheiros de Doutorado do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS, porque juntos aprendemos que conhecimento se constroi em círculos e não em individualidades. De forma especial e carinhosa, agradeço à Raquel Von Hohendorff, que ultrapassa o conceito de colega. É amiga, é coração, é paz de espírito, é mar sereno, é canto de pássaro. Que sorte ser parte da tua existência! Ainda, agradeço de forma carinhosa à Angela Bartelle, que muito me auxiliou neste caminho!

De forma muito especial e carinhosa, à Cristine Machado e Verônica Rodrigues, pelos auxílios nas traduções. Cristine, porque foi a chave para o fechamento deste trabalho. Verônica, minha professora de francês, por todos ensinamentos. Da mesma forma, Raquel Teixeira Pereira, que vi pequena e hoje, professora de língua espanhola, foi fundamental para este trabalho ser finalizado.

Aos concordianos Aline Faber, Cibele Santos e Natalie Pereira, porque mantivemos o sentido de que amizade é presença de coração, mesmo quando a presença física não é possível!

Aos meus colegas de docência da UNISINOS, pelas trocas de horários necessárias, pelo auxílio sempre preciso e pela torcida de muitos. Em especial, agradeço aos Professores Gerson Neves Pinto, Marcos Catalan e Isabel Cristina Porto Borjes.

Ao Professor Doutor Lenio Luiz Streck e Professora Doutora Sandra Regina Martini Vial por todas as sugestões e indagações efetuadas na Banca de Qualificação do Projeto de Tese do Doutorado, fundamentais para o aperfeiçoamento desta pesquisa.

Ainda, agradeço à Coordenação do Curso de Direito pela sempre disponibilidade em atender os pleitos necessários para a conclusão deste Doutorado.

Ao meu colega de docência e amigo Éverson da Silva Camargo, que acompanhou todos os acontecimentos até a conclusão do Doutorado e mostrou que manter a calma sempre é o caminho a ser seguido. Agradeço-te pela importância que tens na minha vida enquanto professor e espero estar ao teu lado comemorando as vitórias que tanto batalhamos;

À Leila Osório Teixeira e Eliana Maria Alface, sócias do escritório. Estamos juntos desde a graduação e hoje somos um só, unidos no amor amigo que sempre nos manterá em pé enquanto acreditarmos que é apenas o amor que move o mundo. Ainda, à Maria Cristina Brum Esteves, que sempre está conosco neste caminhar!

Aos amigos mais do que especiais: Rita Maria Geremia Pavoni, Angela Kirschner, Renê Engroff, Mauro Murussi, Dagmar Padoan e Jucemara Toffoli. Que torcida ao longo destes anos de Doutorado! Sou muito mais feliz por vocês serem parte da minha vida!

À Fernanda Borghetti Cantali, por sempre torcer pelas minhas conquistas e por acreditar que sempre podemos mais, quando atuamos com foco, humildade e determinação!

À Karin Cristina Kramer Pereira, que sempre será para mim fonte de luz e inspiração. Qualquer agradecimento é insuficiente para expressar minha gratidão por ti, que tanto me auxiliou em tudo na vida! Efetivamente, tenho muita sorte em contar contigo na minha existência.

À Simone Tassinari Cardoso, minha primeira orientadora da vida, que me ensinou, já na graduação, a importância que a pesquisa tem na sociedade. Obrigado por me ensinar a ser professor, por ter me presenteado com meu primeiro Paulo Freire, sendo a primeira pessoa que acreditou em mim.

À Taysa Schiocchet, que foi minha orientadora no Mestrado e me ensinou tantas lições, mas uma que eu jamais vou esquecer: a importância do silêncio. És parte inesquecível de mim!

Aos amigos do PRASJUR – Programa de Práticas Sociojurídicas da UNISINOS. Somos uma família tão bonita! Em especial, agradeço à Coordenação que me acompanhou ao longo destes 3 anos, na pessoa da Professora Maria Alice Rodrigues.

A todos os que são semeadores nesta vida, que dão sentido às palavras de Cora Coralina: “o que vale na vida não é o ponto de partida e sim a caminhada. Caminhando e semeando, no fim terás o que colher”.

A todos os Professores que tive até hoje, na minha formação escolar, acadêmica e profissional.

E, de forma muito especial, com o carinho que sempre foi dado por eles, pela dádiva de existirem na minha vida, pela compreensão, por me incentivarem, porque me mostram que sempre se pode dar uma aula melhor, o melhor presente que recebi ao longo destes anos: meus alunos! Vocês são a razão do meu existir!

CANÇÃO DO DIA DO SEMPRE
(Mário Quintana)¹

*Tão bom viver dia a dia...
A vida assim, jamais cansa...
Viver tão só de momentos
como estas nuvens no céu...
E só ganhar, toda a vida,
inexperiência... esperança...
E a rosa louca dos ventos
presa à copa do chapéu.
Nunca dê um nome a um rio:
sempre é outro rio a passar.
Nada jamais continua,
tudo vai recomeçar!
E sem nenhuma lembrança
das outras vezes perdidas,
atiro a rosa do sonho
nas tuas mãos distraídas...*

¹ QUINTANA, Mario. IN: **Veneno antimonotonia**. Org. e prefácio de Eucanaã Ferraz. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p.68.

RESUMO

A presente Tese de Doutorado tem como tema o estudo da chamada *famílias design* como desveladora de uma chamada família biotecnológica que, hodiernamente, se situa entre a estirpe da tradição e uma façanha internética. Como objetivo geral da tese, busca-se reconstruir o sentido do instituto do contrato e da família no modelo repersonalizado brasileiro, com base em um novo sentido hermenêutico a determinadas categorias jurídicas, de modo que a nova leitura para o conceito de família esteja formulada a partir de uma proposição ontológica, que considere um desvelar existencial aos pilares do Direito Civil Constitucionalizado. A Tese de doutorado desenvolve-se a partir do método fenomenológico-hermenêutico, em que o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). No primeiro capítulo de desenvolvimento da tese, busca-se compreender de que forma a pessoa e o patrimônio constituíram-se em pilares da estruturação do Direito Civil Clássico, até a sua transformação paradigmática notada a partir do giro repersonalizante da CRFB/88. Já no segundo capítulo de desenvolvimento, a tese concentra-se na releitura do Direito Civil e na forma como conseguirá responder aos desafios impostos pelos avanços biotecnológicos. No terceiro capítulo de desenvolvimento, a Tese propõe o debate das famílias biotecnológicas enquanto um modelo contratual ou um modelo familiar. Como resultado da pesquisa, tem-se que a noção jurídica de afetividade para o Direito das Famílias é permeada por um senso comum teórico dos juristas, já superada pela Metateoria do Direito Fraternal, de modo que os vínculos familiares devem ser tutelados pelo Direito Civil independentemente da presença da afetividade, como no caso da família biotecnológica, cujo suporte encontra-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual exige a proteção à família, sem utilizar adjetivos como a afetividade. Seja a partir de um vínculo afetivo como se desenvolveu na doutrina civilista ou em um vínculo virtualizado, tecnológico, a família é um agrupamento que não comporta ser fechado em uma gaveta conceitual pelo Direito.

Palavras-chave: Biotecnologia. Design. Família. Suporte Constitucional.

ABSTRACT

The present doctorate thesis focuses on the study of what it's known as "*families design*" which is the unveil of what's called biotechnological family, that is currently placed between the lineage of tradition and the feat of internet. As a general objective of the thesis, it's sought to reconstruct the meaning of the institute of contract and family in the Brazilian renewed model, based on a new hermeneutical sense to certain legal categories, so that the new reading for the concept of family is formulated starting from an ontological proposition, which considers an existential disclosure to the pillars of a Constitutionalized Civil Law. The doctorate thesis is developed according to a phenomenological-hermeneutic method, in which the individual (the researcher) is directly implicated, therefore, the person is related to the object of study, which interacts, and suffers the consequences of its results (its discoveries and potentialities). In the development of the thesis's first chapter, it is sought to comprehend on how did person and assets became the pillars of the structuring of the Classical Brazilian Civil Law, until its paradigmatic transformation noticed from the repersonalizing turn of the Brazilian Constitution of 1988. In the second chapter, the focus is on re-reading the Civil Law and how it will be able to respond to the challenges posed by the biotechnological advances. In the third and final thesis's chapter, it is proposed the debate of biotech families as a contractual model or a family model. As a result of the research, it's found a juridical notion of affectivity for Family Law, in which is permeated by a common theoretical sense of the jurists, already surpassed by the meta-theory of Fraternal Law, so that family ties must be protected by Civil Law, independently of the presence of affectivity, as is the case of the biotechnological family, whose support is found in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, which requires the protection of the family, without using adjectives such as affectivity. Whether from an affective bond as developed in civilian doctrine, or in a virtualized, technological bond, the family is a grouping that does not admit being sealed in a conceptual drawer by Law.

Keywords: Biotechnology. Design. Family. Constitutional support.

RESUMEN

La presente Tesis de Doctorado tiene como tema central el estudio de la llamada familias design como desveladora de una llamada familia biotecnológica que, de forma hodierna, se sitúa entre la estirpe de la tradición y una hazaña internética. Como objetivo general de la tesis, se pretende reconstruir el sentido del instituto del contrato y de la familia en el modelo re-personalizado brasilero, con base en un nuevo sentido hermenéutico a determinadas categorías jurídicas, por lo que la nueva lectura para concepto de familia sea reformulada a partir de una proposición ontológica, que considere un desvelar existencial a los pilares del Derecho Civil Constitucionalizado. La Tesis de Doctorado se desarrolla a partir del método fenomenológico-hermenéutico, en el que el sujeto (el investigador) está directamente relacionado con el objeto de estudio, el cual interactúa con él y sufre las consecuencias de sus resultados (sus descubiertas y potencialidades). En el primer capítulo del desarrollo de la Tesis, se busca comprender de qué forma la persona y el patrimonio se constituyeron en los pilares de la estructuración del Derecho Civil Clásico hasta su transformación paradigmática observada a partir del giro repersonalizante de La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. En el segundo capítulo de desarrollo, la Tesis se concentra en la relectura del Derecho Civil y en la forma como logrará responder a los desafíos impuestos por los avances biotecnológicos. En el tercer capítulo desarrollo, la Tesis propone el debate de las familias biotecnológicas como un modelo contractual o un modelo familiar. Como resultado de la investigación, se encuentra que la noción jurídica de afectividad para el Derecho de las Familias es permeada por un sentido común teórico de los juristas, ya superada por la Metateoría del Derecho Fraternal, de manera que los vínculos familiares deben de ser tutelados por el Derecho Civil independientemente de la presencia de la afectividad, como en el caso de la familia biotecnológica, cuyo soporte se encuentra en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, la cual exige la protección a la familia, sin que se utilicen adjetivos como la afectividad. Ya sea a partir de un vínculo afectivo como se desarrolló en la doctrina civilista, ya sea en un vínculo virtual, tecnológico, la familia es un agrupamiento que no comporta ser cerrado en un cajón conceptual del Derecho.

Palabras-clave: Biotecnología. Diseño. Familia. Soporte Constitucional.

RÉSUMÉ

La présente Thèse de Doctorat a comme sujet l'étude des appelées *familles design* en tant que dévoilantes d'une appelée famille biotechnologique qui, de notre temps, se situe entre la souche de la tradition et une prouesse internetique. Comme objectif général de la thèse, on cherche de reconstruire le sens de l'institut du contrat et de la famille dans le modèle repersonnalisé brésilien, en se basant sur un nouveau sens herméneutique donné à des catégories juridiques déterminées, de sorte que la nouvelle lecture du concept de famille soit formulée à partir d'une proposition ontologique, qui considère un dévoiler existentiel aux piliers du Droit Civil Constitutionnalisés. La thèse se développe à partir de la méthode phénoménologique-herméneutique, dans laquelle le sujet (le chercheur) est directement impliqué, car il y est lié, avec l'objet d'étude, qui interagit avec lui et subit les conséquences de ses résultats (ses découvertes et potentialités). Dans le premier chapitre de développement de la thèse, on cherche de comprendre la manière dont la personne et le patrimoine se sont constitués en piliers de la structuration du Droit Civil Classique, jusqu'à sa transformation paradigmatique notée à partir du tour repersonnalisé de la Constitution de la République Fédérative du Brésil de 1988. Ensuite, dans le deuxième chapitre de développement, la thèse se concentre sur la relecture du Droit Civil et sur la manière dont il répondra aux défis imposés par les progrès biotechnologiques. Dans le troisième chapitre, la thèse propose le débat sur les familles biotechnologiques comme un modèle contractuel ou un modèle familial. Comme résultat de la recherche, on constate que la notion juridique d'affection pour le Droit des Familles est traversée par un sens commun théorique des juristes, déjà surmontée par la Méta-théorie du Droit Fraternel, de manière que les liens familiaux doivent être protégés par le Droit Civil, indépendamment de la présence de l'affection, comme dans le cas de la famille biotechnologique, dont l'appui est sur la Constitution de la République Fédérative du Brésil de 1988, qui exige la protection à la famille, sans utiliser des adjectifs comme l'affection. Soit à partir d'un lien affectif tel que l'on a développé dans la Doctrine Civiliste ou à partir d'un lien virtuel, technologique, la famille est un groupement qui ne supporte pas être refermé dans un tiroir conceptuel par le Droit.

Mots-clés : Biotechnologie. Design. Famille. Appui Constitutionnel

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Ilustração 1 – Primeira tela de acesso para cadastro no site <i>family by design</i>	65
Ilustração 2 – Criação do perfil no site <i>family by design</i>	66
Ilustração 3 – Estrutura do Argumento Afetividade.....	269

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Pesquisa de decisões da jurisprudência acerca da utilização da terminologia “afetividade”	274
Tabela 2 – Fundamentação utilizada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o critério “Direito de Família e afetividade”	275
Tabela 3 – Fundamentação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça com o critério “Direito de Família e afetividade”	280
Tabela 4 – Fundamentação utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com o critério “Princípio da Afetividade”	284
Tabela 5 – Fundamentação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça com o critério “Princípio da Afetividade”	286
Tabela 6 – Fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal com o critério “Afetividade”	287

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO: <i>BELO PORQUE O NOVO TODO O VELHO CONTAGIA</i>	18
2 O DESVELAR DA PESSOA E DO PATRIMÔNIO A PARTIR DO EXAME DO DIREITO CIVIL CLÁSSICO E A TRANSFORMAÇÃO PARADIGMÁTICA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: OS PILARES DO DIREITO CIVIL DESDE SUA CONSTRUÇÃO AO GIRO REPERSONALIZANTE	32
2.1 O resgate do fenômeno do conhecer e do indivíduo como figuras centrais para um (re)pensar dos conceitos jurídicos de pessoa e patrimônio desde um cenário jurídico <i>prêt-à-porter</i> : a clausura do Direito e sua inquietude ao longo da codificação civil	32
2.2 O instituto do contrato e sua clássica representação patrimonializada no Direito Civil: uma análise a partir da dogmática tradicional.....	67
2.3 A família <i>pacta sunt servanda</i> na incursão oitocentista do Código Civil de 1916 enquanto estirpe de um modelo (in)questionável.....	97
3 A RECONSTRUÇÃO DE SENTIDO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO E O SEU REFLEXO NO MODO DE SER FAMÍLIA NO CONTEXTO CONSTITUCIONALIZADO E REPERSONALIZADO: DA EXCLUSÃO À INCLUSÃO DE MODELOS FAMILIARES COMO PROLEGÔMENOS DE UMA TAREFA HERMENÊUTICA.....	136
3.1 O giro repersonalizante do Direito Privado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as (profundas) modificações nas (rasas) águas da tradição ou sobre a despatrimonialização do Direito pela perspectiva jusfilosófica do ser.....	136
3.2 <i>Um barco que veleje nesse informar, que aproveite a vazante da informaré</i> : como a tecnologia transforma o homem e suas relações sociais em um espaço que a constitucionalização do Direito não consegue chegar – lacunas da constitucionalização ou porque não se pode justificar tudo no ferrolho da dignidade	168
3.3 Na sociedade hipercomplexa o amor é por um clique: outrora indissolúvel, hoje líquido: as relações humanas e a realidade virtual como um fenômeno de inclusão no Direito das famílias entre a conjugalidade e a parentalidade.....	199

4 A FAÇANHA BIOTECNOLÓGICA DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA ENTRE A AFETIVIDADE E A AFETIVIBYTE: A NECESSÁRIA (RE)LEITURA HERMENÊUTICO-ONTOLÓGICA E FRATERNA PARA UMA FAMÍLIA EXISTENCIAL E NÃO RECONTRATUAL.....	232
4.1 O <i>Da-Sein</i> como a consolidação da proposta de reexame jurídico da noção de afetividade pela perspectiva ontológica do Direito das famílias na criação de um <i>ser-no-mundo-virtual</i>.....	232
4.2 Do <i>Da-sein</i> ao <i>Design</i>: os acordos de co-parentalidade como sintetizadores das mudanças do projeto parental a partir do desvelamento das famílias biotecnológicas enquanto uma nova categoria de família.....	261
4.3 Revolvendo o chão linguístico para a estruturação dos “canteiros da fraternidade” nas famílias biotecnológicas por meio do reexame da Teoria do Fato Jurídico desde o olhar pontesiano à necessária releitura dos seus conceitos clássicos pela matriz civil-constitucional: do suporte fático ao suporte constitucional como a reconstrução das pontes sobre <i>pontes</i>.....	296
5 CONCLUSÃO: BELO PORQUE É UMA PORTA ABRINDO-SE EM MAIS SAÍDAS – POR UMA NOVA COMPREENSÃO DE QUE “FAMÍLIAS” NÃO COMPORTA UM CONCEITO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	327
REFERÊNCIAS.....	339

1 INTRODUÇÃO: **BELO PORQUE O NOVO TODO O VELHO CONTAGIA**

A Tese de Doutorado que ora se apresenta tem como **tema** o estudo acerca da necessidade de uma releitura dos pilares em que se estrutura o Direito Civil, quais sejam, a propriedade, contrato e família, em sua perspectiva clássica, a partir dos fenômenos da constitucionalização e despatrimonialização do direito privado. Neste contexto, a base teórica a ser utilizada na pesquisa intenta compreender as *famílias design* como desveladora de uma chamada família biotecnológica que, hodiernamente, se situa entre a estirpe da tradição e uma façanha internética. Dito de outro modo, ora pode possibilitar a formação de um novo modelo familiar, ora permite refletir sobre uma *recontratualização* do direito de família, o que permite que a tese venha propor uma nova reflexão sobre a noção de família, no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, mormente quando é influenciado por um modelo biotecnológico, como se apresentará nas famílias *design*.

Especificamente, o tema **delimita-se** a partir das novas configurações das famílias no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente marcado pela repersonalização e pluralidade de relações, fazendo surgir diferentes desenhos e conformações nas relações interpessoais. Neste contexto, um dos recentes modelos familiares que sem tem conhecimento é o denominado *family by design*, ou família por design, oriunda da rede mundial de computadores, a partir da página eletrônica <http://www.familybydesign.com/>², a qual apresenta como principal objetivo fomentar a chamada co-parentalidade ou doador conhecido.

É neste contexto que uma nova entidade familiar parece surgir, a da co-parentalidade, formada pelo filho e os co-pais, que identificados, formam a família apenas destinada ao filho internético, que não conhecerá uma estruturação familiar tradicional, mas apenas um pai e uma mãe, que conceberam um filho com a assistência genética um do outro, nada mais havendo entre eles, em termos de relação familiar.

O site www.familybydesign.com fundado por Darren Speedale, tem como objetivo promover arranjos familiares com intentos procriativos, aproximando pessoas para atender os seus objetivos parentais. Deve-se ressaltar que não se

² Para maiores referências, recomenda-se a visualização da página <http://www.familybydesign.com>, em que constam todas as informações necessárias para uma leitura inicial acerca da co-parentalidade. Acesso em: 03 jan. 2017.

tratarão de doadores anônimos, para uma reprodução assistida, embora tais técnicas possam ser utilizadas. Os co-pais serão pessoas identificadas e eleitas por determinados perfis.

A gestação, é, então, programada virtualmente, mediante a decisão conjunta dos parceiros em terem um filho e envolve os pares na Internet, mesmo que desconhecidos, a partir de questionários respondidos, onde são elencados dados pessoais a partir de informações, que poderão ser de interesse comum.

A tese tratará o modelo *by design* como uma família biotecnológica, em que não importa se os pais estão juntos ou separados, que tenha sido o filho nascido de uma relação afetiva ou meramente eventual, ou, quiçá, de técnicas de reprodução assistida, onde o pai, sem qualquer identidade, tivera a única função de ser doador do seu material genético.

Importa perquirir se este modelo biotecnológico criado coaduna-se com a leitura repersonalizada do ordenamento jurídico, a qual contempla especial valor às questões existenciais, notadamente, a dignidade da pessoa humana, erigida no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) e os direitos da personalidade, demarcados nos artigos 11 e seguintes do Código Civil de 2002 e que influenciaram a reformulação do que se entende por projeto parental, no sentido de ser a família o núcleo de realização pessoal dos seus membros. Em uma leitura contrária, a tese questionará se o modelo biotecnológico não reaproxima a família de seu conceito tradicional, se cunho procriacional, assemelhando-se a um contrato. Dessa forma, entende-se que há a necessidade de uma releitura dos pilares que estruturaram o direito civil em sua concepção clássica, abrangendo-se os conflitos biotecnológicos incorporados pelo indivíduo *galimebertiano*, aquele que vive na idade da técnica.

É nesse ponto que a figura da afetividade ganha relevo na tese, eis que o contemporâneo Direito de família assumiu uma marca plural, de inclusão, em nome de um chamado princípio da afetividade, de sorte que os laços que formam a família hodierna são muito mais existenciais do que patrimoniais. No entanto, assume-se que é tarefa difícil refletir o paradigma da afetividade em uma estruturação relacional que contempla a escolha de perfis e o fim procriativo, a partir de um acordo de coparentalidade firmado entre duas pessoas.

Assim, é mister que a tese proponha uma releitura hermenêutica do paradigma da afetividade, contextualizando este conceito à realidade biotecnológica,

e, ainda, a partir de uma perspectiva ontológica do Direito de família, como uma espécie de fuga ao sentido *warattiano* de senso comum teórico dos juristas. Não basta afirmar o paradigma da afetividade, é preciso fundamentá-lo, sem solipsismo.

O tema da tese assume proporções em princípio inusitadas, quando redes sociais e sites americanos na Internet estão aproximando pessoas apenas para a procriação pretendida, pessoas desconhecidas e não propriamente interessadas em um relacionamento afetivo entre si e que as coloquem, noutra passo, como pais. Por exemplo, pessoas que não tiveram ainda filhos, por diferentes e quaisquer razões, como idade, profissão entre outras, e que mantiveram o projeto parental, encontram-se diante da possibilidade cibernética de encontrar o pai ou a mãe para um filho, servindo a *web* de local de encontro, para fins da procriação, sem casamento, sem união estável ou qualquer outro tipo de entidade familiar já conhecida em termos de legislação e doutrina brasileiras.

O atrativo do *family by design*, e que fundamenta a tese, reside no fato de que, para o fim de escolha do casal, dá-se notável importância às definições acerca da guarda e educação do filho projetado, quando um e outro já evidenciam como gostariam de cuidar do filho, ou como dividir as tarefas inerentes ao exercício do poder familiar de cada um, e como poderão trabalhar uma cooperação deles pais, entre si, para proteger os interesses maiores do filho, dentre outros vários aspectos que a página eletrônica recomenda que os co-pais atentem.

Com efeito, claro que se percebe que filhos cibernéticos concebidos por pais internéticos, embora algumas críticas bioéticas, constituem uma nova realidade que não pode ser desconsiderada pelo direito de família. Os fatos da vida conferem realidades diferentes, no sentido da comunidade familiar, em seus mais diversos segmentos, razão pela qual, repisa-se, a tese discutirá a existência de um novo modelo familiar biotecnológico, formatado em uma necessária retomada do conceito de contrato, a partir de seu viés existencial.

É assim que se define o **problema de pesquisa** da tese. Uma nova família, a família biotecnológica, surge na rede mundial de computadores. Parceiros *on-line* colocam-se, segundo seus perfis, como potenciais pais para, conforme um projeto parental de ambos, satisfazerem ao outro e a si mesmos com o filho plasmado pela realidade virtual. Portanto, intenta-se questionar: de que forma se deve refletir as tratativas prévias para a formulação do acordo de co-parentalidade no modelo civil brasileiro, quando os contratos que regularão os arranjos familiares para uma

parceria de projeto parental podem implicar na (des)consideração de que as famílias *design* constituem um novo arranjo familiar que, embora não seja conjugal, é parental?

Como **hipótese original** a ser comprovada, a tese sustentará que a emergência de novos modelos de famílias, enquanto categorias jurídicas no Direito Contemporâneo³ possibilitam o surgimento de inúmeros e diferentes arranjos, dentre os quais, as chamadas *famílias design*, as quais desvelam uma nova formação familiar, a *família biotecnológica*, cujo exame implica o olhar conjunto dos pilares em que se assenta o Direito Civil, mormente a partir da visão contratual, mas não em seu sentido puramente dogmático, mas dentro de um novo contexto já batizado de contrato existencial. Ademais, pautando-se na ressignificação da noção de afeto, quer-se inferir que tal noção pode ser aplicada apenas para a parentalidade, ainda que não exista para a conjugalidade nas famílias biotecnológicas, mas sem categorizá-la como um princípio jurídico, bem como sem apresentar um conceito que encerre, igualmente, a noção de família dentro da dogmática jurídica, oportunizando-se, desta forma, não apenas uma revisão do significado de família, mas da clássica categoria pontesiana *suporte fático*, de onde surgirá o *suporte constitucional*.

Neste sentido, ao mesmo tempo em que o Direito de família se encontra inserido no contexto do paradigma da afetividade como valor jurídico, provoca um retorno ao clássico Direito dos contratos, cuja superação será possível a partir da formulação de um novo conceito de contrato, que contemple a perspectiva existencial e funcional dos pilares do Direito Civil, marcado, hodiernamente, pela sua constitucionalização e repersonalização ou despatrimonialização do Direito Privado.

O tema da tese demonstra-se de assaz relevância e **justifica-se** à medida que os avanços alcançados pelo desenvolvimento científico e tecnológico nas últimas décadas, especialmente nos campos da biologia e da saúde, colocam a humanidade diante de situações que há pouco tempo atrás pareciam inimagináveis.

³ Ao referir-se Direito Contemporâneo, alude-se que está se delimitando temporalmente o Direito pós Constituição de 1988 e Código Civil de 2002, no sentido proposto por Fachin de que há lugar para uma nova introdução que se proponha a reconhecer a travessia em curso e que se destine a um olhar diferenciado. Clara premissa que instiga a possibilidade de reconhecer que o reinado secular de dogmas, que engrossaram as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil, começa a ruir. Trata-se de uma recomposição do vínculo e da dedicação a partir de um redimensionamento dos afazeres didáticos e de pesquisa, em uma sociedade que acolha como mirada a motivação e não a reprodução de saberes, com o intercâmbio de novas fontes de investigação. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.1-6.

Tornou-se costumeira a descoberta de métodos investigativos, de técnicas desconhecidas, de medicamentos eficazes e de controle de doenças. Se, por um lado, todas essas conquistas trazem na sua esteira renovadas esperanças de melhoria da qualidade de vida, por outro, criam uma série de contradições que necessitam ser analisadas responsavelmente com vistas ao equilíbrio e bem-estar futuro da espécie humana e da própria vida no planeta.

Os indivíduos estão convencidos de que se vive na idade da técnica, mas na facilidade com que se utilizam os instrumentos que encurtam o espaço e o tempo, amenizam a dor, tornam ineficazes as normas sobre as quais se assentam todas as morais. E assim corre-se o risco de não haver o questionamento sobre o modo de ser humano na idade da técnica, como se fosse uma obrigação estar participando dela.

O problema na interpretação-aplicação do Direito encontra-se no fato de os diversos profissionais do Direito estarem influenciados por um “senso comum teórico”, como na expressão *warattiana*, um pano de fundo que condiciona as atividades cotidianas. Sem ele, não pode existir práticas jurídicas, isto é, não se tem como produzir decisões ou significados socialmente legitimáveis.

Eis assim que este senso comum teórico representa um sistema que organiza os dados da realidade, pretendendo a reprodução de valores e práticas predominantes. Ou seja, é um discurso o qual oferece respostas que apenas aludem ao real e apresenta um conjunto de questões em que as respostas já estão determinadas.

O progresso científico ocasionou para o legislador dificuldades que se iniciaram com a identificação da inexistência de previsão legal para a solução de diversos conflitos, culminando com a leitura inadequada dos institutos do Direito. Diante disso, os modelos teóricos que consagravam o fenômeno jurídico quedaram-se insuficientes diante da nova realidade, questionando-se os próprios fundamentos do sistema jurídico na contemporaneidade.

Trata-se da necessidade do rompimento com aquele paradigma estanque, superando-se a chamada dicotomia entre o Público e o Privado. Ao se recepcionar na CRFB/88 temas que antes compreendiam apenas ao estatuto privado, provocam-se transformações no sistema do Direito Civil clássico, ou seja, a adaptação a uma nova realidade econômico-social, que obrigou o intérprete do Direito a repensar os

valores ideologicamente consagrados no ordenamento jurídico e as influências interdisciplinares sofridas por ele nessa mutação.

Neste contexto, o Direito Privado igualmente passa por um momento de transformação em que novos arranjos se constituem em um ambiente de pluralidade formas familiares. Logo, justifica-se a escolha do tema pela sua repercussão no Direito, e na pesquisa acadêmica realizada na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na linha intitulada Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização, no sentido de que é recente a sua incursão no debate jurídico.

Assim sendo, quer-se contribuir para o debate com um recorte epistemológico que contemple o diálogo proposto com os estudos acerca do desenvolvimento de novas tecnologias, que influenciam a formação de relacionamentos humanos e familiares, superando-se uma visão puramente dogmática do tema, pautando-se o exame a partir de uma perspectiva interdisciplinar, que justifique o problema proposto para investigação na tese, permeando-se pela matriz teórica que analise o tema desde a perspectiva dos autores clássicos do Direito Civil, até os contemporâneos. Deve-se ressaltar que a perspectiva teórica clássica se assenta, especialmente, em Francisco Cavalcante Pontes de Miranda e a sua Teoria do Fato Jurídico, a qual propõe-se uma releitura a partir do viés que compreende o Direito Civil, hodiernamente, pela sua perspectiva constitucional.

Ademais, o tema da tese também se insere nos projetos de pesquisa desenvolvidos pelo orientador, Professor Doutor Wilson Engelmann, notadamente pelo exame dos reflexos que as novas tecnologias geram na modernização e recontextualização dos institutos do Direito Privado à luz da constitucionalização do Direito.

Como **objetivo geral** da tese, busca-se examinar a transformação paradigmática pela qual os pilares do Direito Civil são questionados no contexto pós-CRFB/88, reconstruindo-se o sentido do instituto do contrato e da família no modelo repersonalizado brasileiro, com base em um novo sentido hermenêutico a determinadas categorias jurídicas, de modo que a nova leitura para o conceito de família esteja formulada a partir de uma proposição ontológica, que considere um desvelar existencial aos pilares do Direito Civil Constitucionalizado.

Entende-se que os **objetivos específicos** devem pautar a estruturação básica da tese, a fim de se demonstrar que a adequação metodológica só se atinge no momento em que os objetivos da tese se coadunam com os capítulos a serem

desenvolvidos. Destarte, pode-se enumerar como objetivos específicos da tese os seguintes, agrupados de acordo com cada capítulo do Sumário da Tese

a) compreender a pessoa e o patrimônio como categorias jurídicas estruturantes do Direito Civil;

b) apresentar a clássica representação do contrato no seu viés patrimonializado;

c) debater o modelo de família tradicional como inquestionável na tradição oitocentista do Direito Civil;

Os três primeiros objetivos específicos serão abordados ao longo do primeiro capítulo de desenvolvimento da tese de doutorado, no sentido de que a estruturação do tema deve estar permeada pela relação que a CRFB/88 possui com o Direito Privado, sob a perspectiva do movimento de publicização do Direito Privado, que desemboca na sua constitucionalização, cujo ápice é a Carta Magna, com a aceitação de que o Direito Civil não pode ser analisado apenas a partir dele próprio, devendo sofrer o influxo do Direito Constitucional.

Para a construção do segundo capítulo de desenvolvimento da tese, arrolam-se os seguintes objetivos específicos:

d) refletir acerca do giro repersonalizante do Direito Privado e seus efeitos irradiadores na leitura do *ser*, a partir do movimento de constitucionalização do Direito, recebido no Brasil especialmente a partir da CRFB/88

e) compreender as implicações que o desenvolvimento biotecnológico incorpora à sociedade e ao Direito, no sentido de se averiguar que a constitucionalização do Direito Privado também se constitui em um espaço lacunoso;

f) radiografar as relações humanas na sociedade hipercomplexa, notadamente a partir da visão de Zygmunt Bauman, Gilles Lipovetsky, Ulrich Beck e Edgar Morin;

Os objetivos que se pretendem lançar mão neste capítulo consideram que a afetividade é um conceito que se liga ao Direito. Porém, a mudança no paradigma Modernidade/Pós-modernidade consolida um conjunto de perspectivas dominantes em torno da concepção do ser e do conhecer, organizando uma nova forma de pensamento. É imprescindível destacar que a proposição de uma releitura hermenêutica deve perpassar ao sentido que o Professor Lenio Streck traz para o Direito Constitucional quando demonstra a sua preocupação com os inúmeros

princípios que hoje são utilizados como fundamento para decisões jurídicas, o denominado panprincipiologismo.⁴

Cuida-se, neste sentido, de compreender como o contexto da afetividade insere-se naquilo que a tese pretende denominar de suporte constitucional, ou seja, o que fundamentará a releitura do suporte fático pontesiano, mormente nas relações privadas, tidas como aquelas à releitura da Teoria de Pontes de Miranda, torna-se imprescindível pautar as reflexões da tese como uma releitura de conceitos, superando-se premissas reducionistas típicas do Direito Privado Clássico, a caminho de uma abertura material dos conceitos jurídicos para a valorização do *ser* e os efeitos das normas jurídicas na interpretação-aplicação das normas principiológicas constitucionais, a fim de se perquirir se haverá a incidência destas no objeto de pesquisa da tese.

O terceiro capítulo de desenvolvimento da tese fundamenta-se nos seguintes objetivos específicos, que consolidam o conjunto de objetivos do trabalho:

f) consolidar a proposta de reexame da noção jurídica de afetividade pelo primado ontológico do *Da-Sein heideggeriano*

g) aduzir a necessidade de uma revisão hermenêutica do conceito de paradigma da afetividade como base epistemológica para a construção da noção de família biotecnológica.

h) sugerir que há uma nova categoria de família biotecnológica, a qual surge a partir da aplicação da Metateoria do Direito Fraternal, ratificando a releitura da Teoria do Fato Jurídico de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, pelos pilares constitucionalizados do Direito Civil,

Destarte, para este último capítulo de desenvolvimento busca-se demonstrar que a modernidade líquida traz consigo a fragilidade dos laços humanos, o chamado amor líquido de Bauman, de sorte que a insegurança originada por essa condição

⁴ Cumpre esclarecer que a visão de Streck origina-se na ideia do que o próprio autor chama de *era dos princípios constitucionais*, consequência não apenas do surgimento de novos tetos constitucionais, mas, fundamentalmente, decorrentes de uma revolução paradigmática ocorrida no Direito, em que parcela considerável da comunidade dos juristas optou por considerá-los como um sucedâneo dos princípios gerais do direito ou o suporte dos valores da sociedade. Ainda, nas exatas palavras do autor, está-se diante de um considerável número de *standards* interpretativos, que mais se parecem com *topoi* com pretensões dedutivistas. Sua diversidade – e a falta de critérios até mesmo para a sua definição – dá mostras da dimensão dos problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. Na verdade, no modo como são apresentados – pela sua expressiva maioria – tais *standards* são originários de condições nitidamente pragmatistas, mas, que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

estimula o conflito entre o estreitamento dos laços, ao mesmo tempo em que se mantém frouxos. Trata-se, justamente, da figura de linguagem que o capítulo propõe, ao sintetizar que os tempos modernos exsurtem o conceito de *afetivibyte*.

Enquanto **metodologia da pesquisa**, a tese de doutorado desenvolver-se-á a partir do **método fenomenológico-hermenêutico**. Sabendo-se que o método de abordagem visa aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado. Por isto, cabem algumas considerações sobre a metodologia que sustenta o projeto e a pesquisa propriamente dita: o “método” fenomenológico-hermenêutico⁵. Vale dizer, não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). Assim, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno. Já essa constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Assim, tem-se como matriz teórica da presente Tese de Doutorado as leituras de Zygmunt Bauman e Ulrich Beck, para a proposição sociológica; de Martin Heidegger, para a matriz fenomenológica; Gui Bonsiepe, para a perspectiva do design e Pietro Perlingieri, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, para o enquadramento no Direito Civil-Constitucional.

É por isso que se concorda com o Professor Lenio Luiz Streck quando afirma: “o verdadeiro caráter do método fenomenológico não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto.” [...] Em decorrência disso, “a introdução ao método fenomenológico somente é possível, portanto, na medida em que, de sua aplicação, forem obtidos os primeiros resultados. Isto constitui sua ambigüidade e sua intrínseca circularidade.” Ao se aplicar esse movimento, constata-se que a “sua explicitação somente terá lugar no momento em que tiver

⁵ STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. IN: **Sobre a Essência do Fundamento. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1979.

sido atingida a situação hermenêutica necessária. Atingida esta, descobre-se que o método se determina a partir da coisa mesma”.⁶

No movimento do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que se dará sentido aos resultados da pesquisa, onde o investigador (o aluno) estará diretamente implicado. Portanto, isto somente será possível a partir da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que a pesquisa poderá produzir na sociedade. Ao explicar o conceito de fenômeno, Heidegger explica que o seu significado corresponde àquilo que se revela, o que se mostra em si mesmo. Assim, manifestar-se só é possível com base no mostrar-se de algo. O manifestar-se é anunciar-se mediante algo que se mostra e o fenômeno, mostrar-se em si mesmo, significa um modo privilegiado de encontro, de sorte que o que se mostra em si mesmo são fenômenos da fenomenologia.⁷

Na necessidade de se aproximar o pesquisador do objeto pesquisado, portanto, é que Wilson Engelman considera que sujeito, o pesquisador, está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados, descobertas e potencialidades. Logo, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno.⁸

Destarte, na figura do círculo hermenêutico, busca-se a compreensão dos dados de pesquisa reunidos, constituindo-se uma análise e interpretação destes, buscando uma nova compreensão do fenômeno, que se concretiza, igualmente, em uma nova proposta, repetindo-se o círculo.

A construção das ideias a serem problematizadas na tese, a qual será perspectivada pelo ângulo do método fenomenológico-hermenêutico, como já

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 4.

⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3.ed. São Paulo: Vozes, 2008. p.64-74 *passim*. O termo fenomenologia se refere exclusivamente ao modo como se demonstra e se trata o que nesta ciência deve ser tratado. A ciência dos fenômenos refere-se ao aprendizado dos objetos de tal maneira que se deve tratar de tudo que se está em discussão. Ensina Heidegger que a fenomenologia é a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia, esta que só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno compreende o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. O fenômeno é o que constitui o ser.

⁸ ENGELMANN, Wilson. Direitos bio-humanos-éticos: os humanos buscando 'direitos' para proteger-se dos avanços e riscos (desconhecidos) das nanotecnologias. IN: **Anais do XIX encontro nacional do CONPEDI**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3400.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

referido, merece o diálogo com incursões hermenêuticas. Neste sentido, Gadamer reconhece que a base metodológica defendida por Dilthey para as ciências do espírito foi buscada como fundamentação para o reconhecimento da cientificidade das ciências humanas, que tinham sua validade questionada à época. Sobre tal aspecto, Stein sintetiza esse pensamento:

[...] os gênios não necessitam dessas regras porque têm capacidade de produzir ‘necessidade’, ‘universalidade’ e ‘verdade’ através da aplicação da sua própria genialidade. Os outros (médios, medíocres) é que precisam de método, lógica e epistemologia, ou seja, a ciência é feita para os medíocres, menos dotados, na concepção de Dilthey, e a maioria é menos dotada, então temos que dar a humanidade recursos, esse é o ideal da escola histórica.⁹

Gadamer questionou a visão de que o método poderia, de forma exclusiva, garantir a validade universal e a verdade, e, também questionou, se, realmente, o método teria lugar nas ciências do espírito¹⁰. As ciências de espírito não podem ser pensadas do mesmo modo das ciências da natureza. Há algo que “não pode ser medido pela verificabilidade de um enunciado”¹¹, pois “todo enunciado tem pressupostos que ele não enuncia”, uma motivação, um horizonte de sentido que nasce na situação da pergunta¹². Desta reflexão, exsurge a ideia de que métodos seguros não têm força para afastar preconceitos em busca da objetividade nas ciências do espírito, essa é uma ilusão. No movimento do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que se dará sentido aos resultados da pesquisa, onde o investigador estará diretamente implicado. Portanto, isto somente será possível a partir da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que a pesquisa poderá produzir na sociedade.

Para além disso, importa referir que se trata de escrito monográfico, formulado a partir de um viés funcionalista e estruturalista. O primeiro, porque pretende estudar o fenômeno social como um sistema organizado de atividades; o segundo, haja vista que se parte da investigação de um fenômeno concreto,

⁹ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e Existência**: uma introdução à filosofia. São Paulo: L&PM Editores, 1988. p. 41.

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002. v. II. p. 64.

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002. v. II. p. 64.

¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002. v. II. p. 67.

elevando-o a um nível abstrato, por intermédio da construção de um modelo que representa o objeto do estudo, retornando-se, após, ao caso concreto. Trata-se, nos dizeres de Deisy Ventura, de um modelo que aduz, de modo único, a uma representação concebível da realidade.¹³

Partilha-se, ademais, da ideia exposta pela autora de que despertar a consciência, ordenar o pensamento sem aprisioná-lo, exercitar o raciocínio, encontrar e triar a informação, desenvolver o senso crítico identificar metas, assimilar diferentes métodos, potencializar a ação, sustentar a diversidade de enfoques e de opiniões, produzir conhecimento, são os desafios metodológicos em um contexto que considere a metodologia como um além de corpo de regras e diligências estabelecidas para se realizar uma pesquisa.¹⁴

Ademais, a tese é constituída a partir de pesquisa doutrinária, mormente de leituras jurídicas, assim como de outras áreas do conhecimento, tais como a sociologia, a filosofia e a psicologia, demonstrando o caráter interdisciplinar que a pesquisa deve conter. Demonstra-se de importante relevância a utilização de obras estrangeiras e de páginas da internet, especialmente a <http://www.familybydesign.com>, a qual serve como ponto de convergência para o desenvolvimento da tese, assim como a utilização de dados estatísticos acerca dos atuais modelos familiares brasileiros, a pesquisa jurisprudencial, com especial delimitação ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. O primeiro, por tratar-se do Estado ao qual se vincula a pesquisa doutoral e os demais por se tratarem das Cortes que tratam da matéria em âmbito infraconstitucional e constitucional, bem como já existirem decisões significativas em cada um destes. A pesquisa se concentra entre os anos de 2007 a 2016, adotando-se tal lapso temporal para observar-se os posicionamentos da jurisprudência ao longo de dez anos, com especial consideração das decisões mais relevantes tomadas por cada um dos Tribunais mencionados.

Todas essas ferramentas metodológicas servem de base para que se compreenda que o objeto da reflexão jurídica é, precisamente, demonstrar uma ideia essencial que compreenda um fenômeno complexo. Novamente, Ventura leciona

¹³ VENTURA, Deisy. **Monografia jurídica**: uma visão prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.76-78.

¹⁴ VENTURA, Deisy. Do direito ao método e do método ao direito. IN: CERQUEIRA, Daniel Torres de. FILHO, Roberto Fragale (org.). **O ensino jurídico em debate**. Campinas: Millenium, 2007. p.257-292.

que se trata de encontrar o elemento decisivo, fundamental, a chave. Assim, quanto ao espírito crítico, não se trata de formular julgamentos de valor. Consiste na disposição de tomar um recuo em relação ao objeto, a por em questão as aparências, as evidências e as ideias feitas, no sentido de que “o interrogar-se em permanência é típico do jurista”¹⁵, eis que a solução não pode ser encontrada quando a questão proposta não está corretamente compreendida.

Eis, assim, que o Direito de Família reconhece a sua relação com o Direito dos Contratos, especialmente a partir da aceitação de que as relações familiares são o espaço de colaboração, confiança e solidariedade, marcas da boa-fé objetiva, que passa a incutir nas relações existenciais, manifestando-se nos vínculos familiares.

Logo, a tese tem como enfoque a (des)construção de um conceito jurídico para a família, a partir deste desvelar ocasionado pelo desenvolvimento biotecnológico, o qual implica, indubitavelmente, uma releitura dos pilares do Direito Civil a partir da experiência publicizada e constitucionalizada do Direito Privado na contemporaneidade. Para tanto, justifica-se a divisão da Tese em três capítulos de desenvolvimento, para a abordagem da temática.

No primeiro capítulo de desenvolvimento da tese, buscar-se-á compreender de que forma a pessoa e o patrimônio constituíram-se em pilares da estruturação do Direito Civil Clássico, até a sua transformação paradigmática notada a partir do giro repersonalizante da CRFB/88. Inicialmente tratar-se-á dos conceitos de pessoa e patrimônio ao longo da Codificação Civil para que se estruturarem as figuras do contrato e da família dentro de modelos pretensamente (in)questionáveis consolidados pela dogmática tradicional do Direito Civil, dialogando-se com os chamados fenômenos da constitucionalização e repersonalização do Direito Privado, mas já considerando-se a perspectiva filosófica da teoria de base que fundamenta a Tese, qual seja, a hermenêutica filosófica.

Já no segundo capítulo de desenvolvimento, como forma de questionamento à constitucionalização do Direito, perquirir-se-á se a releitura do Direito Civil

¹⁵ VENTURA, Deisy. Do direito ao método e do método ao direito. IN: CERQUEIRA, Daniel Torres de. FILHO, Roberto Fragale (org.). **O ensino jurídico em debate**. Campinas: Millenium, 2007. p.257-292. Importante considerar que, para a autora, o espírito crítico requer, ainda, a curiosidade e a coragem. A curiosidade depende da abertura de espírito e do tino para encontrar novos temas e novos enfoques. Mas a coragem é essencial: é muito mais perigoso por em causa as ideias batidas do que seguir os caminhos já calcados pelas pegadas dos outros. O maior perigo não é o externo, mas, como sói ocorrer, o interno, porque o espírito crítico requer o esforço constante de esquecer suas opiniões pré-existentes e de ser o mais objetivo possível, para re-fundar a sua convicção depois de cada análise.

conseguirá responder aos desafios impostos pelos avanços biotecnológicos, e, mais do que isso, como influenciará no próprio modo de constituir-se a família neste novo espaço técnico. Por fim, no terceiro capítulo de desenvolvimento, a Tese concentrar-se-á no debate das famílias biotecnológicas enquanto um modelo contratual ou um modelo familiar.

Destarte, é na hermenêutica filosófica de Heidegger que haverá a inspiração para se efetuar uma análise do ser-no-mundo virtualizado, bem como para se reestruturar uma nova compreensão acerca da noção de afetividade que permeia o Direito das Famílias no Brasil, demonstrando-se que o exame da temática necessariamente implica a reestruturação de uma categoria fundamental ao Direito Privado, o de suporte fático, que, em nome da metateoria do Direito Fraternal, passará a ser analisado como o suporte constitucional de inclusão dos tipos familiares tecnológicos.

2 O DESVELAR DA PESSOA E DO PATRIMÔNIO A PARTIR DO EXAME DO DIREITO CIVIL CLÁSSICO E A TRANSFORMAÇÃO PARADIGMÁTICA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: OS PILARES DO DIREITO CIVIL DESDE SUA CONSTRUÇÃO AO GIRO REPERSONALIZANTE

Neste capítulo de desenvolvimento da tese, intenta-se compreender de que forma a pessoa e o patrimônio constituíram-se em pilares da estruturação do Direito Civil Clássico, até a sua transformação paradigmática notada a partir do giro repersonalizante da CRFB/88. Assim, estruturando-se em três pontos de discussão, inicialmente tratar-se-á dos conceitos de pessoa e patrimônio ao longo da Codificação Civil; após, dedicar-se-á o estudo à figura do contrato e da família dentro de modelos (in)questionáveis consolidados pela dogmática tradicional do Direito Civil, para, então, dialogar-se o desenvolvimento da tese com os chamados fenômenos da constitucionalização e repersonalização do Direito Privado, mas já considerando-se a perspectiva filosófica da teoria de base que fundamenta a tese de doutorado, qual seja, a hermenêutica filosófica.

2.1 O resgate do fenômeno do conhecer e do indivíduo como figuras centrais para um (re)pensar dos conceitos jurídicos de pessoa e patrimônio desde um cenário jurídico *prêt-à-porter*: a clausura do Direito e sua inquietude ao longo da codificação civil

As instituições de Direito Civil foram tradicionalmente aprisionadas em quatro grandes ramos: o Direito das Obrigações, Direito das Coisas, o Direito de Família e o Direito das Sucessões. Trata-se da forma como a matéria foi disposta nas grandes codificações dos séculos XIX e XX, erigindo-se o sustentáculo desses quatro grandes ramos a partir da autonomia da vontade, da propriedade e da família. Como alude Lorenzetti, o Código constituiu-se em um reflexo da criação do Estado Nacional, cuja pretensão era ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária; “uma só norma, aplicável por igual a todos os cidadãos, sejam nacionais ou estrangeiros”.¹⁶

¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p. 44.

O século XIX presenciou as mais profundas alterações no modo de se entender e de se realizar o Direito, especialmente no âmbito do denominado Direito Privado, dados o apogeu das grandes codificações. No século XX, por seu turno, é que a Ciência do Direito representou um espaço de “letargia relativa, desafiando as insuficiências do formalismo e provocando o discurso jurídico a ampliar as suas bases de incidência”.¹⁷

O dilema da Ciência Jurídica, mormente ao final do século XX, é o de estar diante de problemas e questionamentos novos, colocando os juristas, os intérpretes do Direito de frente ao desconhecido, mas buscando respostas e soluções. Nesse sentido, caberá uma escolha dentro de possibilidades: ou o Direito intensifica o seu discurso dialogando com outros saberes ou então se mantém praticando meros formalismos.

Em outras palavras, é descobrir se a realização do Direito dar-se-á ainda pela utilização de dois pilares referenciados por Canaris: a compartimentação do processo interpretativo-aplicativo e o método da subsunção. Na verdade, apresenta o autor a superação deste aspecto, porquanto é possível se pensar com precisão um esquema que funcione como alternativa aos modelos clássicos, baseando-se, igualmente, em dois pontos fundamentais, quais sejam, a unidade de realização do Direito e a natureza constituinte da decisão. Ou seja, é propor a realização do Direito a partir de um movimento circular, espiralado, em que se passa da interpretação à aplicação.¹⁸

O que se vislumbra é um complexo cenário de realização da ciência jurídica em decorrência de diversos fatores, tais como a crise na distinção entre o direito público e o direito privado – e, na verdade, a tomada de consciência da sua compenetração – a modificação nas condições sociais, dos costumes, dos estilos de vida, da própria legislação e dos valores fundamentais do ordenamento jurídico e,

¹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. IX.

¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. CI *et. seq.* Canaris aponta que as exigências renovadas de uma ciência jurídica clara e precisa, capaz de responder a uma realidade em evolução permanente e que tenha em conta os atuais conhecimentos hermenêuticos e as exigências de maleabilidade deles decorrentes ocasionam um novo pensamento sistemático, que deve estar representado na figura de um sistema aberto, móvel, heterogêneo e cibernético, não postulando proposições hierarquizadas, apresentando em seu corpo uma densidade diversa, atentando-se para as consequências das decisões que o legitime.

ainda, a complexidade e pluralidade das fontes jurídicas.¹⁹ Dessa forma, as inquietudes e interrogações devem se comunicar com o Direito, para que nele não existam conceitos e categorias indiscutíveis.

Esta leitura não é diferente quando se propõe a questionar os esquemas jurídicos funcionalizados por institutos e conceitos do Direito Civil, especialmente em uma visão contemporânea, vislumbrando-se uma releitura de todo o sistema do código, individuando-se uma nova ordem científica “que não freie a aplicação do direito e seja mais aderente às escolhas de fundo da sociedade contemporânea.”²⁰ É o momento em que o Direito Civil, e o próprio Direito Privado, não mais são vistos como uma antítese ao Direito Público, superando-se a mentalidade de que aquele preocupa-se tão somente com a defesa de interesses particulares, ao passo que este seria a manifestação da autoridade e soberania do Estado, com a finalidade de permitir a efetiva realização dos interesses privados.

Teubner aduz que a desconstrução da dicotomia público/privado já se tornou quase um ritual, mas ninguém sabe exatamente por qual outra classificação se poderia substituí-la. Para o sociólogo, os cientistas sociais analisaram repetidamente a separação entre Estado e sociedade, mas, em seu lugar, vêem apenas uma politização de toda a sociedade. A ideologia da privatização aproveita dessa *des(cons)trução* sem proposta de substituição, tendo êxito em apresentar a velha dicotomia como a única possibilidade institucional atualmente disponível e celebrando-se como um movimento para o aumento da eficiência: das hierarquias burocráticas aos mercados dinâmicos.²¹ Ocorre que, para o autor em análise, apesar de todas as críticas, a distinção público/privado demonstrou notável vitalidade através dos séculos, já que, em sua longa evolução, adaptou-se às profundas mudanças estruturais da sociedade.

Partindo de tal premissa, é que Teubner trabalha com a perspectiva da policontextualidade, como uma ideia sofisticada para a dicotomia público/privado, no sentido de que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com a

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.4-6. Propõe o autor que a cultura jurídica é fruto da atividade interpretativa de todos os operadores do direito. Não basta o conhecimento das leis, a interpretação da disposição legislativa, nem reconstruir os institutos, os conceitos e então o sistema; é necessário confrontá-lo com a realidade social, o fato, os problemas concretos. É o sistema normativo confrontando-se com tal realidade.

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.137.

²¹ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005. p. 236.

ajuda de uma única classificação binária, eis que a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. O singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do Direito em público e privado deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se no Direito.²²

É dessa forma que o sociólogo afirma que o cerne do direito privado é a juridificação de processos de construção normativa espontâneos e plurais na sociedade, que se distinguem, fundamentalmente, dos processos de regulamentação política pelo Estado.²³ Se há algo que pode ser aprendido com a atual teoria social pelo direito privado é a compreensão de que a autonomia social, ou seja, a capacidade de autorregulamentação de um sistema social, também se realiza de diversas maneiras em outros mundos de sentido sociais e não apenas no sistema econômico.

Também, Francisco Amaral explicará a questão da quebra dicotômica entre o direito público e o direito privado, no sentido de que a distinção sempre foi ideológica. Para Amaral, essa distinção foi um dos postulados básicos do Estado Liberal, assim como o da divisão dos poderes e também o do caráter abstrato e geral das normas jurídicas. A separação dos dois ramos correspondia à existente entre os sistemas da política e da economia, com outra característica, a da abstenção do Estado em intervir na coletividade. Contrapunha-se “desse modo, a sociedade civil, que era a natural, dirigida pelas suas próprias leis, emanadas da natureza ou da razão, ao Estado, que era o organismo mantenedor da ordem econômica e social”.²⁴

Classicamente, o Código Civil brasileiro representou um sistema estruturado em torno de uma noção patrimonial que prevalecia sobre a noção de pessoa. Foi por eleger o patrimônio como um dos pilares da codificação que o sistema jurídico

²² TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005. p. 237. Para Teubner, a simples dicotomia direito público/direito privado, que, em todas as suas variantes de teoria de interesses, sujeição e sujeito, reflete, em última análise, apenas o dualismo entre Estado e sociedade, não pode compreender as particularidades da atual diferenciação social. Deve-se entender o direito privado com base em sua estreita afinidade com a atual pluralidade de discursos, não apenas por sua proximidade com a economia, como ocorre hoje predominantemente, mas por seu parentesco com os mais diversos setores autônomos da sociedade civil, desde as relações privadas, passando pelo sistema de saúde pública, a educação, a ciência, os meios de comunicação, até a arte e a religião.

²³ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005. p. 240.

²⁴ AMARAL, Francisco do. **Direito civil**: introdução. 8.ed. rev. atual.e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.118-9.

tradicional estabeleceu uma espécie de clausura, a partir da CRFB/88 *numerus clausus* dos direitos reais. Neste sentido, o sujeito submete-se a determinados princípios como autonomia da vontade, propriedade, entre outros, conforme aludido anteriormente.

Cabe referir que esta autonomia da vontade regulava os interesses privados, a partir da constituição de relações jurídicas estabelecidas pelas pessoas, dentro da idéia de dicotômica entre o direito público e privado, eis que pela autonomia da vontade os indivíduos poderiam criar as suas regras.

A questão dicotômica fundava-se na idéia de que, em se tratando de relações entre particulares, estas estariam albergadas somente pelo direito privado, ao passo de que as relações que envolvessem o Estado seriam tuteladas tão somente pelo direito público. Mas, para além desta mera diferenciação, aduz-se que a natureza da relação jurídica também justificava a diferença entre o privado e o público. Assim, Fachin, alude que:

Há outro referencial também discutível ao lado da qualidade do sujeito. É a natureza da relação jurídica, segundo a qual, se foi o vínculo marcado pela subordinação, isto é, por uma supremacia juridicamente legítima de uma parte sobre a outra, como no caso do fisco em relação ao contribuinte numa obrigação tributária, estaria inserido no direito público. No Direito Privado, as relações são, em regra, marcadas pelo sentido de coordenação, ou seja, são pólos de uma relação jurídica que não estabelecem, desde o início, na sua essência, compromisso de prioridade ou supremacia de um sobre o outro.²⁵

O Direito Privado, portanto, projeta-se para o âmbito das relações firmadas entre particulares sobre um ordenamento que organiza e estrutura esses pilares. Vale tecer alguns comentários sobre a função do contrato dentro da esfera clássica do Direito Privado. O instituto do contrato pressupõe vontade, ou melhor, a existência de um alguém que manifesta a sua vontade. Aqui, se está diante da condição de sujeito da pessoa que se coloca diante de outro sujeito para originar uma relação jurídica. Neste sentido, origina-se a noção de objeto que se coloca como um dos pilares que compõem o Direito Privado.

Sobre a condição de sujeito, bem cabem as palavras de Fachin, novamente, ao referir que:

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.142.

Sujeito, obviamente, se refere à pessoa, noção necessariamente a mesma que aquela incorporada pelo fenômeno jurídico. Reconhecidamente no modelo clássico, a nem toda pessoa é reconhecido esse *status* de sujeito de direito. A definição de sujeito é noção que impera em corte, a partir da realidade que projeta para o âmbito do sistema jurídico. Nesse sentido, nem tudo e nem todos ingressam no sistema.²⁶

Em sentido diverso, a noção de pessoa pauta-se a partir da sua associação com o sistema jurídico, pois é a ela que se designam direitos e obrigações. Logo, para ser pessoa diante do sistema jurídico, é necessário se ter direitos e obrigações, a qual surge a partir de um conjunto de normas. Já o objeto possui uma ligação com o patrimônio. Considerando-se a noção de objeto inserida na idéia de patrimônio, poder-se-ia afirmar que patrimônio é aquilo que pertence a determinado ente, ou seja, algum titular desse patrimônio.

Segundo Orlando Gomes, a história do Direito Civil brasileiro singulariza-se pela ininterrupta vigência, por mais de três séculos, das Ordenações Filipinas.²⁷ Por ter permanecido sob a influência das Ordenações ao longo de tanto tempo, o Brasil não enquadrou-se no procedimento de codificação das leis do século XIX como os demais países ocidentais, de modo a aprovar o Código Civil de 1916 tão logo acabasse a influência das Ordenações do século XVII.

No início do século XX, o ordenamento jurídico brasileiro ainda prendia-se naquelas disposições bizantinas, sendo que em janeiro de 1917, marco da entrada em vigor do Código Civil de 1916, o Direito Civil brasileiro “não passava de um variável aglomerado de leis, assentos, alvarás, resoluções e regulamentos, suprimindo e reparando e sustentando as ordenações do reino, venerável monumento antiquado [...] cujos sacerdotes lhe recitavam em torno os textos frios do Digesto [...].²⁸

O fato de o ordenamento jurídico brasileiro prender-se por mais tempo às Ordenações Filipinas justifica-se pelas condições e formas de vida consagradas nesta legislação. Mas, para além deste fato, deve-se considerar também que as amarras da tradição sustentavam-se no Direito brasileiro pela circunstância de que

²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 146.

²⁷ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3.

²⁸ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 8.

Portugal aproximava-se da influência oriunda do movimento de renovação legislativa iniciada na Europa, no século XIX, a partir do advento do Código de Napoleão.

Conforme novamente alude Orlando Gomes, elaborado no período histórico em que os princípios da revolução francesa formulavam as diretrizes de profunda renovação social, o Código Civil português havia de ser, como foi, a expressão mais acabada do individualismo jurídico em Portugal.²⁹ Na verdade, o *Code Civil* de 1804 constituiu um ode ao bom pai de família, ao indivíduo dotado de razão, do homem prudente e diligente, que faz livremente os seus negócios. Por tal razão, os princípios fundamentais do Código são a família monocrática, a propriedade individual, a autonomia da vontade individual e a responsabilidade individual.³⁰

O Direito Civil clássico demarca as suas fronteiras, evoca limites e edifica muros. Em seu interior, as coisas em geral se convertem na noção jurídica de patrimônio. Consoante leciona Fachin, a apropriação material pelo Código moderno pode preencher um vazio jurídico, contudo, sem simplificações, pode também atender a certas necessidades fundamentais de cada ser, havendo um desejável aporte finalístico que não se reduz à compreensão mecanicista dos bens e da própria vida, fazendo a ponte para a contemporaneidade. Essa adequada captação das fontes históricas pode revelar, no passado, origens interessantes de institutos fundamentais, como a propriedade, e aclarar o sentido e o alcance do nascedouro das famílias romano-germânicas ocidentais.³¹ Sob tais condições apontadas pelo autor, emerge o signo linguístico que se eleva a preceito e governa pessoas e coisas, qual seja, o Código Civil, apto a dar linha no desenho do patrimônio e do crédito, valores informados pelo Código Civil de 1916, nucleados na tutela patrimonial, em que o sujeito e objeto ocupam espaço jurídico privilegiado na base das relações jurídicas, conquanto ao sujeito sempre se tenha reservado posição de

²⁹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.10.

³⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução: A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Medeiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013. p.536. O autor alude que o bom pai de família reina sobre a sua família, uma família pequena, é certo que a do *paterfamilias* romano, pois a maioria emancipa e faz escapar os filhos maiores à autoridade do pai. Mas o pai é o senhor e dono da sua esposa e dos seus filhos menores; pode mandar prender os filhos; tem gestão e gozo dos seus bens; tem a gestão dos bens da comunidade familiar. [...] A propriedade é individual; na época do *Code*, o pai de família é bom se se torna proprietário e deixa bens aos filhos. Três quartas partes do *Code* são consagrados a esta propriedade que é, sem que isso se diga, essencialmente concebida como a de um indivíduo e não como a de um grupo ou de uma coletividade; e este indivíduo, o proprietário, pode fazer dela o que muito bem lhe pareça.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.28.

destaque a partir da noção de pessoa, e, ao objeto, são dedicados princípios e regras que traçam o regime jurídico dos bens.

Ao explicar a relação entre homem e coisa, Paolo Grossi explicita que, já na doutrina italiana dos anos 1930, brotara a intuição elementar de que era hora de olhar a relação entre homem e coisas não mais do alto do sujeito, mas sim pondo-se ao nível das coisas e observando de baixo tal relação, sem preconceitos individualistas e com uma disponibilidade total para ler as coisas sem as lentes deformantes.³² Nota-se que, após a ênfase do individualismo possessivo, opera-se um deslocamento do sujeito da noção de propriedade, reconstruindo-se a sua noção a partir de elementos objetivos, porém relativizados.

Grossi alerta que a propriedade é, seguramente, também um problema técnico “por debaixo, os grandes arranjos das estruturas; por cima, as grandes certezas antropológicas põem sempre a propriedade no centro de uma sociedade e de uma civilidade”.³³ A complexidade da atual paisagem jurídica obriga o jurista a atuar sobre um novo instrumento de observação, no sentido de ser o portador de um saber que emerge a fragmentação e multiplicação das fontes de produção do Direito. Como refere o autor em evidência, os indivíduos são todos chamados a “construir um novo edifício”³⁴, tomando como pedra angular aquela velha verdade elementar pisoteada e ocultada, segundo o qual o referente do Direito não está mais no Estado, mas na sociedade. Trata-se de um elementar e vital deslocamento na direção da marcha.

Relacionar o Direito com a sociedade significa corresponder à atual repugnância em relação a fronteiras que antes se mostravam intransponíveis, rumo

³² GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.4.

³³ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.16-7. Como refere o autor, a propriedade não consistirá jamais em uma regrinha técnica, mas em uma resposta ao eterno problema da relação entre homem e coisas, da fricção entre mundo dos sujeitos e mundo dos fenômenos, e aquele que se propõe a reconstruir sua história, longe de ceder a tentações isolacionistas, deverá ao contrário, tentar colocá-la sempre no interior de uma mentalidade e de um sistema fundiário com função eminentemente interpretativa. [...] Se o formalismo jurídico é um inimigo a ser batido porque o mundo das propriedades não é jamais um mundo de formas ressecadas em uma técnica, existe também o perigo do signo oposto que amortece e desfoca o diagnóstico jurídico em um economicismo pesado para acompanhar uma mal-entendida solicitação de concretude; e olha-se programaticamente somente os fatos isolados, e, dado que os fatos são sempre marcados por um inevitável particularismo, particulariza-se o olhar ao ponto de perder a visão do conjunto e a percepção do tecido ideal que, de modo igualmente inevitável mesmo que invisível, liga os fatos e consente uma compreensão autenticamente historiográfica.

³⁴ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.113.

a espaços fragmentados. Vive-se, hodiernamente, um momento em que as fontes do sistema tradicional do Direito retiram as certezas, provocam dúvidas, chamam-no a reordenar as suas categorias e invenções técnicas em um espaço não mais apenas físico, mas virtual, cujos efeitos sobre a soberania dos Estados, com suas fronteiras limitadas, são incapazes de controlar o ritmo frenético das mudanças. Nos dizeres de Carnelutti, “faz tempo que o direito vem perdendo, pouco a pouco, cada vez mais, sua dupla função de certeza e de justiça”.³⁵

Os espaços fragmentados no qual se constroi o Direito representam a própria viragem nos conceitos de pessoa e patrimônio, como tem se observado até aqui. No entanto, não se pode olvidar a necessidade do reexame do próprio conceito de pessoa, pois é nele que se centra, hoje, a figura dos contratos e dos institutos do Direito Civil. Não é diferente nos contratos de co-parentalidade, objeto da tese, mas com uma particularidade: trata-se de um pacto em que distintas pessoas não contratam apenas um objeto lícito, possível, determinado ou determinável³⁶, mas em que, o próprio objeto, também corresponde ao (a um) ser. Imprescindível notar, ainda, que ao lado do conceito de pessoa é o conceito de individualidade que deve ser repensado.

Questiona Vicente Barreto o que é a pessoa humana, até então considerada como um dos conceitos mais pacíficos do direito, especialmente em virtude dos avanços da biologia e de suas aplicações tecnológicas sofridas nos últimos cinquenta anos.³⁷ O emprego de expressões como ser humano e pessoa humana na

³⁵ CARNELUTTI, Francesco. **A morte do direito**. Adaptação e tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004. p.7.

³⁶ Trata-se do modelo que o Código Civil Brasileiro considera como apto a dar validade ao negócio jurídico, nos termos do que determina o artigo 104 do diploma civil. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei. BRASIL. **Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 03 jan. 2017.

³⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. A ideia de pessoa humana e os limites da bioética. IN: BARBOZA, Heloísa Helena. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.219. O autor considera que a problemática em torno do conceito de pessoa humana traduz-se em uma perplexidade encontrada entre filósofos, juristas e cientistas sociais. Assim, conceitos que serviram de fundamentos para o sistema normativo da sociedade liberal-burguesa aguardam uma releitura do seu significado e de sua função na estrutura jurídica, em face dos avanços do conhecimento científico e do novo mundo construído pela engenharia genética. No Ocidente, juristas e legisladores se socorreram da formulação de princípios, como a dignidade da pessoa humana, considerado um referencial obrigatório para a formulação e a exegese dos sistemas jurídicos da sociedade democrática. Entretanto alerta Barreto que mesmo a dignidade humana, enquanto ideia-valor, necessita para a sua compreensão e aplicação que se recuperem os fundamentos ético-filosóficos para poder exercer a função que dela se espera no Estado Democrático de Direito.

linguagem comum levou a que se entendesse a pessoa como sendo a característica do humano. Todavia, os problemas com os quais se defrontam a bioética e o biodireito, em consequência dos avanços científicos, mostram a inconsistência do uso, como sinônimos, das duas expressões.³⁸ Permanece, portanto, a dificuldade em se definir o que é a pessoa humana.³⁹

Em outras palavras, a referência à pessoa humana não é apenas uma simples afirmação dogmática de determinados ideais, mas a constatação das características racionais do ser humano que o diferencia das coisas, pois é dotado de valores essenciais para a sua existência. Ensina o filósofo que é também correto dizer que o ser humano se acha em obrigação com a virtude, como força moral, pois enquanto a faculdade de superar todos os impulsos sensíveis em oposição pode e deve ser simplesmente pressuposta no ser humano por conta de sua liberdade, ainda assim essa faculdade como força é algo que ele precisa adquirir; e a forma de adquiri-la é ampliar o incentivo moral, tanto contemplando a dignidade da pura lei racional em nós quanto praticando a virtude.⁴⁰

³⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. A ideia de pessoa humana e os limites da bioética. IN: BARBOZA, Heloísa Helena. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 224.

³⁹ Vicente Barreto apresenta um resumo histórico acerca da indagação sobre o início da pessoa humana e a sua consideração enquanto tal. Discorre que desde a Antiguidade a indagação sobre o início da pessoa humana preocupou filósofos, juristas e cientistas. Para Aristóteles, a pessoa humana tornava-se viável, apta a ser considerada integrante da humanidade, na 28ª semana após a fecundação. Essas indagações sobre o começo da pessoa humana e o seu valor tiveram, desde o reconhecimento do nascituro como pessoa, em Roma, uma importância que veio a perder no direito moderno. Entre os romanos, a criança concebida era considerada como pessoa fazendo com que a concepção e não o nascimento fosse o fator determinante no reconhecimento de um ser como pessoa humana. IN: BARRETO, Vicente de Paulo. A ideia de pessoa humana e os limites da bioética. IN: BARBOZA, Heloísa Helena. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 226. Ainda, cabe referir que a origem mais propalada do conceito de pessoa é a de máscara. Essa ideia correlaciona pessoa e *personare*, que significa a máscara através da qual retumba o ator ou agente e vem baseada na obra de Boécio para quem o nome pessoa significa a máscara que, nas comédias e tragédias, representavam os homens que se interessavam representar. A máscara é o atributo que realça no indivíduo humano a sua condição de substância racional, capaz de falar, agir e atuar. Tal concepção foi utilizada igualmente por Tomás de Aquino que, remetendo-se a Boécio, considerava o termo *persona* como uma derivação das máscaras que representavam personagens humanas nas tragédias. Reconhece-se a importância de uma leitura mais detida acerca do desenvolvimento histórico do conceito de pessoa humana, mas, tendo em vista que o objetivo aqui não é o de realizar uma referência e construção histórica ao conceito de pessoa, mas sim a demonstrar a sua categorização pelo Direito, recomenda-se a leitura de STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade – ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. O autor propõe demonstrar as origens do conceito de pessoa e o faz ao longo de sua obra, especialmente a partir do segundo capítulo p. 27 *et. seq.*

⁴⁰ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos e notas Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 241. Em Kant, amplia-se a abrangência deste conceito para que se considere no respeito à autonomia o seu ponto central. Pessoas são os seres racionais porque a sua natureza os

A importância de se compreender o significado da noção de pessoa também se justifica por ser esta uma das categorias fundamentais da bioética e que possibilitará o entendimento sobre a própria questão da vida humana. Roque Junges afirma que pessoa é um conceito abrangente, porque se funda na autocompreensão do ser humano, que independe das circunstâncias e é compreensível em todos os contextos morais, porque expressa intuições éticas comuns. É particularmente importante para enfrentar situações-limite nas quais a vida humana está fragilizada. Para o autor, o conceito de pessoa está ligado a teorias morais que fornecem critérios para decisões éticas referentes à vida humana e fundamenta tais teorias.⁴¹

O conceito de pessoa se apresenta, portanto, tanto na sua procedência histórica como nas suas exigências teóricas, como aquele que exprime a riqueza da auto-afirmação do sujeito, constituindo-se no ponto central do discurso da antropologia filosófica, em que se entrelaçam o entender das relações *em-si* ao *para-nós*. É como pessoa que o ser humano se coloca na inteligibilidade radical do seu ser, na passagem do dado à forma pela mediação do sujeito.

Em Santo Agostinho, encontra-se a vinculação do conceito de pessoa à Trindade, três pessoas, três *prósopa*: Pai, Filho e Espírito Santo, “porque o são reciprocamente e não com relação a si mesmos”.⁴² Na Trindade, nunca se emprega o termo pessoa como se compreende, mas sim como a substância do Pai e não o Pai como ser. Assim, o Pai recebe a referência de Pessoa não em relação ao Filho ou ao Espírito Santo, mas em si mesmo. O homem, para Santo Agostinho, é a reprodução da Santíssima Trindade, uma vinculação à imagem bíblica do Deus trino, três pessoas e uma só essência, ou, para os gregos, uma única essência e três substâncias.

Já em uma esteira antropológica, Lima Vaz assevera que a pessoa é designada necessariamente pelo “momento conceptual da singularidade na ordem

distingue como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que limita, nessa medida, todo o arbítrio.

⁴¹ JUNGES, José Roque. **Bioética: hermenêutica e casuística**. São Paulo: Loyola, 2006. p.104. Explica Junges que o conceito de pessoa aponta para uma antropologia específica que a sustenta e explicita que pode ser denominada personalista. Ela oferece uma interpretação do ser humano como pessoa e serve de pano de fundo para decisões sobre a vida humana. A bioética, ao ter como ponto de referência primordial a vida humana e apresentar-se como um saber ético, levanta a questão sobre o ponto de partida antropológico. A concepção de ser humano fundada na pessoa pode ser chamada de antropologia personalista, porque entende a pessoa como relação.

⁴² AGOSTINHO, Santo. **A trindade (Patrística)**. Tradução: Agostinho Belmonte. São Paulo: Paulus, 1995. p.253.

de inteligibilidade do discurso para-nós.”⁴³ A pessoa é, assim, a expressão pela qual o sujeito *Eu* se exprime ou se diz a si mesmo. Sendo ela um resultado, será, em-si, a origem inteligível de todo o discurso, surgindo na sua originariedade e em toda a invocação do sujeito vem a ser a representação do *Eu e Tu* que se encontram. Eis assim que, segundo o filósofo em referência, à pessoa não pode ser aplicado nenhum conceito operacional, haja vista que a experiência do existir é singular e única no seu constituir-se e no seu manifestar-se, inatingível por qualquer processo objetivante de conhecimento que intente reduzi-lo a estado de coisa observável e manipulável.⁴⁴

Já na perspectiva apontada pelos civilistas, é, classicamente, em Pontes de Miranda que se vai encontrar a noção de que o nascimento com vida é a porta de entrada da pessoa no mundo jurídico no suporte fático em que o nascer é o núcleo. Segundo o autor, sujeito de direito é a pessoa. Pessoa é apenas o conceito com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito.⁴⁵

Como alude o civilista, por longo tempo, a técnica legislativa satisfiz-se com a simples alusão à pessoa ou à ofensa à pessoa para as regras jurídicas concernentes aos efeitos da entrada do suporte fático, em que há ser humano, no mundo jurídico.⁴⁶ Por isso, no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há necessariamente, alguma pessoa como elemento do suporte, além do que, no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é ser humano. A personalidade, para o jurista, resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico.⁴⁷

Segundo o autor português Diogo Costa Gonçalves, a origem etimológica do termo pessoa vive encerrada numa neblina de mistério, afirmando ter se tornado

⁴³ LIMA VAZ, Henrique C. de. **Antropologia filosófica II**. 2.ed. São Paulo: Loyola, 1995. p.191. Tal afirmação significa que a pessoa surge ao termo do discurso como a singularidade que suprassume a universalidade da essência pela mediação da particularidade da existência que se realiza na história de cada um. Já na ordem da inteligibilidade em-si, a pessoa, como singularidade, exerce a mediação que faz passar a universalidade da essência na particularidade histórica da existência.

⁴⁴ LIMA VAZ, Henrique C. de. **Antropologia filosófica II**. 2.ed. São Paulo: Loyola, 1995.p.192-213.

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado – Tomo 1**. Campinas: Bookseller, 1999. p.215.

⁴⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado – Tomo 7**. Campinas: Bookseller, 2000. p.29.

⁴⁷ Sobre o suporte fático da regra jurídica (*Tatbestand*), importante lembrar que Pontes de Miranda o define como aquele fato, ou grupo de fatos sobre o qual a regra jurídica incide, podendo ser da mais variada natureza, como, por exemplo, o nascimento do homem, o fato físico do mundo inorgânico, a doença, o ferimento, entre tantos outros. É incalculável o número de fatos do mundo, que a regra jurídica pode fazer entrar no mundo jurídico, que o mesmo é dizer-se pode tornar *fatos jurídicos*. [...] Fato jurídico é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico. A entrada dele nesse mundo, e não a sua permanência eficaz é que o pode definir. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado – Tomo 1**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p.19-20.

lugar comum fazer derivar a palavra pessoa do termo grego *prósopon*. Pessoa aparece assim ligada ao teatro grego, à máscara da tragédia antiga. Era no teatro, envergando a máscara grega, que o homem; se tornava pessoa.⁴⁸ Desvela-se, na verdade, a partir deste conceito, a dificuldade em uma compreensão metafísica do que seja o conceito de pessoa, e, por conseguinte, do humano. Intenta-se compreender e superar tal dificuldade a partir dos estudos sobre o fenômeno do conhecimento e seus efeitos sobre as relações entre indivíduos partindo-se a teoria de Humberto Maturana e Francisco Varela.

Habitualmente, pensa-se no ser humano como um ser racional, e, frequentemente, os discursos apontam para a racionalidade como o fator que distingue os seres humanos dos outros animais. No entanto, o fenômeno do conhecimento é algo do qual nenhum ser humano escapa, por estar destinado a este fenômeno. O processo de aprendizagem é, para os seres sociais, tudo.

Para Maturana, dizer que a razão caracteriza o humano é um antolho, porque deixa os homens cegos frente à emoção, que fica desvalorizada como algo animal ou como algo que nega o racional. O homem, ao se declarar, um ser racional, vive uma cultura que desvaloriza as emoções, sem observar o entrelaçamento cotidiano entre razão e emoção, que constitui o viver humano, e não se dá conta de que todo sistema racional tem um fundamento emocional. Neste sentido:

As emoções não são o que correntemente chamamos de sentimento. Do ponto de vista biológico, o que conotamos quando falamos de emoções são disposições corporais dinâmicas que definem os diferentes domínios de ação em que nos movemos. Quando mudamos de emoção, mudamos de domínio de ação. Na verdade, todos sabemos isso na práxis da vida cotidiana, mas o negamos porque insistimos que o que define nossas condutas como humanas é elas serem racionais. Ao mesmo tempo, todos sabemos que, quando estamos sob determinada emoção, há coisas que podemos fazer e coisas que não podemos fazer, e que aceitamos como válidos certos argumentos que não aceitaríamos sob outra emoção.⁴⁹

O humano vai se constituir nesse entrelaçamento entre a razão e as emoções, de sorte que o racional representará as coerências dos sistemas operacionais dos sistemas argumentativos que se constroem na linguagem, para defender ou justificar ações. Normalmente, os argumentos racionais são utilizados

⁴⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008. p.20.

⁴⁹ MATURANA, Humberto R. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução: José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p.15.

sem levarem em consideração as emoções em que se fundam, pois o ser acredita que um fundamento emocional para as suas ações poderia ser uma limitação ao seu ser racional.⁵⁰

Partindo-se dessas ideias iniciais, poder-se-ia questionar o que define o ser humano. Maturana responderá que o que define uma espécie é o seu modo de vida, uma configuração de relações variáveis entre organismo e meio, que começa com a concepção do organismo e termina com a sua morte. A mudança evolutiva se produz quando se constitui uma nova linhagem ao mudar o modo de vida.⁵¹ O autor reflete, destarte, que não há ação humana sem uma emoção que a estabeleça como tal.⁵²

A visão de Humberto Maturana se consubstanciará em uma análise biologizada do fenômeno do conhecer, levando-se em conta a visão autopoietica do ser humano. Porém, para bem se saber o que o autor procura explicar, é necessário ter em mente que um dos pressupostos do pensamento de Maturana é a ruptura das certezas. Não à toa, na sua mais conhecida obra, escrita com Francisco Varela, irá aduzir que as pessoas possuem uma tendência de viver em um mundo de certezas, em que as convicções provam que as coisas apenas são da maneira como se vê e o que parece certo não pode ter outra alternativa. Trata-se de uma situação cotidiana, cultural, o modo corrente de ser humano.⁵³

Neste contexto, percebe-se que toda a experiência cognitiva rotula o que se conhece de maneira pessoal enraizada em sua estrutura biológica, de onde toda experiência de certeza é um fenômeno individual ao ato cognitivo do outro.⁵⁴ Isso

⁵⁰ MATURANA, Humberto R. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução: José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p.18.

⁵¹ MATURANA, Humberto R. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução: José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p.21.

⁵² Torna-se importante considerar que Maturana compreende a convivência humana na linguagem, a partir do que irá denominar de emoção fundadora: o amor. O amor é a emoção que constitui o domínio de ações em que nossas interações recorrentes com o outro fazem do outro um legítimo outro na convivência. As interações recorrentes na agressão interferem e rompem a convivência. Por isso, a linguagem, como domínio de coordenações consensuais de conduta, não pode ter surgido na agressão, pois esta restringe a convivência, ainda que, uma vez na linguagem, ela possa ser usada na agressão. Não é a razão que nos leva à ação, mas a emoção. Discorre o autor que se conhece as emoções como fundamentos que constituem as ações.

⁵³ Nosotros tendremos a vivir un mundo de certitumbre, de solidez perceptual indisputada, donde nuestras convicciones prueban que las cosas solo son de la manera que las vemos, y lo que nos parece cierto no puede tener otra alternativa. Es nuestra situación cotidiana, nuestra condición cultural, nuestro modo corriente de ser humanos. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). IN: MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano**. Buenos Aires: Lumen, 2003. p.5.

⁵⁴ [...] toda experiencia cognoscitiva involucra al que conoce de una manera personal, enraizada en su estructura biológica, donde toda experiencia de certitumbre es un fenómeno individual ciego AL

significa compreender que a estrutura determinada da biologia humana, a partir da perspectiva autopoietica, não reduz a autonomia do sujeito. O determinismo biológico da teoria autopoietica não é um determinismo absoluto e reducionista, mas um determinismo que não descarta uma dinâmica inegavelmente indeterminada e imprevisível na qual estão sujeitos todos os sistemas vivos.

O processo de vida é um processo de interação, em, que interagir é conhecer, e, por consequência, viver é conhecer. Entender, pois, que viver é conhecer torna ainda mais necessário os estudos que a teoria de Maturana representam para a própria teoria do Direito e o processo de educação, por ressaltar a importância do conhecimento, como algo constitutivo da própria existência. Nisto consiste uma análise que considera a vida, e toda a complexa rede que a envolve, como a linguagem, a razão e a emoção, enquanto objetos de estudo da epistemologia, a partir da experiência do homem na linguagem e, por conseguinte, nas relações humanas.

Ao falar-se na linguagem, não se pode olvidar que ela é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, implica as condições de possibilidades que tem-se para compreender e agir. Isso porque é pela linguagem e somente por ela que se pode ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem, não haverá mundo enquanto mundo. Somente quando se encontra a palavra para a coisa, esta será uma coisa. A palavra proporciona o ser à coisa. Sem palavra, sem linguagem, não há existência.⁵⁵

Os seres humanos são conhecedores ou observadores na linguagem. Como ensina Maturana, quando se reflete sobre a linguagem, já se está nela. Nestas circunstâncias, existem duas atitudes possíveis diante do conhecer: ou se aceita a capacidade do conhecer como uma condição dada, ou se pergunta como é que se conhece algo. A linguagem aparece como um sistema simbólico que permite a comunicação sobre os objetos que rodeiam o ser humano. E, neste contexto:

A linguagem se constitui quando se incorpora ao viver, como modo de viver, este fluir em coordenações de conduta que surgem na convivência como resultado dela – quer dizer, quando as

ato cognoscitivo del outro, en una soledad solo se trasciende em el mundo que se crea con él. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). IN: MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano**. Buenos Aires: Lumen, 2003. p.7.

⁵⁵ Para aprofundamento desta questão, recomenda-se a leitura de STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

coordenações de conduta são consensuais. Toda interação implica num encontro estrutural entre os que interagem, e todo encontro estrutural resulta num desencadilhamento ou num desencadeamento de mudanças estruturais entre os participantes do encontro. O resultado disto é que, cada vez que encontros recorrentes acontecem, ocorrem mudanças estruturais que seguem um curso contingente com o curso desses. Isto acontece conosco no viver cotidiano, de tal modo que, apesar de estarmos como seres vivos, em contínua mudança estrutural espontânea e reativa, o curso de nossa mudança estrutural espontânea e reativa se faz de maneira contingente com a história de nossas interações.⁵⁶

Considera-se que o processo de conhecimento se perfaz através de uma relação cíclica entre ação e experiência e que tudo o que o ser humano vive e constitui, sem dúvida, os elementos que fazem parte deste processo. É de se recordar, ainda, que o fato de o ser humano possuir uma estrutura biológica que se realiza através de um sistema (operacionalmente fechado em si), não retira a possibilidade do ser humano ter autonomia no modo pelo qual apreende a realidade das coisas.

Ao abordar-se a correlação do processo de conhecimento à linguagem, não se pode olvidar que irá influenciar até mesmo aquilo que se pretende definir como uma teoria da interpretação jurídica, em uma perspectiva que permita redefinir os critérios da racionalidade jurídica e seus critérios tradicionais de cientificidade, a partir da comunicação. Assim, Leonel Severo Rocha irá afirmar que observar é produzir informação. A informação está ligada à comunicação. A problemática da observação do direito deve ser relacionado com a interpretação jurídica. Para se observar diferentemente é preciso ter-se poder. A principal característica do poder, dirá o autor, é ser um meio de comunicação encarregado da produção, controle e processamento das informações.⁵⁷

O modo, portanto, de um observador entender o mundo não pode ser reduzido a uma compreensão solipsista das coisas. Nesse sentido, não considerar uma correspondência entre organismo e meio ambiente em relação às percepções é uma concepção que descreve a apreensão humana de forma imediatista, sem levar em conta os limites biológicos impostos pela consciência, nem a influência de fatores históricos. Como já referido anteriormente, o ser humano é um sistema vivos,

⁵⁶ MATURANA, Humberto R. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução: José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p.59-60.

⁵⁷ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 27.

orgânico, com características biológicas e culturais e que sofre no processo cognitivo a mediação dessa organização biológica e cultural.

Maturana e Varela percebem que, assim como o fenômeno da percepção só poderia ser entendido através da ideia de que o modo de operar do sistema nervoso ocorre através de um processo cíclico e operacionalmente fechado de correlações internas, o mesmo poderia ocorrer com a organização do ser vivo, enquanto indivíduo social que interage com seu meio ambiente.

Os autores consideram que o encadeamento entre ação e experiência, esta inseparabilidade entre ser de uma maneira particular e como o mundo aparece, conduz à ideia de que todo o ato de conhecer traz um mundo à mão.⁵⁸ Por esta razão é que se compreende a importância que os autores dão à correlação entre o fenômeno do processo cognitivo e o fenômeno social que formam a unidade das relações humanas em seu processo de conhecimento cotidiano. A ação do conhecer pertence à vida cotidiana e seu ponto de partida não é só o ato de observar, mas também aquele que observa.

Toda reflexão, incluindo uma sobre os fundamentos do conhecer humano, se dá necessariamente na linguagem, que é a peculiar forma de ser humano e de estar no fazer humano. Por isso, a linguagem é o ponto de partida, o instrumento cognitivo e o problema.

O observador, tendo consciência de sua condição humana, sujeita a erros e falhas, suspende o juízo em relação a sua própria objetividade. Assim sendo, o observador não ocupa neste caso uma posição transcendentalmente privilegiada e, além disso, se responsabiliza por suas próprias ações, pois entende que a realidade possui uma dinâmica na qual todos nós participamos conjunta e ativamente de sua construção. Partindo, então, do ponto de vista de Maturana, pode-se considerar que a forma pela qual o ser humano irá interagir com o mundo depende do modo como ele o interpretará. Trata-se de uma interação caracterizada pela reciprocidade entre estímulo e resposta.

Entretanto, apesar desta relação, acredita-se na transcendência da

⁵⁸ Esta circularidade, este encadenamiento entre acción y experiencia, esta inseparabilidad entre ser de una manera particular y como el mundo nos aparece, nos dice que todo acto de conocer trae un mundo a la mano. Esta característica del conocer será, inevitablemente, a la vez que nuestro problema, nuestro punto de partida [...] Todo esto puede encapsularse en el aforismo: todo hacer es conocer y todo conocer es hacer. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). IN: MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento**: las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires: Lumen, 2003. p. 13.

percepção enquanto observadores sobre o que se observa, ou seja, acredita-se que a leitura que se faz das informações recebidas caracteriza, sem dúvida, a realidade das coisas. Nada mais é do que o costume que o ser humano possui de acreditar na infalibilidade de suas percepções e isto se concretiza quando se propõe a observar algo. A relação com o objeto observado é normalmente fundamentada numa relação hierárquica. Diante da impossibilidade de uma total imparcialidade, sempre quando se observa algo, insere-se o modo próprio de entendimento sobre ele acreditando-se, muitas vezes, que essa observação é inquestionavelmente verdadeira.

Destarte, ao considerar o fenômeno do conhecer como um fenômeno biológico, naquilo que Maturana e Varela chamarão de biologia do conhecer, o que norteou as reflexões até aqui, verificar-se-á que o observador, o ambiente e o organismo observado formam agora um só e idêntico processo operacional-experiencial-perceptivo no ser do ser observador. Eles não aceitam nem a subordinação do homem frente a um *a priori* que define seu entendimento sobre o organismo observado nem a preponderância dele sobre o mesmo. A biologia humana, tanto do organismo observado quanto do organismo observador, é imanente ao ambiente.

A partir desse ponto de vista, em que o processo cognitivo conecta-se aos fenômenos biológicos, destaca-se a importância da própria biologia em relação ao conhecimento, mas enfatiza-se a participação do observador e não a evolução biológica dele.

O ato de cooperar e de viver em um consenso a ponto de constituir uma sociedade, na medida do possível organizada é, desse modo, o que configura a característica da condição biológica do ser, característica de sua evolução cultural civilizada e de sua racionalidade. Como aduz Maturana, organismo e meio desencadeiam mutuamente mudanças estruturais sob as quais permanecem reciprocamente congruentes, de modo que cada um flui no encontro com o outro seguindo as dimensões em que conservam sua organização e adaptação. Isso ocorre espontaneamente, sem nenhum esforço dos participantes, como resultado do determinismo estrutural na dinâmica sistêmica que se constitui no encontro organismo-meio. Nas palavras do autor, “a consequência disso tudo é que somos como somos em congruência com nosso meio e que nosso meio é como é em

congruência conosco, e quando essa congruência se perde, não somos mais".⁵⁹

Essa mentalidade construiu o modelo de análise do observador tradicional, para quem o ato de conhecer não, necessariamente, implica em reflexão, mas sim em uma recepção mecânica dos estímulos e informações recebidas, cabendo, desse modo, ao organismo apenas sua adaptação ao ambiente ao qual está inserido. Tanto é assim que Maturana, partindo da ideia de que o ser é aquele que se insere na linguagem, irá questionar, quem é o observador. E irá responder:

Qualquer um de nós. Um ser humano na linguagem. Por isso, eu digo, o ser humano é observador na experiência, ou no suceder do viver na linguagem. Porque se alguém não diz nada, não diz nada. A explicação se dá na linguagem. O discurso que explica algo dá-se na linguagem. Uma petição de obediência do outro, quando se faz uma afirmação cognitiva, dá-se na linguagem. Assim, espero poder lhes mostrar que nós, seres humanos, existimos na linguagem. Mas esta é nossa condição inicial: somos observadores no observar, no suceder do viver cotidiano na linguagem, na experiência, na linguagem. Experiências que não estão na linguagem, não são. Não há modo de fazer referência a elas, nem sequer fazer referência ao fato de tê-las tido. "Escuta, sabe, me aconteceu algo que não posso descrever." Esse "não posso descrever" já pertence à linguagem. Mais tarde vamos ver o que é isso que chamamos de linguagem.⁶⁰

Reconhecendo que a visão que se tem da realidade dependerá das construções do ser, é que o homem reconhece, ao mesmo tempo, a falibilidade de sua percepção, pois ele percebe que seus julgamentos e valores não são a verdade, mas sim a sua verdade, ou seja, do que ele entende do que seja a verdade e mais, do que ele entenda que seja a verdade naquele momento.

Entende-se com isso que as suas opiniões são particulares e instáveis e não universais e absolutas, reconhecendo, ao mesmo tempo, que é inegável a mediação biológica e cultural presente em nosso processo cognitivo. Porém, essa mediação, ressalta-se, não, necessariamente, impede, como já foi dito, a imanência entre o organismo e o meio e, além disso, o fato de haver essa mediação não pressupõe uma ideia mecanizada do conhecimento humano. Isso porque a mediação biológica do organismo e a mediação cultural do meio, que interferem no modo de perceber o mundo, não ocorrem a partir de uma relação em que um se sobrepõe ao outro, mas sim que se relacionam, se influenciam e se determinam mutuamente, numa relação recíproca e imanente.

⁵⁹ MATURANA, Humberto R. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução: José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p.62-63.

⁶⁰ MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Organização e tradução: Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001. p.27

É neste contexto que se insere a autopoiese, no sentido de que, como seres humanos, os indivíduos atuam no operar biológico enquanto seres vivos, como seres reflexivos, imersos em um âmbito de processos regulares repetitivos, no qual encontrarão tudo o que precisam para viver e continuar vivendo. Cada novo organismo que surge de um ato reprodutivo, emerge de um progenitor que o entrega ao viver como um ente cuja anatomia e fisiologia implica precisamente isso, vem como feito e preparado para encontrar o mundo de que necessita para viver.⁶¹

A percepção do ser humano não é, então, infalível como também não é um sistema mecânico que capta informações do meio e se adapta a ele, haja vista que possui uma reflexão consciente. O que une as duas pontas, ou seja, o que faz com que o homem não seja nem um receptor mecânico de seu meio ambiente nem um observador autônomo infalível é o poder de reflexão consciente.

A importância da teoria autopoietica estimulou um diálogo transversal entre ela e outras áreas do conhecimento, como a sociologia, a filosofia, as pesquisas em Educação, a epistemologia, e, é claro, o Direito. É através desta cadeia teórica, que versa sobre biologia e outras ciências, que se compreende a importância de Maturana para a teoria da autopoiese e para a visão autopoietica da teoria do Direito.

Os seres vivos, apesar de estruturalmente diferentes, possuem a mesma organização celular e que a organização celular é o resultado das relações necessárias para a existência de algo, ou seja, a base biológica da teoria da autopoiese. A organização são as relações que devem se dar entre os componentes de um sistema para que este seja reconhecido como membro de uma classe específica e, por estrutura, compreende-se os componentes e as relações que concretamente constituem uma determinada unidade e realizam sua organização.

O observador necessita se reconhecer como um sistema, para que ele se aceite enquanto um ser vivo, de tal sorte que o sistema que se opera sob sua consideração opera como um sistema autopoietico molecular.⁶² Os seres vivos são

⁶¹ YÁÑEZ, Ximena Dávila. MATURANA, Humberto R. **Habitar humano em seis ensaios de biologia-cultural**. Tradução: Edson Araújo Cabral. São Paulo: Palas Athena, 2009. p.259.

⁶² YÁÑEZ, Ximena Dávila. MATURANA, Humberto R. **Habitar humano em seis ensaios de biologia-cultural**. Tradução: Edson Araújo Cabral. São Paulo: Palas Athena, 2009. p.261. Neste ponto, os autores discorrem que só faltava reconhecer de maneira explícita: 1) que a célula como ser vivo mínimo estava constituída como rede fechada de produções moleculares em que as moléculas produzidas com suas interações geravam a mesma rede de produções moleculares que as produziu e especificavam sua extensão constituindo suas bordas operacionais como uma unidade discreta; 2) que o resultado da dinâmica dessa rede fechada de produções moleculares na célula era a contínua

sistemas autopoieticos moleculares que operam como unidades discretas num espaço relacional em que, ao existirem como totalidades, existem como organismos. Os seres vivos existem em dois domínios: no domínio da realização do viver e no domínio da realização, operando como organismos em um espaço relacional.

Como referem Maturana e Varela, os seres vivos se caracterizam porque, literalmente, se produzem continuamente a si mesmos, o que implica em chamar de organização o que define o processo relacional, já que, quando se fala dos seres vivos, se está supondo que exista algo em comum entre eles: o fato de serem vivos.⁶³

No que pertine à relação que se acabou de mencionar entre a autopoiese e as diferentes e variadas ciências, é com Jean Clam que se encontrará a explicação de como tal teoria irradia-se na teoria do Direito. Segundo Clam, para o sistema jurídico, toda observação jurídica se efetua numa rede que se tece ao mesmo tempo, e no fato em si que ela opera. A rede não precede os elementos, nem os elementos à rede. A referência sistêmica de uma operação qualquer deve ser sempre ser clara, e, no caso dos sistemas autopoieticos, ela é sempre constante ao próprio sistema. O Direito é um sistema no qual o fechamento é irreduzível e irrelativizável. Não pode ser mais ou menos fechado, mais ou menos autopoietico, porque suas operações não podem ter referência fora dele. Como alude Clam, não há gradualidade na autopoiese: ou o sistema é autoprodutor ou não o é.⁶⁴

É preciso considerar que nem toda organização é autopoietica, eis que o que define um ser vivo enquanto tal é o fato de se produzirem continuamente a si mesmos, o que faz com que essa organização seja autopoietica, na medida em que ressalta a capacidade de autocriação da classe dos seres vivos e a dinâmica de relações em uma contínua rede de interações.

produção da mesma célula como um sistema autopoietico; 3) que a célula como sistema autopoietico molecular é fechada na dinâmica autopoietica, mas aberta ao fluxo de moléculas e energia através dela; 4) que o viver de um ser vivo ocorre em sua autopoiese molecular como dinâmica de processos e não depende das moléculas que o realizam como um organismo particular.

⁶³ O detalhamento desta análise efetuada pelos autores encontra-se em MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano**. Buenos Aires: Lumen, 2003. p.25 *et. seq.*

⁶⁴ CLAM, Jean. A autopoiese no direito. Tradução: Caroline Graeff. Revisão: Germano Schwartz. In: ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p.114. Para o autor, as categorias jurídicas que permitem identificar uma operação como jurídica são o produto de operações jurídicas – de modo que as categorias ou os critérios de conhecimento são elaborados em suas operações cognitivas, ou que os componentes da vida celular são, ao mesmo tempo, pressupostos e produzidos por ela.

Na relação entre organização e meio, o meio ambiente não é, e nem poderia ser, determinante, ele apenas desencadeia mudanças estruturais e este processo é cíclico, isto é, ocorre da unidade para o meio e do meio para a unidade. Desta relação circular entre unidade e meio nasce o chamado acoplamento estrutural, ou seja, a interação entre a unidade autopoietica e o meio.

Nas palavras de Maturana e Varela, ao falarem sobre os seres vivos:

Quando falamos dos seres vivos, já estamos supondo que há algo em comum entre eles. [...]. Nossa proposição é que os seres vivos se caracterizam porque, literalmente, se produzem continuamente a si mesmos, o que indicamos a chamar a organização que os define.⁶⁵

Assim, pensar a perspectiva autopoietica é lembrar da responsabilidade do homem por suas ações em sua vida como um todo, aquele que, apesar de buscar uma compreensão do conhecimento em si, busca, ao mesmo tempo, tentar compreender a conduta do homem em seu próprio processo de conhecimento.

Não é nada clara nos dias atuais a relação da pluralidade de pessoas com a pessoa singular a que se chama indivíduo, porque este conceito se refere ao ser humano como se fosse uma entidade que existisse em completo isolamento. Por outro lado, quando se pensa em sociedade, tem-se uma acumulação, coletânea somatória, e, como refere Norbert Elias, desestruturada de muitas pessoas individuais, quer como objeto que existe para além dos indivíduos e não é passível de explicação.⁶⁶

A sociedade só existe porque há um grande número de pessoas e só continua a funcionar porque muitas dessas pessoas, isoladamente, querem e fazem certas coisas, mesmo que sua estrutura e transformações históricas independam das intenções de qualquer pessoa particular. Ocorre que, hodiernamente, se é incessantemente confrontado com a questão de como ser possível criar uma ordem social que permita uma correta harmonização entre as necessidades individuais e a exigência de manutenção da eficiência do todo social.

Trazendo-se à baila Norbert Elias, só pode haver uma vida comunitária mais livre de perturbações e tensões se todos os indivíduos dentro dela gozarem de

⁶⁵ Cuando hablamos de los seres vivos, ya estamos suponiendo que hay algo en común entre ellos. [...]. Nuestra proposición es que los seres vivos se caracterizan porque, literalmente, se producen continuamente a sí mismos, lo que indicamos a llamar a la organización que los define. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). IN: MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento**: las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires: Lumen, 2003. p.25.

⁶⁶ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro; Zahar, 1994. p.7.

satisfação suficiente, e só pode haver uma existência individual mais satisfatória se a estrutura social pertinente for mais livre da tensão, perturbação e conflito.⁶⁷

Vive-se então quase que em uma contradição, ou um enfrentamento sobre o que vale mais, se o indivíduo ou a sociedade, a ponto de se defender que, quando se afirma ser o indivíduo a parte de um todo, na verdade não se diz nada de mais, eis que, por ser uma observação evidente, significa que não existe sociedade, mas sim apenas indivíduos.

Esse mundo, em que o indivíduo não enxerga outro horizonte senão ele mesmo, característico de uma era denominada por Lipovetsky de pós-moralista, em que se estimula os desejos, os egos, a felicidade, o bem-estar individualista, muito mais que o ideal de abnegação. Assim a cultura de sacrifícios, que vigorou amplamente até meados do século passado, foi liquidada.⁶⁸

É que não se trata de uma tarefa simplória limitar o espaço que parece existir entre o indivíduo e a sociedade, justamente pelo fato de que o individualismo moderno apresenta-se, cada vez mais, como um fenômeno excepcional na história das civilizações.⁶⁹ Quando se fala em indivíduo, designa-se duas coisas ao mesmo tempo: um objetivo fora de nós e um valor. Em outras palavras, tem-se de um lado um sujeito empírico que fala, pensa e quer, e, de outro, um ser moral, independente, autônomo, e, por conseguinte, essencialmente não-social.⁷⁰

Afirma Joël Roman que para um grande número de analistas da sociedade contemporânea, a modernidade confunde-se com a aparição do indivíduo, isto é, de uma nova figura do homem. A autonomia do indivíduo é a grande promessa da modernidade, da emancipação moderna, em que a liberdade é concebida e compreendida como autonomia,⁷¹ que aparece na figura do sujeito livre.

Ao nascerem, os indivíduos podem ser diferentes, mas será na sociedade

⁶⁷ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro; Zahar, 1994. p.7.p.17.

⁶⁸ LIPOVETSKY, Gilles A era do após-dever. IN: PRIGOGINE, Ilya. MORIN, Edgar. **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p.31. Alerta o autor que não se está no grau zero de valores. As sociedades reafirmam um núcleo estável de valores geralmente aceites: os direitos humanos, a honestidade, a tolerância, a recusa da violência e da crueldade. A autonomia pós-moralista não leva á desordem dos costumes, porquanto funciona como um caos organizado.

⁶⁹ DUMONT, Louis. **O individualismo**; uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p.35.

⁷⁰ DUMONT, Louis. **O individualismo**; uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p.37.

⁷¹ ROMAN, Joël. Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno. IN: PRIGOGINE, Ilya. MORIN, Edgar. **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p.40.

que eles se tornarão seres complexos. Na relação com outros seres humanos é que ele se torna uma pessoa psicologicamente desenvolvida, pois, do contrário, isolada dessas relações, o indivíduo evolui para a condição de um animal humano semisselvagem, que até pode crescer fisicamente, entretanto, em sua composição psicológica, permanece semelhante a uma criança pequena.⁷²

É neste sentido que surge a obrigação de se pensar que a pessoa se desenvolve a partir da relação com as outras pessoas, momento em que a visão individualista começa a romper, porque o que se molda não é uma moeda sem vida, cunhada como milhares de outras moedas idênticas, e sim o centro ativo do indivíduo, a direção pessoal dos seus instintos, o seu verdadeiro eu. O que é moldado pela sociedade também molda; trata-se da autorregulação do indivíduo em relação aos outros. Assim, o indivíduo é, ao mesmo tempo, moeda e matriz. Uma pessoa pode ter mais funções de matriz do que outra, mas é sempre também uma moeda.⁷³

Eis, incontestavelmente, a inserção do eu no mundo do nós, que implica na releitura do indivíduo enquanto sujeito, oportunidade em que o reconhecimento do outro eu será a condição de possibilidade para que se desenvolvam concretas ações em Direitos Humanos. Na relação entre o indivíduo e o seu próximo é que aparece a questão da igualdade, já que os indivíduos devem, em tese, ser iguais em direitos, o que não é, segundo Roman, uma proposição teórica ou jurídica, mas uma experiência vivida todos os dias. Para ele, a igualdade não é apenas um valor, mas uma prática cotidiana.⁷⁴

Quando se lida com a questão do sujeito, da pessoa, do eu e o seu significado na modernidade há que se ter em mente a impossibilidade de se compreender a existência de um sistema jurídico sem um sujeito jurídico, e, portanto, não pode haver Direitos Humanos sem o humano. Por esse motivo, Costa Douzinas questiona se pode haver um conceito de direitos sem uma definição do

⁷² ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro; Zahar, 1994. p. 27.

⁷³ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro; Zahar, 1994. p.52.

⁷⁴ ROMAN, Joël. Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno. IN: PRIGOGINE, Ilya. MORIN, Edgar. **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 45. Afirma Roman que somos tributários de uma imagem do eu como sendo organizado um pouco como uma cebola á volta de um coração ou de um foro íntimo. O indivíduo que é mais livre é aquele que é capaz de assumir uma diversidade de situações e de papéis.

que é e de quem é o humano. E vai defender que o homem dos direitos do homem é uma abstração que tem tão pouca humanidade quanto possível, uma vez que ele descartou todos os traços e qualidades que constroem a identidade humana. Um mínimo de humanidade é o que permite ao homem reivindicar autonomia, responsabilidade moral e subjetividade jurídica.⁷⁵ O homem da Declaração dos Direitos do Homem é muito humano.

O individualismo esquece que cada pessoa é um mundo e que vem a existir em comum com outras pessoas. O ser em comum é uma parte integrante do eu, porque ele está exposto ao outro, sendo este parte da intimidade do próprio eu. Logo, o sujeito jurídico, possui direitos é claro, mas, igualmente, porta deveres e responsabilidades. Os Direitos Humanos representam a liberdade, não apenas como vontade de escolha, mas como a capacidade de se desprender das determinações legais e históricas e de abrir para o desconhecido, de se abrir para o ser. Neste contexto, o homem se desenvolve como sujeito jurídico, constituído de relações jurídicas, sem o qual os direitos não podem existir. Reconhece-se um desejo que nunca chega ao fim.⁷⁶

Quando Vicente Barreto reflete sobre a salvaguarda dos direitos do outro homem considera que se trata de admitir que para além das soluções técnicas e legislativas, que podem provocar retrocessos no progresso da humanidade, encontra-se um espaço que remete diretamente aos fundamentos morais da pessoa, da sociedade e do Estado e dos Direitos Humanos e que permite uma leitura mais sofisticada. Assim, questiona a possibilidade de se manter a natureza libertadora dos Direitos Humanos mesmo em situações de risco como aquelas provocadas pelo conflito e negação desses direitos pelo direito de outro homem.⁷⁷

A resposta consiste na renúncia do eu para si mesmo, para o seu egoísmo, em prol do outro homem, ou seja, a responsabilidade ético do homem em relação ao

⁷⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p.197. O autor busca em Kant o nascimento do sujeito. Assim, afirma que o sujeito é a coisa pensante, que pensa em sua capacidade de pensar e na sua relação de pensamento com o objeto de pensamento. Eu, o sujeito, sou o ser que pode ao mesmo tempo organizar e questionar as percepções do mundo exterior e, na medida em que eu tenho dúvidas, não pode haver dúvidas que eu existo. Sujeito e objeto, liberdade e necessidade, vontade e proscricção são os resultados gêmeos do mesmo processo que transformou o ser humano em sujeito e base do ser e o mundo em um objeto e imagem para o sujeito. A proclamação do eu assinala a inauguração da concepção moderna de autonomia e autodeterminação. A lei moral confere ao sujeito a sua liberdade.

⁷⁶ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p.268.

⁷⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.14.

outro. Este é um dos principais desafios para a efetiva inserção dos Direitos Humanos no contexto do Estado Democrático de Direito.

Referir a questão do reconhecer o outro, da alteridade, é, indubitavelmente, valer-de de Lévinas para quem compreender uma pessoa já é falar-lhe. Por a existência de outrem, deixando-a ser é já ter aceito essa existência, tê-la tomado em consideração. O ter aceito delinea uma relação original, ou seja, trata-se de perceber a função da linguagem não como subordinada à consciência, mas como condição da tomada de consciência.⁷⁸

Diz-se, dessa forma, que a relação com outrem, que o vínculo com outrem, não se reduz à representação de outrem, mas à sua invocação, denominada por Lévinas de religião, já que não precedida de compreensão. Logo, o que distingue o pensamento que visa a um objeto de um vínculo com uma pessoa é que neste se articula um vocativo: o que é nomeado é, ao mesmo tempo, aquele que é chamado.⁷⁹

Ao se reconhecer o outro, crê-se nele, e não de uma forma submissa, porque isso aniquila a dignidade do ser. O reconhecimento é face-a-face, é o rosto do outro, que agora impede de ser negado. Tratam-se das relações entre as liberdades, que se afirmam de forma recíproca, transcendem uma em relação à outra, tendo-se o respeito como uma condição ética e não apenas como uma relação de indiferença ou contemplativa.

Portanto, o reconhecimento da alteridade do outro significa saber como o eu se insere em uma fração do todo, que comanda a solidariedade humana. Lévinas afirma que a descoberta dos direitos que, sob o título de direitos do homem, se relacionam à própria condição de ser homem, independentemente de qualidades como nível social, força física, intelectual e moral, pelos quais os homens diferem entre si, e a elevação destes direitos ao nível de princípios fundamentais pela legislação e ordem social, certamente marcam um momento especial da consciência ocidental, eis que o homem, enquanto homem, teria direito a um lugar excepcional no ser, e, por isso mesmo, exterior ao determinismo dos fenômenos. É o direito à

⁷⁸ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p.27.

⁷⁹ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p.29.

independência ou à liberdade de cada um, reconhecida por cada um.⁸⁰

Assim sendo, pensar a compreensão do outro é entendê-lo como um conjunto de pautas, regras e modos de articulação de ações humanas cujos limites e fronteiras são difíceis de determinar de um modo completo e definitivo.⁸¹ Essa dificuldade reside justamente no fato de que ainda não se pensa em Direitos Humanos como corolários de direitos para o homem, mantendo-se um senso comum de que servem para determinados segmentos sociais, geralmente vulneráveis. Claro que também se destinam a tal desiderato, mas significam muito mais do que isso.

Humano não é apenas o alheio, o diferente, mas a potencialização da capacidade humana de criar o que é valioso e o que não é, de fazer e desfazer o mundo em que se vive. Trata-se da exigência da construção de lugares de encontro em que todas e todos possam fazer valer suas propostas e diferenças. Como diz Dussel, não é negar a razão, mas a irracionalidade moderna. É afirmar a razão do outro, rumo a uma “mundialidade transmoderna”.⁸²

Não é possível falar em educação, em alteridade e buscar uma relação com os postulados da teoria de Maturana sem mencionar Paulo Freire, que trabalha com a concepção de que o homem não se liberta sozinho, pois é um ser em comunhão. E essa ideia é assaz importante porque quando se está a pensar o sentido de uma educação em Direitos Humanos que conduza ações de alteridade se está descobrindo a libertação, a convivência, a própria ação, a partir de um diálogo crítico e reflexivo e não meramente um ativismo sem aplicação na práxis.

Por essa razão, Freire conduz seu pensamento a partir da noção de uma ação libertadora dos oprimidos, afirmando que os oprimidos, nos vários momentos de sua libertação, precisam reconhecer-se como homens, na sua vocação ontológica e histórica de ser mais.⁸³ A dependência emocional dos oprimidos, fruto da situação concreta da dominação em que se encontram é que gera uma visão inautêntica do mundo.

Essa constatação se deve ao fato de que se vive em uma sociedade que se

⁸⁰ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto. Rio de Janeiro: Vozes, 2004p.263. Infere-se, portanto, que o reconhecimento da alteridade do outro é entender que o único é o outro de modo eminente: ele não pertence a um gênero ou não permanece em seu gênero.

⁸¹ FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos multiculturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.14.

⁸² DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Tradução: Jaime A. Clasen. Rio de Janeiro: Vozes, 1993. p. 24.

⁸³ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 49. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p. 60.

está em crise, uma crise ética, uma crise humana. Karen Franklin afirma que, nessa crise, o ser humano está em evidência e a própria conceituação dele poderia dar margem a infinitas discussões.⁸⁴ Em função dessa dificuldade é que se deve estabelecer uma noção de alteridade a partir de argumentos que defendam uma efetiva educação ética e humana capaz de salvaguardar as diferenças sem exclusão. Defende-se, portanto, que não é apenas a proteção do mero outro, mas sim das relações possíveis com o outro, a qualidade do que é outro.

O ser humano cresce em humanidade a partir do momento em que ele se faz outro, na medida em que ele se transforma para dar conta da alteridade. Ele faz a si mesmo fazendo-se outro.⁸⁵ Ele se transforma em razão do outro para poder assimilá-lo. Quanto mais o homem se transforma, mais outros homens ele descobre.

Na esteira do que foi problematizado, infere-se que o sujeito é uma construção relacional, uma intersubjetividade que se constrói na presença do outro e tendo a alteridade como presença, tendo na diferença e na pluralidade o seu conteúdo e forma. A relação entre os sujeitos tem a diferença como sua marca constitutiva, que se traduz em pluralidade, e formata o ser sujeito. O sujeito que se fala não é somente o sujeito do Direito, porque os sujeitos e os direitos são mais amplos do que o Direito, exigindo o refazer crítico do próprio Direito.

Deve-se permitir a criação de condições para evitar que os sujeitos estejam presos em evidências que os impedem de colocar-se de modo crítico à realidade que desrespeita, entre outros, a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, ou, no todo, a dignidade humana. A educação precisa ser capaz de produzir um espaço em que os sujeitos não sejam uma mera repetição, mas sim, a transformação e a ruptura.

Afirma Eni Puccinelli Orlandi que não é por acaso, desvio, ou falha que a sociedade burguesa desrespeita a dignidade do ser humano. É porque é assim que ela se estrutura e funciona. Por isso, a educação tem um lugar privilegiado e também por isso há a criação de mecanismos como a Declaração Universal dos

⁸⁴ FRANKLIN, KAREN. Educação e ética: o reconhecimento da alteridade na educação. IN: GUÉRIOS, Ettiène. STOLTZ, Tania (orgs.). **Educação e alteridade**. São Carlos: EdUFSCar, 2010. p.49. Discorre Franklin que o conceito de ser humano pode ser centralizado em dois sentidos específicos: o primeiro, na consideração de ser humano ligado à especificação de sua espécie, assegurando que um ser dotado de características humanóides deve, exclusivamente, por esse motivo, ser considerado humano; segundo, no sentido de constituir-se humano, possibilitando seu vir-a-ser por processos capazes de lhe dar condições para exercer sua humanidade.

⁸⁵ BECKER, Fernando. Alteridade e construção do sujeito. IN: GUÉRIOS, Ettiène. STOLTZ, Tania (orgs.). **Educação e alteridade**. São Carlos: EdUFSCar, 2010. p. 115.

Direitos do Homem, para lidar com essa ambigüidade, com este equívoco que é constitutivo do sujeito e do sentido produzido na conjuntura burguesa em que jogam a liberdade e submissão, direitos e deveres, autonomia e responsabilidade. O que a educação pode fazer, nesse caso, é criar as condições para que se possam irromper outras discursividades, que atravessem a produção existente de sentidos evidentes, atingindo e rompendo com a interpretação da *ideologia já-lá*.⁸⁶

Requer-se uma consciência clara sobre o papel da educação para a construção de uma sociedade baseada no respeito à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, é uma contínua busca da formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, igualdade, solidariedade e tantos outros, que permitam criar, influenciar e compartilhar comportamentos que decorram desses valores essenciais arrolados, os quais devem se transformar em práticas. Tal mudança se dá através de um processo educativo.

O aprendizado deve estar ligado à vivência do valor da igualdade de direitos e da dignidade para todos, propiciando o desenvolvimento de sentimentos e atitudes solidárias, bem como da capacidade de se perceber as consequências pessoais e sociais de cada escolha do indivíduo, ou seja, o seu senso de responsabilidade.

Partindo-se da teoria de Maturana, mormente exposta em *A árvore do conhecimento*, busca-se compreender que os seres humanos não possuem tão somente uma programação biológica que os orientem na sua maneira de comer ou vestir, por exemplo. Mais do que isso, são seres essencialmente sociais, dependentes do mundo sociocultural que os envolve. Dentro dessa perspectiva, é impossível escapar da educação. Como referem Maturana e Varela, “tampouco ela pode nos escapar, pois se isso se passa o mais provável é que não nos tornemos humanos e que reflexivamente não a humanizemos cada vez mais.”⁸⁷

Para Maturana, o educar se constitui no processo em que a criança ou o adulto convive com o outro, e, ao conviver com o outro, se transforma espontaneamente, de maneira que seu modo de viver se fax progressivamente mais congruente com o do outro no espaço de convivência. O educar ocorre em todo

⁸⁶ ORLANDI, Eni Puccinelli. Educação em direitos humanos: um discurso. IN: SILVEIRA, Maria Godoy Silveira. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007. p.307.

⁸⁷ ANDRADE, Marcelo. É a educação um direito humano? Por quê? IN: CANDAU, Vera Maria. SACAVINO, Susana. (orgs.) **Educação em direitos humanos: temas, questões e propostas**. Rio de Janeiro: DP et Alli editora, 2008. p.55.

tempo e de maneira recíproca, de modo que ocasiona uma transformação estrutural contingente e o resultado disso é que as pessoas aprendem a viver de uma maneira que se configura de acordo com o conviver da comunidade em que vivem.⁸⁸

Um posicionamento como este referido apenas ratifica a força imperiosa da educação no processo de humanização. Mais do que isso, é um imperativo da vida humana, uma realidade que se impõe quando se deseja realmente uma vida verdadeiramente humana. O homem só será humano quando passar por um processo educativo.

Como afirma Andrade ninguém nasce pronto e acabado como ser humano. Ao contrário, torna-se humano por um processo chamado de educação e ao qual se tem o direito humano básico de vivenciá-lo. Em tal concepção, a educação é sinônimo específico de socialização que é, na verdade, um processo de humanização, uma resposta à consciência de ser o homem um se inacabado. Por essa razão, sem a educação não se poderia reflexivamente tornar-se ser humano, tampouco ter a consciência de que, sendo humano, é merecedor de toda a dignidade.⁸⁹

Jacques Távora Alfonsin leciona que se trata, antes do mais, de conhecer o outro, o sujeito vítima, ou seja, aquele que, em contexto jurídico, é legalmente titular de direitos humanos fundamentais (pessoa), mas carece dos meios básicos para ver-se, sentir-se, reconhecido e respeitado como tal, aí já em contexto não somente jurídico, mas também ético, se é que tais contextos, particularmente quando em causa tais direitos, podem ser separados.⁹⁰

Como propõem Maturana e Varela, “nossos atos, sem exceção, contribuem para formar o mundo em que existimos.”⁹¹ O que se percebe, destarte, é que a relação entre indivíduo e sociedade não está paralisada. Ela pode ter se modificado e estar se modificando, mas não cessou. Somente por conviverem com outras pessoas é que os indivíduos conseguem se perceber como diferentes dos demais,

⁸⁸ MATURANA, Humberto R. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução: José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p.29.

⁸⁹ ANDRADE, Marcelo. É a educação um direito humano? Por quê? IN: CANDAU, Vera Maria. SACAVINO, Susana. (orgs.) **Educação em direitos humanos: temas, questões e propostas**. Rio de Janeiro: DP et Alli editora, 2008. p. 56.

⁹⁰ ALFONSIN, Jacques Távora. Desafios à construção de uma ética da práxis solidária, num contexto de direitos humanos fundamentais. IN: **Revista de estudos jurídicos**. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. v.35. n.95. 2002, p.31.

⁹¹ Trata-se apenas da referência a uma das ideias conclusivas dos autores, com base na sua obra. IN: MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano**. Buenos Aires: Lumen, 2003. p. 164.

mas sempre com a necessidade de convivência com o outro, uma das condições fundamentais da existência humana, equilibrando-se a balança do nós-eu, afirmando-se a ascensão da humanidade e fazendo crescer a árvore do conhecimento. Trata-se de entender o processo de vida como um processo de interação, em, que interagir é conhecer, e, por consequência, viver é conhecer. Nisto consiste uma análise que considera a vida, e toda a complexa rede que a envolve, como a linguagem, a razão e a emoção, enquanto objetos de estudo da epistemologia, a partir da experiência do homem na linguagem e, por conseguinte, nas relações humanas.

Conforme já observou até aqui, a pessoa é a temática principal das várias áreas do conhecimento. Inobstante o que já tenha se desenvolvido, nunca é demais referir que a pessoa é também objeto de estudo da antropologia. Para tanto, servindo-se de Supiot, verifica-se que as sociedades sempre repousam em uma concepção de homem que dá sentido à vida humana, que, do ponto de vista jurídico, significará a consideração do sujeito dotado de razão e titular de direitos inalienáveis. De um ponto de vista científico, porém, considera-se como um objeto de conhecimento, cujas leis de comportamento, a biologia, a economia, as ciências sociais tentam descobrir e explicar.⁹² Eis assim a razão pela qual o autor considera que a personalidade é o conceito genérico que permite fazer o corpo e o espírito se manterem juntos.

A personalidade jurídica é como uma página em branco na qual compete ao homem lhe colocar o seu espírito, sendo um meio que a lei garante a cada pessoa para o desenvolvimento de sua personalidade própria, aquela que o identifica aos olhos de seus contemporâneos e futuras gerações. Compreendo-se o pensamento

⁹² Supiot inicia sua obra *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito* afirmando que nada há mais dificultoso do que aprender o que nos fundamenta. Nas suas palavras, aduz que nossa existência se desenrola desde então ao mesmo tempo no universo físico do nosso ser biológico e de seu meio ambiente natural e no universo simbólico das palavras e dos objetos que o espírito humano carregou de sentido. A razão humana é sempre uma conquista, a conquista frágil de um sentido compartilhado, no qual cada um possa acreditar, pois ele explica sua experiência sensível. Ela repousa em certezas indemonstráveis, em recursos dogmáticos que são todos eles pontes lançadas entre o universo do sentido e o universo dos sentidos. Essas certezas podem variar de uma sociedade para outra ou de uma época para outra, mas a necessidade de tais certezas, por sua vez, não varia. As duas vertentes sobre o ser humano, subjetiva e objetiva, são as duas faces de uma mesma medalha, explica Supiot. As noções de sujeito e objeto, de pessoa e de coisa, de espírito e de matéria, se definem por oposição mútua. Uma não é concebível sem a outra e jamais a ciência positiva poderia ter nascido sem elas. Cumpre realmente postular que o homem é um sujeito capaz de razão para que a ciência seja possível. E essa definição do ser humano não resulta de uma demonstração científica, mas de uma afirmação dogmática; é um produto da história do Direito e não da história das ciências. SUPLOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.4-13 *passim*.

de Supiot, poder-se-á observar que indivíduo, sujeito e pessoa se moldam como os três pilares da constituição ocidental do ser humano, sendo conceitos ambivalentes, pois, o indivíduo é, ao mesmo tempo, único e semelhante; o sujeito é o soberano e o sujeitoado; e a pessoa é, igualmente, ao mesmo tempo, carne e espírito.

Para os estudos da Bioética, a pessoa também é uma referência central, especialmente considerada em dois momentos: o nascimento e a morte, pois são sobre essas duas fases da vida que, hoje, a ciência tem feito os seus melhores progressos, colocando problemas inimagináveis antes de suas descobertas. Pessini e Barchifontaine entendem que o ser humano, como produto da natureza humana, amadurece como os outros seres naturais, alcançando-se tal maturidade no estágio ético, isto é, na fase em que o ser, autônomo e livre, age segundo valores adequados ao seu existir. Tais valores são culturais, frutos de uma longa experiência e tradição humana, por isso mesmo que um laboratório poderá revelar o que é o ser humano do ponto de vista biofísico e bioquímico, mas nunca “terá condições científicas de revelar o que seja uma pessoa, um valor, pois esses conceitos, fundamentalmente, foram construídos lentamente pelas tradições filosófica, ética, religiosa, jurídica”.⁹³

Voltando-se novamente ao debate jurídico acerca do conceito de pessoa, abarcando-se todo o conteúdo referido até então, pode-se afirmar que o sentido contemporâneo de pessoa, e que estrutura o Direito Privado, é aquele que se concentra na concepção de indivíduo, para os quais emanam os direitos fundamentais. Esta pessoa que hoje se enxerga de tal forma não foi aquela que o Código Napoleônico, e, por conseguinte, o Código Civil de 1916 erigiram como centro de proteção na norma jurídica. Fachin, sobre isso, colocará que o *Code* ignorou o homem concreto, o home de carne, sujeito a debilidades, esmagado por forças econômicas. Foi, em suma, a epopeia burguesa do Direito Privado, que frutificou em um Código para o burguês, sua família e seu patrimônio. Nas suas palavras, “as bases da arquitetura jurídica da codificação são conhecidas. A esfera jurídica patrimonial recebeu, sob a aparência da negação, a confirmação de suas

⁹³ PESSINI, Leocir. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 11. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2014. p. 207-8.

premissas. A propriedade conforme o patrimônio que sinaliza a direção dessa sustentação jurídica”.⁹⁴

Na verdade, o Código Civil de 1916 foi o espelho do patrimônio como valor nuclear privado tradicional, sobrepondo-se à tutela jurídica da pessoa, carregando consigo uma realidade que demonstra que a Codificação brasileira, ao menos até 2002, não possuía nenhuma espécie de tradição construída para a tutela da pessoa. Quando se coloca esse cenário nas famílias *design* torna-se imperioso questionar se, aplicando-se esse modelo de relação familiar, dentro da tradição codicista brasileira, o sujeito que acorda o contrato de co-parentalidade, ele é, na verdade, sujeito de um contrato, objeto de um contrato, sujeito de uma família ou objeto de uma família. Mais do que isso, a futura criança a ser gerada, já nasce na condição de objeto contratado ou de sujeito assujeitado dentro dessa relação pactuada entre os seus co-pais. Analisando, os dados disponibilizados pelo *family by design* já se percebe a forma como a pessoa é entendida nessa relação familiar.

Inicialmente, ao se iniciar a busca pelo parceiro parental ou co-pai, adotando-se aqui essas terminologias como sinônimas para o desenvolvimento da tese, verifica-se a necessidade de um cadastro inicial, indicando nome de usuário e cadastrando uma senha de acesso ao *site*. Veja-se:

ILUSTRAÇÃO 1 – Primeira tela de acesso para cadastro no site *family by design*

⁹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.64.

Create Account


Email Address
We will not share your email address with anyone!

Password
Passwords must be at least 8 characters in length.

Password Again
Enter your password again for confirmation.

Username

Timezone (UTC-5) Eastern Time (US & Canada) ▼

Human Verification: Please type the characters you see in the image.


 I have read and agree to the [terms of service](#).

Fonte: http://www.familybydesign.com/signup?fp_gender=2&fp_country=BR&fp_zip_code=91210000&x=0&y=0

Ultrapassada essa fase, o candidato a parceiro parental deverá criar a sua conta pessoal, informando o nome, gênero, data de nascimento, orientação sexual, estado civil (não há necessidade de ser a pessoa solteira), como conheceu o *family by design*, o país e código postal:

ILUSTRAÇÃO 2 – Criação do perfil no *site family by design*

Matching Homepage Messages Search For Matches My Match Comparison My Favorites Account Settings Account Help

Profile Information

First Name: Your real first name. (This will NOT appear in your profile.)

Gender: Male ▼

Birthdate: Only numerical age will appear in profile. You must be at least 21.

Sexual Orientation:

Relationship Status:

How did you hear about us?

Country: Brazil ▼

Postal Code: 91210000

Fonte: <http://www.familybydesign.com/signup>

Quando o co-pai efetua o seu cadastro, o *site* ensina a como encontrar o parceiro, a combinação perfeita:

Como faço para começar a encontrar a combinação perfeita?

Para que você possa encontrar a combinação perfeita, você deve levar algum tempo para preencher DE MODO PENSADO o seu perfil. Reconhecemos que as pessoas querem "mergulhar de uma vez" na visualização de perfis e se conectar com outros, mas você verá as vantagens para analisar as respostas dos perfis e se correspondem a algum pensamento, de modo que você pode atrair (e se conectar com) parceiros parentais em potencial, cujos interesses, valores e perspectivas melhor alinharem com os seus.⁹⁵

Após as iniciativas de contato do perfil do co-pai com outros, analisa-se a compatibilidade dos perfis a partir de um algoritmo desenvolvido pelo *family by design*. Segundo a página eletrônica, o processo funciona da seguinte forma:

Como é determinada a classificação de compatibilidade?

Nós desenvolvemos um algoritmo próprio, que analisa todos os aspectos do seu perfil, compara suas respostas com os perfis de outros membros, a fim de oferecer sugestões de parceiros potenciais, cujos perfis sugerem alta compatibilidade para o seu. Quanto mais completo você preencher nosso formulário de compatibilidade, mais precisa será a classificação.⁹⁶

Se outrora as relações privadas podiam ser definidas dentro de um esquema *eu-outro*, como referido em linhas anteriores a partir da reconstrução da ideia de pessoa pela perspectiva da alteridade, hoje, constata-se que a virtualização da vida conduz a um esquema *eu-alguém* ou *eu-indefinido* ou até mesmo um *alguém-alguém*, em que se desconhecem as fronteiras fechadas de uma relação entre partes, no fortalecimento de uma relação que se mostra sem limites territoriais definidos, inclusive quando se consideram as relações de filiação. Como ensina Carbonnier:

⁹⁵ How do I get started with finding the right match? In order for the right match to find you, you should take some time up-front to THOUGHTFULLY FILL OUT YOUR PROFILE. We recognize that people want to "dive right in" in viewing profiles and connecting with others, but it will be to your benefit to spend some time early-on in giving your profile answers some thought, so that you attract (and connect with) prospective parenting partners whose interests, values, and outlook best align with yours. (tradução da ideia livre do autor para a língua portuguesa). Disponível em: <http://www.familybydesign.com/content/about-us/matching-help/>. Acesso em: 03 jan. 2017.

⁹⁶ How is the compatibility score determined? We have developed a proprietary algorithm that reviews all aspects of your profile, weighs your responses accordingly, and compares it against the profiles of other members in order to offer suggestions of potential parenting partners whose profiles suggest high compatibility to yours. The more fully you've filled out our compatibility survey, the more accurate the compatibility score will be. (tradução da ideia livre do autor para a língua portuguesa). Disponível em: <http://www.familybydesign.com/content/about-us/matching-help/>. Acesso em: 03 jan. 2017.

Um resumo dos debates de hoje seria impossível, dada a diversidade de opiniões, e uma conclusão seria inadequada. [...] O legislador não é surdo. Durante todo o dia, ele vai ter ouvido estas perguntas, estas injunções contraditórias. [...] Não é fácil ser um legislador. Bonaparte, quando da elaboração do Código Civil, tinha experimentado a dificuldade de ser - em uma única pessoa - objeto e sujeito de uma vez. [...] O esforço da inovação, que demanda hoje ao jurista, é fundamentalmente idêntica a que Bonaparte exigiu de seus colaboradores. Esta é a penetração dos novos modos de filiação dentro de nossa legislação. Onde estão os obstáculos? Primeiro, eles devem entender o direito de filiação, tomada em sua especificidade.⁹⁷

O que se percebe até aqui é que a mudança de paradigma tão propalada pelo Direito Civil, e que se irradia em todo o Direito Privado, parece colocar o intérprete-aplicador em uma posição nova, a de analisar os institutos clássicos que fundamentaram o tripé família, propriedade e contrato, dentro de uma esfera existencial, porque não podem mais permanecer aprioristicamente como limitadores da natureza da pessoa, que se projeta não apenas em sua individualidade, mas em uma coletividade que nem mais real necessita ser, conquanto possa se estabelecer a partir de parâmetros virtuais que desconstruam uma dogmática clássica sobre propriedade, contrato e família, de onde não mais se verificam certezas na clausura de suas definições ou na silente eloquência das suas lacunas.

2.2 O instituto do contrato e sua clássica representação patrimonializada no Direito Civil: uma análise a partir da dogmática tradicional

Ao buscar-se a compreensão do papel e função do Código Civil nas sociedades dos séculos XIX e XX, invariavelmente haverá a vinculação com o modelo liberal de organização do Direito, espelhando-se os princípios e valores consagrados por este modelo de Estado. Por tal razão, sempre se mostra importante relembrar a própria questão da evolução do Estado para entender a quebra

⁹⁷ Une synthèse des débats d'aujourd'hui serait impossible, étant donné la diversité des opinions exprimées, et une conclusion serait inopportune. [...] Le législateur n'est pas sourd. Toute la journée, il aura entendu ces questions, ces injonctions contradictoires. [...] Il n'est pas facile d'être législateur. Bonaparte, lors de l'élaboration du Code Civil, avait éprouvé cette difficulté d'être - en une seule et même personne - objectif et subjectif à la fois. [...] L'effort d'innovation demandé aujourd'hui au juriste est au fond identique à celui que Bonaparte réclamait autrefois de ses collaborateurs. Il s'agit de faire pénétrer de nouveaux modes de filiation dans notre législation. Où sont donc les obstacles? Ils tiennent d'abord au droit de la filiation, pris dans sa spécificité. (tradução para a língua portuguesa livre do autor) CARBONNIER, Jean. **Écrits**. Textes rassemblés par Raymond Verdier. Paris: Presses Universitaires de France, 2008. p.71.

paradigmática que delinea o sistema codificado para a chamada era dos estatutos, que será objeto de análise posterior, demonstrando como o instituto do contrato se assentou como um dos pilares do Direito Civil, dentro de uma lógica patrimonializada.

A ruptura ocasionada pela transformação paradigmática no Direito Privado evidencia que o problema atual do Código Civil é a sua perda de capacidade de se apresentar como norma superior, papel que passa a ser destinado às Constituições, Tratados, princípios e valores. Como aduz Lorenzetti, o Direito pode ser um instrumento de justiça, de equilíbrio contratual e de inclusão na sociedade atual, instrumento de proteção de determinados grupos na sociedade, de garantia da dignidade da pessoa humana, de combate ao abuso de poder econômico e combate a toda atuação que seja contrária à boa-fé no tráfego social e no mercado.⁹⁸

Em linhas gerais, para Lenio Luiz Streck e José Luís Bolzan de Moraes, a verificação das transformações históricas busca fixar as formas fundamentais que o Estado adotou na passagem do medieval ao moderno.⁹⁹ Assim, o Estado antigo era aquele em que não havia ainda a figura de Estado Nacional, cujo modelo social era baseado na separação de classes e com profunda influência religiosa.

O Estado Medieval, por sua vez, caracteriza-se por três elementos, quais sejam, o cristianismo, ou seja, um Estado em que todas as pessoas tornar-se-iam cristãs; as invasões bárbaras, a fim de afirmar as regiões invadidas como unidades políticas independentes e o feudalismo, que era o sistema organizacional da sociedade medieval, ligado estritamente à questão patrimonial, baseando-se nas relações de dependência pessoal.¹⁰⁰

Todavia, este modelo de Estado mostrou-se deficiente em face da inexistência de um poder centralizado, de modo que o mesmo estava fragmentado nos feudos. Essa deficiência acarretou a passagem do Estado Medieval para o Estado Moderno, constituindo o território e o povo como seus elementos materiais e o governo como elemento formal.¹⁰¹ É neste modelo que se debruça a evolução do

⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do Direito Civil. IN: FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NEVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.230.

⁹⁹ MORAIS, José Luís Bolzan de e STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.20.

¹⁰⁰ MORAIS, José Luís Bolzan de e STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.21.

¹⁰¹ MORAIS, José Luís Bolzan de e STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.24.

modelo de Estado contratualista, liberal, de bem estar social até chegar ao modelo de Estado de Direito.

No modelo de Estado Moderno verifica-se uma identificação entre o Estado e seu monarca, representante do poder soberano estatal, sendo o Estado Moderno um modelo autônomo. Tal concepção justifica-se pela necessidade de o Estado atender as demandas emergentes da sociedade, contrapondo-se ao modelo de estado natural que considera o homem fora do contexto social, surgindo como fruto do consenso dos indivíduos.

De acordo com Bolzan e Streck, “para superar os inconvenientes do estado de natureza, os homens se reúnem e estabelecem entre si um pacto que funciona como instrumento de passagem do momento negativo de natureza para o estágio político”.¹⁰² O primeiro modelo de Estado Moderno foi o absolutista cujo poder estava concentrado nas mãos do monarca.

Já o segundo modelo de Estado Moderno traduz-se pelo advento do liberalismo e da burguesia, onde houve o crescimento da idéia do individualismo, significando, em termos políticos, uma limitação e divisão do poder, ou seja, da autoridade, formulando-se o governo popular pelo sufrágio. É de se ressaltar que este modelo caracteriza-se pela atuação negativa do Estado no sentido de proteger aos indivíduos, eis que qualquer intervenção caracteriza-se como um enfraquecimento à independência das pessoas.

Foi, todavia, a partir do século XIX que houve uma mudança neste modelo, configurada pela atuação mais positiva do Estado que passou a tratar dos direitos do cidadão de forma mais peculiar, com o surgimento de um novo componente, a justiça social, iniciando-se a construção do Estado de bem-estar social,¹⁰³ o denominado *Welfare State*, que se caracterizou pela melhora das condições sociais, onde o Estado passa a assumir o papel de garantidor das condições mínimas para a existência do indivíduo, gerando, por conseqüência, uma luta pelos direitos individuais, bem como pelos direitos políticos e sociais.

Mas, é na segunda metade do século XIX que emerge o Estado de Direito, que irá se apresentar sob três formas: liberal, social e democrático. O Estado Liberal de Direito é aquele cuja função principal é estabelecer e manter os direitos que se

¹⁰² MORAIS, José Luís Bolzan de e STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 p.25.

¹⁰³ MORAIS, José Luís Bolzan de e STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.59.

encontram definidos dentro desta concepção de Estado Já o Estado Social de Direito caracteriza-se por criar uma situação de bem-estar para garantir o desenvolvimento da pessoa humana. Por fim, o Estado Democrático de Direito é aquele que surge com um compromisso de modificar e transformar a realidade, buscando a vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição que visa garantir a ordem jurídica, buscando organizar de forma democrática a sociedade, a fim de garantir um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos. Ainda, caracteriza-se pela justiça social, como um mecanismo para coibir as desigualdades sociais, com o intento de promover a igualdade, não apenas em seu aspecto forma, ou seja, legalista, mas sim, no aspecto material, com o intento de garantir a verdadeira igualdade entre os desiguais.¹⁰⁴

Segundo Celso Rodrigues, “o elemento patrimonial será um dos componentes fundamentais no processo de construção do Estado brasileiro, interagindo com outros agentes sociais num complexo jogo político”.¹⁰⁵ Neste sentido, esta definição remete à ideia de que o elemento patrimonial configura a contrariedade entre o tradicional e o moderno, sendo o patrimonialismo a expressão do atraso brasileiro, obstáculo à modernização institucional.¹⁰⁶

É neste contexto que se deve considerar que a codificação representou a estrutura de um sistema privado clássico que elegeu três pilares, como o contrato, sendo este a expressão da autonomia da vontade; a família, baseada em uma organização social considerada como base do sistema e a propriedade, representando a relação entre pessoas e sobre as coisas. Preocupado em romper com o regime absolutista e os privilégios de classe, o liberalismo jurídico consagrou, no século XIX, as ideias de completude e unicidade do direito, que passou a ter como fonte única do Estado, com o seu poder emanado do povo. Além disso, a ideia de uma neutralidade da norma com relação ao seu conteúdo erigiu a concepção do homem como um sujeito abstrato¹⁰⁷, dentro dos postulados fundamentais do Estado de Direito.

¹⁰⁴ MORAIS, José Luís Bolzan de e STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.86-99 *passim*.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Celso. **Assembleia constituinte de 1823**: idéias políticas na fundação do império brasileiro. Curitiba: Juruá, 2002. p.38.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Celso. **Assembleia constituinte de 1823**: idéias políticas na fundação do império brasileiro. Curitiba: Juruá, 2002. p.46

¹⁰⁷ Essa constatação se mostra importante porque dialoga diretamente com a questão da igualdade, que, fundada em uma ideia abstrata de pessoa, parte de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade, que traduz uma consequência do modelo liberal adotado pela codificação

Durante o processo de codificação do século XIX o ser humano, titular de direitos abstratos, um sujeito virtual de direitos, assumia, a partir da autonomia da vontade a capacidade de se obrigar, vinculando-se a sua titularidade jurídica à possibilidade de aquisição de bens. Consoante leciona Lorenzetti, no Direito clássico, a propriedade, o trabalho, o contrato ou a responsabilidade foram do instrumentados pelos setores sociais, com amplo acesso aos bens, pensando-se no indivíduo “já instalado e bem”. Assim, a propriedade se ocupava prevalentemente de quem é proprietário, o uso da coisa e a exclusão de terceiros que pudessem afetar esse uso; o contrato protegia a quem já fosse contratante; o Direito do Trabalho ocupou-se do trabalhador que já possuía um emprego; o Direito Processual ocupou-se de quem já era litigante, enfim, o Direito Privado “está aberto a todos, porém nele tem entrada apenas alguns”.¹⁰⁸

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa explica acerca do fechamento do sistema jurídico pela codificação:¹⁰⁹

O mundo inaugurado pela emergência plena da Modernidade é um mundo que será marcado pelo signo do fechamento do sistema jurídico. [...] Todos são iguais perante a lei, proclamam os revolucionários de 1789. Se todos são iguais perante a lei, esta deve ser uma, geral, a todos igualmente aplicável. O direito se faz lei, geral e abstrata, e a lei, ou o direito, encontra a sua forma, o código, conjunto unitário de leis providas de uma só fonte, o Estado. Excluem-se os direitos, os outros, os que não estão na lei, aquela que é geral, exclusiva e excludente. O fato se faz norma, o código moderno; a forma se faz cultura, um modo de operar as regras e os enunciados normativos. [...]. Os enunciados normativos insertos em um código passam a ser o direito – não mais os *direitos* – compondo, portanto, um sistema autorreferenciado, que encontra a sua forma

clássica, qual seja, a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser. Este foi o paradigma adotado pelo Código Civil de 1916, influenciado pela codificação francesa, em que a autoridade do Estado se conciliava com a soberania do indivíduo, com sua autonomia, decorrente do contrato social, que no domínio econômico e dos contratos mantinha o Estado numa neutralidade estática, ignorando as desigualdades econômicas, aplicando o regime da igualdade de todos perante a lei, cuja consequência foi fazer com que a vontade dos fortes passasse a dominar e oprimir, acabando por tornar-se um regime de privilégio dos fortes, baseado em uma ética individualista. Para aprofundamento desta leitura, recomenda-se: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. IN: FACHIN, Luiz Edson (coordenação). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.3-29.

¹⁰⁸ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p.87. O autor explica que existe um umbral de entrada ao Direito Privado, que importa a exclusão de grandes grupos de pessoas: nem todos chegam a ser proprietários, contratantes, trabalhadores ou autores em um processo. Estas exclusões permaneciam ocultas sob os esquemas mentais: a forma como se vê que impede a visão. Trata-se de condicionamentos epistemológicos que impedem apreciar o que é evidente, e, quando mudam, outras evidências surgem. Toda verdade, todo conceito, importa uma exclusão, um lado negativo.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.170.

em si mesmo. O código é, por sua vez, dotado da pretensão de plenitude, por tudo pretender regular, sem deixar espaço nem para as lacunas nem para os outros direitos que não os assim constituídos, os que não valem, porque não promulgados por ato de autoridade pública.

O processo de codificação vincula-se à perspectiva jusracionalista na medida em que se acredita em uma ordem jurídica imutável, que garanta os valores dos indivíduos e suas aspirações, assim como porque procura traduzir essa ordem em normas e preceitos que enxerga no Código a figura na qual todos os pontos estão lançados e fundados na razão, reconhecendo-se ao indivíduo as liberdades e direitos subjetivos inerentes à sua natureza. Novamente se faz importante valer-se das lições de Martins-Costa, quando explica que, se antes da Revolução, a codificação fora um impossível histórico, a ideia de código não era, todavia, desconhecida. Para a autora, código e codificação são palavras de remota acepção, o que mudou foi a significação que preenche o termo, que passou a traduzir, desde os primeiros anos do século XIX um peculiar tipo de norma, postulada pelo jusracionalismo: lei autofundante, norma com caráter legislativo que pode fundar toda a extensão de uma matéria jurídica, e, partindo de um sujeito unitário, cobrir o ordenamento por inteiro sem detrimento de sua própria articulação interna.¹¹⁰

No Brasil, conforme abordado anteriormente, o processo de codificação que culminou com o Código Civil de 1916, espelhou um modelo de Estado Liberal, impregnada de princípios, ideias e interesses, de cunho individualista. Como aduz Wolkmer, a perspectiva 'político-jurídica' do liberalismo está calcada em princípios básicos como: consentimento individual, representação política, divisão dos poderes, descentralização administrativa, soberania popular, direitos e garantias individuais, supremacia constitucional e Estado de Direito.¹¹¹ Já no Brasil, o liberalismo expressaria a necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias', processo esse marcado pela ambigüidade da junção de 'formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico, ou seja, a discrepante dicotomia que iria pendurar ao longo de toda a tradição republicana: a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.176.

¹¹¹ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.74-5.

Nas palavras do autor em análise:¹¹²

O Estado liberal brasileiro, como qualifica Trindade, nasceu ‘em virtude da vontade do próprio governo (da elite dominante) e não em virtude de um processo revolucionário’. O liberalismo apresentava-se, assim, desde o início como ‘a forma cabocla do liberalismo anglo-saxão’ que em vez de identificar-se ‘com a liberação de uma ordem absolutista’, preocupava-se com a ‘necessidade de ordenação do poder nacional. [...] Enfim, a tradição das idéias liberais no Brasil não só conviveu, de modo anômalo, com a herança patrimonialista e com a escravidão, como ainda favoreceu a evolução retórica da singularidade de um ‘liberalismo conservador, elitista, antidemocrático e antipopular’, matizado por práticas autoritárias, formalistas, ornamentais e ilusórias.

Ao conferir as bases ideológicas para a transposição do *status* colonial, o liberalismo não só se tornou componente indispensável na vida cultural brasileira durante o Império, como também na projeção das bases essenciais de organização do Estado e de integração da sociedade nacional. Tal projeto dissociava-se de práticas democráticas e excluía grande parte das aspirações dos setores rurais e urbanos populares, e movia-se convivendo e ajustando-se com procedimentos burocrático-centralizadores inerentes à dominação patrimonial.

Trata-se, basicamente, daquilo que já se abordava antes na tese, a complexa conciliação entre patrimonialismo e liberalismo, que, no Brasil, resultou numa estratégia liberal-conservadora que, de um lado, permitiria o ‘favor’, o clientelismo e a cooptação; de outro, introduziria uma cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental.¹¹³ O Código Civil, em que pesem seus reconhecidos méritos de rigor metodológico, sistematização técnico-formal e

¹¹² WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.77-9

¹¹³ Wolkmer leciona que a implantação dos dois primeiros cursos de Direito no Brasil, em 1827, um em São Paulo e outro em Recife (transferido de Olinda em 1854), refletiu a exigência de uma elite, sucessora da dominação colonizadora, que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo, ideologicamente, a estrutura de poder e preparando nova camada burocrático-administrativa, setor que assumiria a responsabilidade de gerenciar o país. As escolas de Direito foram destinadas a assumir duas funções específicas: primeiro, ser pólo de sistematização e irradiação do liberalismo enquanto nova ideologia político-jurídica capaz de defender e integrar a sociedade; segundo, dar efetivação institucional ao liberalismo no contexto formador de um quadro administrativo profissional. As primeiras faculdades de Direito, inspiradas em pressupostos formais de modelos alienígenas, contribuíram para elaborar um pensamento jurídico ilustrado, cosmopolita e literário, bem distante dos anseios de uma sociedade agrária da qual grande parte da população encontrava-se excluída e marginalizada. Já a Academia de São Paulo, cenário privilegiado do bacharelismo liberal e da oligarquia agrária paulista, trilhou na direção da reflexão e da militância política, no jornalismo e na ‘ilustração’ artística e literária. Aliás, foi o intenso periodismo acadêmico o traço maior que predominou na tradição do Largo de São Francisco, levando os bacharéis ao desencadeamento de lutas em prol de direitos individuais e liberdades públicas. WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.80-3.

avanços sobre a legislação portuguesa anterior, era avesso às grandes inovações sociais que já se infiltravam na legislação dos países mais avançados do Ocidente, refletindo a mentalidade patriarcal, individualista e machista de uma sociedade agrária preconceituosa, presa aos interesses dos grandes fazendeiros de café, dos proprietários de terra e de uma gananciosa burguesia mercantil, comprometida com o projeto burguês-individualista, projeto assentado na liberdade, na segurança e na propriedade.

O processo de codificação recebeu diretamente a influência alemã na formação do Direito Civil brasileiro. Ensina Otávio Luiz Rodrigues Junior que a influência alemã na formação do Direito Civil brasileiro é inegável e deita suas raízes em diferentes momentos. Os costumes, os institutos e as normas do país que hoje se denomina de Alemanha entraram para o Direito português, ainda sob o domínio do invasor visigótico, no anoitecer violento e trágico do Império Romano do Ocidente. Posteriormente, houve nova recepção nos tempos medievais do *ius commune*. No Brasil Colônia muitos desses elementos foram introduzidos por efeito da aplicação das leis portuguesas. Houve um entrelaçar da influência direta das fontes portuguesas e indireta das fontes alemãs.¹¹⁴

Percebe-se, dentro das ideias apresentadas pelo autor que as codificações não se podem compreender isoladas de seu momento histórico e das condicionantes intelectuais de seus idealizadores. Em relação ao *BGB* foram construídos alguns consensos, como a natureza liberal, marcada pela defesa da propriedade absoluta e da família tradicional, o que a tornaria um exemplo de uma lei nascida sob o signo do passado, incompatível com as exigências do século XX.

Para Otávio Luiz Rodrigues Junior:¹¹⁵

Os argumentos liberais serviram, no século XIX, para diferentes agendas, ora em defesa de maior intervenção do Estado nos negócios privados e nas relações familiares, ora em prol de controles estatais mínimos, como se observa dos debates sobre a escravidão

¹¹⁴ JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil Brasileiro do século XX. IN: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 938, p. 79-155, dez. 2013. ISSN 0034-9275. Segundo o autor, outro aspecto que carece de um exame mais vertical e menos obsequioso com algumas ideias que se sedimentaram na dogmática brasileira da segunda metade do século XX, gozando até aos dias atuais de grande prestígio, é a clivagem liberal-conservador, muitas vezes utilizada para qualificar institutos e dispositivos legais do Direito Civil, tanto brasileiros quanto alemães. O consenso alemão sobre o “liberal” do BGB, aceito por grande parte da doutrina da segunda metade do século XIX, foi transposto para o Código de 1916, com todas as consequências práticas daí oriundas.

¹¹⁵ JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil Brasileiro do século XX. IN: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 938, p. 79-155, dez. 2013. ISSN 0034-9275.

e o papel da autonomia dos proprietários de terra escravagistas; o liberalismo econômico no Brasil do século XIX seria contraditório com o perfil constitucional da liberdade de religião e de culto, na medida em que a fé católica, nos termos da Constituição do Império, era oficial, e as demais religiões só se poderiam professar em templos descaracterizados; os “reclamos sociais” não foram ignorados por Clóvis Bevilacqua em seu Projeto de Código Civil, que defendeu a necessidade de o individualismo deve ceder organicamente diante dos fins sociais do Estado, de modo que os Códigos de Direito Privado devem ser Códigos de Direito Privado social.

No seu perfil oitocentista, o Direito Civil cunhou um alicerce na proteção patrimonial, de tal sorte que a propriedade e os contratos se constituíram em pilares de um regime dedicado à proteção dos bens, em que os direitos fundamentais se concretizavam com o livre estabelecimento das relações entre particulares, refletindo a separação entre o público e o privado em um Estado ausente, tendendo à preservação de direitos naturais, respaldando-se na tradição jusnaturalista de uma sociedade burguesa que clamava por sua emancipação, demonstrando a prioridade do individual sobre o coletivo.

O Código vigente em 1916 traduziu no seu conteúdo o respeito às manifestações da autonomia individual, no concernente tanto às questões sociais, como aludido, quanto nas relações familiares. Não á toa, o Código assume a feição de ser uma “Constituição da vida civil”¹¹⁶, em seu estilo fechado, perfeitamente articulado, sem antinomias, pleno e unívoco, com a garantia das previsões individuais.

Nesse contexto, Judith Martins-Costa considera que a relação entre a forma e o conteúdo dos códigos conduziu a um tipo particular de paradigma metodológico que desenhará o jurista como um técnico e completará o tipo de compreensão do direito como um sistema fechado. O raciocínio jurídico e a interpretação das normas amarram-se, dentro do perfil oitocentista, ao conteúdo previsto no texto da lei, em que o jurista deterá a missão de deduzir os dados constantes no texto.¹¹⁷ Assim,

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.267.

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.268. Em uma crítica preliminar que norteia a obra, a autora elucida que a concepção de um sistema jurídico fechado foi colocada em xeque na metade do século XX, conquanto as crises políticas econômicas na Europa, o desenvolvimento da sociologia, em especial da sociologia do direito, a complexidade do sistema social pós-guerra, as modificações no modo de produção e distribuição da riqueza, devidas em especial à planificação, à internacionalização e á revolução biotecnológica, tiveram o mérito de fissurar as categorias mais caras à ciência oitocentista, tornando sem sentido a ideia de um direito construído à base de categorias conceituais formais, em formas que perderam o seu poder de síntese e a sua capacidade

desenvolvido o processo codificatório, foram estabelecidos pressupostos de um tecnicismo jurídico vinculado às ideias da completude da lei e da interpretação como forma de um raciocínio silogístico.

O Estado liberal moldou o Direito Civil patrimonial centrado em três protagonistas: proprietário, contratante e pai, que conduziu a família como uma unidade produtiva e reprodutiva, para que o patrimônio amealhado fosse transmitido aos filhos oriundos do casamento. Nessa era dos Códigos, exaltou-se o formalismo jurídico, transformando o Direito Civil em um terreno amealhado por poucos. Dentro desse contexto, torna-se imperioso referir que o contrato se constitui em um desses pilares privilegiados, assumindo a face principal deste Direito Privado Liberal e que merece especial atenção.

O contrato é uma construção jurídica elaborada com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina complexa. Para Enzo Roppo, as situações, as relações, os interesses que constituem a substância de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica.¹¹⁸ O autor assim considera a figura do contrato porque se traduz na expressão que designa a aquisição ou troca de bens e de serviços. No que pertine à acepção técnica da palavra, considera-se a terminologia para aludir às implicações e consequências legais que se ligam à efetivação desta operação econômica.

A operação econômica, na sua materialidade, coloca-se como um substrato real do conceito de contrato enquanto a sua formalização jurídica e como construção da categoria científica idônea para tal finalidade, o direito dos contratos. Em síntese, considera-se o contrato como a formalização jurídica de uma operação econômica que ocorre no meio social, em que o Direito faz corresponder uma série de regra, as quais provocam efeitos no campo dos fatos e da realidade jurídica.

Seleme, ao explicar a operação econômica que caracteriza o conceito de contrato formulado por Roppo, aduz que esta tem como nota característica a patrimonialidade, destinando-se a uma objetiva transferência de riqueza entre as

de reassumir e descrever o direito, daí ocorrendo a necessidade de quebrar um ídolo que teve uma vida longa, aquele da unidade técnica e da autossuficiência do discurso jurídico. Os fatos se encarregaram de provar que o direito nunca esteve exatamente encerrado nos códigos e a jurisprudência nunca se reduziu a uma mera exegese.

¹¹⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p.8.

partes que tomam lugar na operação econômica, porquanto a principal finalidade da figura contratual seja possibilitar a realização jurídica de uma transferência de riqueza.¹¹⁹ Explica o autor que tanto mais será frequente e importante a ideia de contrato, quanto maiores forem as trocas de riqueza dentro da economia. Por isso, com a evolução das transações econômicas, acentua-se a importância do contrato, como categoria básica do pensamento jurídico.

Segundo José Carlos Moreira Alves, difere o conceito moderno de contrato daquele oriundo do Direito Romano. No Direito moderno, o contrato se coloca como uma categoria geral e abstrata, constituindo-se no acordo de vontades de duas ou mais pessoas que visa a constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica. Já no Direito Romano, a noção de contrato era mais restrita, pois, durante a sua evolução, só se enquadravam entre os contratos os acordos de vontade que se destinam a criar relações jurídicas obrigacionais e porque, em Roma, nem todo acordo lícito de vontade gerava obrigações, distinguindo-se *contrato* de *pacto*.¹²⁰

Da mesma forma, Helguera, aduzirá que a conclusão que se tem a partir de informações praticamente unânimes dos civilistas e historiadores do Direito é que não existiu uma teoria geral do contrato em Roma e a ideia de contrato entre os romanos era bem diferente da atual, porquanto não existia o princípio do consensualismo.¹²¹

Os juristas romanos clássicos não elaboraram uma categoria geral e abstrata que reconhecesse a noção jurídica de contrato, identificando-o como um ato pelo

¹¹⁹ SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. IN: FACHIN, Luiz Edson (coordenação). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.259.

¹²⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.470. Segundo Alves, contrato e pacto eram acordos de vontade, mas, ao passo que aquele produzia obrigações, este, em regra, não. O Direito Romano somente conheceu os contratos obrigatórios que geram obrigações e não acolheu o princípio existente no Direito Moderno de que todo acordo de vontade lícito, ainda que não se amolde a um dos tipos de contrato descritos na lei, pode produzir relações jurídica obrigacionais. No Direito Romano Clássico, os contratos não foram concebidos como uma categoria geral e abstrata, conhecendo-se apenas alguns tipos de contrato em que não é o acordo de vontade que faz surgir a obrigação, mas sim um elemento objetivo, formal, como a entrega da coisa. Já no Direito Justinianeu, o panorama foi modificado inteiramente, porquanto passou-se a considerar não mais o elemento objetivo como aquele que resulta a obrigação, mas sim o acordo de vontades como fator principal.

¹²¹ Ahora bien: en cuanto al concepto general de contrato, la conclusión que se saca a partir de las afirmaciones prácticamente unánimes de los civilistas y de los historiadores del Derecho es, por una parte, que la teoría general del contrato no existió como tal en Roma; y por otra, que la idea de contrato entre los romanos era bien diferente a la actual, por cuanto no existió el principio del consensualismo. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). HELGUERA, Carlos de Cores. **Pasado, presente y futuro de la teoría general del contrato**: una mirada desde la tradición jesuítica. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2015. p.126.

qual a relação se construía e não como um acordo de vontades com eficácia jurídica, gerador de obrigações, ainda que o Direito Romano, por mais estranho que isso possa parecer, tenha entregue um conjunto de elementos para a formulação da teoria geral das obrigações. Sabe-se que, na verdade, a figura correspondente ao conceito moderno de contrato, o qual dá relevância ao elemento do consentimento, do acordo, como um de seus requisitos elementares, aparece somente do Direito da época de Justiniano, na figura do *pactum* ou *conventio*¹²², onde aí se privilegiava o elemento consensual.

Dos estudos apresentados pelos autores de referência, percebe-se que no Direito Romano não existiu uma teoria geral do contrato com clareza conceitual sobre a figura do consentimento, de sorte que o legado do Direito Romano aos contratos resume-se em um pensamento abstrato sobre todos os aspectos do Direito Privado, sem, no entanto, especificar características, vícios, formação ou extinção dos contratos a partir de pressupostos gerais. Tratam-se de abstrações formuladas com a tentativa de aplicá-las aos casos práticos de caráter empíricos e indutivos.

Ainda que o Direito Romano não tenha legado uma teoria geral dos contratos, é certo que o seu desenvolvimento igualmente contribuiu para a ideia antes apresentada por Roppo, ao compreender o contrato como uma prática que desvela

¹²² Helguera apresenta as definições que diferentes autores elaboraram para justificar que no Direito Romano não havia uma teoria geral do contrato. *Hernández Gil afirma que el Derecho romano no elaboró un concepto genérico de contrato; conoció diversas figuras de contratos, caracterizadas tanto por las finalidades prácticas perseguidas cuanto por sus requisitos formales. Por su parte, Gordley registra también la comprobación de que a menudo se há afirmado que los romanos no tuvieron una teoría general del contrato. Desarrollaron si un Derecho de contratos particulares, tales como la compra, el arrendamiento, la prenda, y la sociedad, cada uno regido por reglas particulares que trabajaron ad hoc. No trataron de explicar de modo general y sistemático los caracteres de los contratos em común o las razones de las reglas que les eran aplicables: por tanto, no se origina em Roma la doctrina general del contrato. [...]. De la misma opinión es el Profesor Alejandro Guzmán Brito, quien, investigando sobre el origen histórico de la teoría general del contrato, insiste em que el Derecho romano em ninguna de suas épocas conoció algo semejante a lo que antes hemos descrito como teoría general, ni del contrato (entendido em el sentido de convención generadora de obligaciones) ni menos del acto jurídico. Los romanos solo tuvieron doctrinas particulares, que a veces aplicaban a um determinado y concreto acto típico, y así podríamos hablar de una doctrina de estipulación; y a veces de algún género de actos típicos, cuando vario aparecen sometidos a um mismo régimen jurídico, de guisa de poderse hablar, por ejemplo, de una doctrina de los contractos de buena Fe, agregando que los juristas romanos no se ocuparon de sistematizar mayormente éstas que nosotros hemos llamado doctrinas particulares, cuyo grado de generalidad, em cuanto a exposición, es algo que podemos observar, pero que los romanos no se preocupaban de resaltar. Así, por ejemplo, la grand cantidad de reglas comunes a la compraventa y al arrendamiento, lo mismo que a las demás relaciones de buena fe, lejos de aparecer expuestas em una única sede común em los comentarios de Derecho Civil o de Derecho pretório, aparecen repetidas y reiteradas con respecto a cada relación em particular.* HELGUERA, Carlos de Cores. **Pasado, presente y futuro de la teoría general del contrato: una mirada desde la tradición jesuítica.** Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2015. p.133-4.

o comportamento social e econômico de uma época. O valor do contrato está, classicamente, na possibilidade de ser o instrumento jurídico regulamentador da movimentação da riqueza dentro da sociedade. Como adverte Cláudia Lima Marques, para as partes, o contrato objetiva, fundamentalmente, uma troca de prestações, um receber e prestar recíprocos. A ideia de troca, de reciprocidade de obrigações e de direitos serve para se frisar a existência dentro da noção de contrato de um equilíbrio de prestações e contraprestações, funcionando como um elemento de viabilização dos objetivos almejados pelas partes.¹²³

No século XIX, a autonomia da vontade traduzia a concepção de que o vínculo contratual estava centrado no valor da vontade como o elemento principal da legitimação dos direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual. Neste período liberal e voluntarista, a função das leis referentes aos contratos era a de proteger a vontade dos efeitos desejados pelos contraentes, de sorte que a tutela jurídica servia apenas para assegurar uma espécie de autonomia teórica, igualdade e liberdade de contratar, sem haver a preocupação com qualquer outro aspecto social das partes.

Assim, as regras contratuais comporiam tão somente um quadro de normas interpretativas com a finalidade de assegurar a autonomia dos indivíduos e a liberdade contratual dentro de parâmetros liberais de influência no Código Civil de 1916. Uma definição simples de contrato como esta apresentada, desvela, ainda assim, elementos que serão fundamentais até hoje na concepção da teoria contratual, tais como a vontade, o indivíduo, a liberdade e a definição de direitos e obrigações, que consubstanciam o dogma da liberdade contratual.¹²⁴

¹²³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**; o novo regime das relações contratuais. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.56. De acordo com Cláudia Lima Marques, o contrato é, para a teoria jurídica, um conceito importantíssimo, uma categoria jurídica fundamental trabalhada pelo poder de abstração dos juristas, especialmente os alemães do século XIX, quando sistematizaram a ciência do direito. É o negócio jurídico por excelência, onde o consenso de vontades dirige-se para um determinado fim. É ato jurídico vinculante, que criará ou modificará direitos e obrigações para as partes contraentes, sendo tanto o ato como os seus efeitos permitidos, e, em princípio, protegidos pelo direito.

¹²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**; o novo regime das relações contratuais. 6.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.60. A autora compreende que a vontade dos contraentes, declarada ou interna, é o elemento principal do contrato, pois representa não apenas a gênese, como também a legitimação do contrato e de seu poder vinculante e obrigatório. Em vista do papel decisivo da vontade, a doutrina, a legislação e a jurisprudência, influenciadas por esta concepção, irão concentrar seus esforços no problema da realização dessa autonomia da vontade, em que somente a vontade livre e real, isenta de vícios, pode dar origem a um contrato válido, fonte de obrigações e direitos. Portanto, entende Cláudia Lima Marques, que a função da ciência do Direito será a de proteger a vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelas partes contratantes. Nesta visão clássica do Direito

A concepção clássica do contrato coaduna-se com a visão individualista de concentrar como valor principal a força da vontade. Mais do que fonte de obrigações entre os indivíduos, o contrato constituía-se em um elemento de autoridade. É como se o contrato se descortinasse aprioristicamente ao Direito, legitimado pela vontade dos indivíduos. Desta visão, resulta o fato de o contrato, na concepção tradicional do Direito Civil codificado do século XIX, ser tratado como uma operação econômica, como antes já se afirmara.

Leciona, neste contexto, Enzo Roppo, no sentido de que o contrato reflete, pela sua natureza, operações econômicas, sendo evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo gênero e quantidade das operações econômicas a que é chamado a conferir dignidade legal. Tudo isso se exprime na fórmula da relatividade dos efeitos do contrato, em que o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido.¹²⁵ Nesta linha, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau sintetizam que o escopo do contrato é permitir ganhos recíprocos para as partes, de modo que o Direito dos contratos deve permitir que as pessoas obtenham aquilo que desejam.¹²⁶

Dentro dessa perspectiva, é possível compreender que para estes autores, a autonomia da vontade atua como uma espécie de limitador das manifestações individuais, eis que, tanto as normas cogentes quanto as instituições sociais modelam o sentido da autonomia, como uma espécie de princípio segundo o qual o ser humano não pode se obrigar senão pela sua própria vontade. Na lógica do contrato enquanto categoria econômica, analisado sob a perspectiva de Roppo e de Mackaay e Rousseau, percebe-se que todo o contrato em que os contraentes percebam que ele é vantajoso para si, deverá ser concluído, porquanto qualquer

dos contratos, a tutela jurídica limitava-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos de relações jurídicas próprias através dos contratos, desinteressando-se totalmente pela situação econômica e social dos contraentes e pressupondo a existência de uma igualdade e uma liberdade no momento de contrair a obrigação.

¹²⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p.24-6. Explica o autor que a historicidade e a relatividade do contrato emergem, com clareza ainda maior, à luz de uma análise diacrônica, numa perspectiva que atente na evolução histórica do instituto. A organização econômica liga-se, estruturalmente, em larga medida com a organização social. Assim, também a evolução desta se reflete na evolução do contrato, transformando o seu papel e modificando o seu âmbito de incidência com a mudança da fisionomia das relações sociais.

¹²⁶ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 405.

indivíduo seja livre para decidir se quer contratar e determinar as cláusulas que sejam convenientes.

No mesmo sentido, Enrico Gabrielli considera a importância que, na prática, assume o conceito de operação econômica, uma vez que é, na verdade, o negócio, considerado e avaliado em todos os seus componentes tipológico, morfológico e funcional, que é necessário para compreender plenamente o valor e o significado do negócio privado e de disciplina que o rege. A noção de operação econômica, como categoria conceitual, identifica uma sequência unitária e composta, que inclui o próprio regulamento e com ele todos os comportamentos que são ligados à realização dos resultados pretendidos, bem como a situação objetiva em que o conjunto de regras e outros comportamentos se colocam, porque esta situação contribui também para definir a importância substancial do ato de autonomia privada.¹²⁷

A ideia de autonomia da vontade muito se relaciona com a própria visualização que Roppo faz do contrato como uma carga ideológica, justamente porque o conceito de contrato foi utilizado com tal função ideológica¹²⁸, de ocultamento da realidade, com a finalidade de tutelas determinados interesses e que ganha relevante sentido quando se considera os princípios em matéria de contratos, elaborados pela ciência jurídica e codificados pelos legisladores do século XIX, no apogeu da hegemonia política e cultural da classe burguesa, que exerciam a sua influência.

Quando se fala nessa função ideológica do contrato, alude-se, em verdade, ao contrato como o instrumento técnico-jurídico de realização de operações econômicas que serão disciplinadas pelo Direito dos contratos, para assumirem uma função real, conforme os vários contextos econômicos e sociais. Justamente por haver uma carga ideológica que refletia o posicionamento de uma classe dominante

¹²⁷ La rilevanza che in concreto, in ogni singola fattispecie, la funzione dell'atto assume viene resa più evidente attraverso il concetto di operazione economica, poiché è sul piano del fatto, dell'affare, considerato e valutato in tutte le sue componenti tipologiche, morfologiche e funzionali che occorre volgere l'indagine per comprendere in pieno il valore ed il significato dell'affare dei privati e la disciplina che lo governa. La nozione di operazione economica, quale categoria concettuale, identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). GABRIELLI, Enrico. L'operazione economica nella teoria del contratto. IN: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. v.63. n.3. set. 2009. p.916.

¹²⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p.30.

é que se afirmaram os princípios clássicos do Direito dos contratos: a liberdade de contratar, a igualdade dos contratantes e a força obrigatória dos contratos, como informadores inspirados em uma teoria contratual do liberalismo.

Como alude Lucas Abreu Barroso, o instrumento contratual deveria oferecer certeza e previsibilidade aos que dele participavam, sendo o bem-estar social alcançado mais apropriadamente por meio da livre iniciativa do que por meio das intervenções estatais.¹²⁹ Esta ideologia resumia as expectativas da sociedade novecentista que idealizava a liberdade individual, culminando com a ideia que se conhece na teoria dos contratos, de autonomia da vontade, pautando-se em uma igualdade meramente formal, desprezando-se as desigualdades materiais entre os contratantes, o que gerava contratos díspares e injustos.

A concepção de contrato que, convencionalmente sintetiza-se como ideologia da liberdade contratual, alimentou, como afirmado anteriormente, o pensamento jurídico novecentista e informou as grandes codificações do século XIX, mormente a francesa de 1804, a italiana de 1865 e a alemã de 1896. O Código Napoleônico foi o primeiro código que representava os ideais da burguesia, conformando o contrato como algo subordinado à propriedade, “instituto-base, em torno do qual e em função do qual são ordenados todos os outros”.¹³⁰ Eis assim que o contrato figura como um instrumento de transferência de direito sobre coisas, e, portanto, em primeiro lugar, do direito de propriedade.

Os efeitos da visão tradicional civilista e do processo da codificação conduziram a uma série de características que tipificaram esse Estado Liberal, denominado, também, de Estado de Direito. Francisco Amaral apresenta, em

¹²⁹ BARROSO, Lucas Abreu. Evolução histórica. IN: MORRIS, Amanda Zoe. BARROSO, Lucas Abreu (coordenadores). **Direito dos contratos: teoria contratual – contratos em espécie**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.32.

¹³⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p.42. Roppo justifica que o vínculo estreito entre contrato e propriedade se dá porque o contrato e o poder de contratar livremente foram perspectivados como meios de expressão da liberdade pessoal do indivíduo, sendo considerados como instrumentos de circulação da riqueza, e, portanto, da propriedade que representa o seu símbolo jurídico. Em toda uma tradição do pensamento jurídico-político oitocentista, destinada a perpetuar a sua influência também no século seguinte, liberdade e propriedade estavam, de fato, associadas à maneira de um binômio indissolúvel: a propriedade privada é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público, enquanto por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com a sua natureza e com as suas funções: sem propriedade, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite, e, portanto, dissociada da liberdade de contratar.

síntese, tal rol de características¹³¹, a partir de elementos como: a) império da lei, no sentido de que expressa a vontade geral; b) divisão dos poderes; c) generalidade e abstração das regras jurídicas; d) distinção entre direito público e direito privado, entendendo-se o direito público como o conjunto de normas com as quais o Estado determina a própria estrutura e organiza e regula as relações com os cidadãos, e por direito privado, o conjunto de normas que se destinam a regular a relação entre particulares; e) crença na completude e na neutralidade do ordenamento jurídico; f) concepção do homem como um abstrato sujeito de direito, correspondente à ideia de homem livre e igual oriundo da tradição iluminista, pressuposto do processo de aquisição e circulação de direitos. Em outras palavras, o Estado de Direito como feição da legalidade e da liberdade dos indivíduos, marcando a sociedade moderna pela instituição do homem como sujeito livre e igual, responsável por si mesmo.

Por tais razões é que da leitura de Amaral se compreende que a importância do Direito Civil está no fato de ter, por diferentes circunstâncias políticas, econômicas e culturais, instituído, a partir de seus conceitos e técnicas, a imagem do homem como indivíduo singular, como sujeito abstrato, matéria com que trabalha o pensamento sistemático e que tem no positivismo jurídico a grande herança deixada para o Direito Civil contemporâneo.¹³²

¹³¹ AMARAL, Francisco do. **Direito civil**: introdução. 8. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 166.

¹³² AMARAL, Francisco do. **Direito civil**: introdução. 8. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.167-170. O autor entende que a concepção do Direito como um sistema, um conjunto unitário de princípios e regras se deu em razão do jusracionalismo, partindo da formulação de conceitos gerais e utilizando o método dedutivo e cartesiano ao Direito para chegar-se à ideia de sistema jurídico, tal como pela jurisprudência dos conceitos de Puchta e Windscheid. Por sistema, aduz Francisco Amara, permite-se uma compreensão melhor do Direito, não só de ordem didática como também de Direito comparado. Além disso, possibilita compreender a matéria social em que se insere o sistema jurídico, isto é, as relações sociais e os valores determinantes do agir em sociedade, e, ainda, a interpretação do Direito com os demais sistemas que formam o universo social, como o econômico, o político e o religioso. O Direito surge como um sistema de controle que merge da vida, da sociedade, não podendo isolar-se da realidade que o produz. A ideia de sistema liga-se diretamente à de codificação, agrupamento de normas jurídicas da mesma natureza em um corpo unitário e homogêneo. Em sentido estrito, codificação significa o processo legislativo, verdadeiramente revolucionário, que marcou os séculos XVIII e XIX, de acordo com os critérios científicos decorrentes do jusnaturalismo e do iluminismo, e que produziu os códigos, leis gerais e sistematizadas. Para Francisco Amaral, a codificação apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a realização do direito, permitindo ainda elaborar os princípios gerais do ordenamento que servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real, o que explica o triunfo da codificação. Como inconveniente, afirma-se que a codificação impede o desenvolvimento do Direito, produto da vida social que não pode ficar circunscrito, limitado, aprisionado por estruturas formais e abstratas. O Código passou a ser, na esfera do direito privado, a garantia das liberdades civis e do predomínio do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário, assegurando a autonomia do indivíduo contra a ingerência do poder estatal. Conjugam-se, assim, os Códigos Civis e as Constituições, criando uma nova organização jurídica da sociedade e realizando o espírito da época, o individualismo jurídico próprio do pensamento liberal, que se exprime na divisão

A teoria contratual clássica se enraizou no dogma da autonomia da vontade, concedendo-se um espaço no qual se exercitava o poder de criação das normas individuais segundo a função econômica do contrato. Assim, o contrato, dentro da perspectiva tradicional, se constituiu sob três vertentes: a liberdade contratual, no sentido da livre escolha dos contratantes e na estipulação do conteúdo do contrato, exercendo-se o direito de contratar ou de não contratar; a obrigatoriedade do pactuado, representado pelo chamado *pacta sunt servanda*, no sentido de que contrato justo era aquele emanado pela livre vontade das partes, assumindo um caráter obrigatório e vinculativo em relação ao seu conteúdo; a relatividade contratual, no sentido de que o contrato vincula tão somente as partes, cujos efeitos não atingem a terceiros.

Embora já se tenha abordado a questão da autonomia da vontade anteriormente, pode-se ainda tecer algumas considerações em relação a este princípio, que representa a ideia de um vínculo contratual como resultado da simples fusão da vontade dos contratantes, de forma absoluta e abstrata. Cuida-se, em verdade, de um perfil que identifica o contrato segundo as partes/sujeitos e o objeto contratado e instrumentalizado no negócio jurídico, sem importar-se com o elemento causal.

Sobre o elemento causal, Maria Celina Bodin de Moraes leciona que ao tempo do Código Civil de 1916 a doutrina nacional parecia mais preocupada em manter-se no terreno da mera classificação dos contratos do que propriamente investigar a função dos negócios jurídicos e proceder à qualificação e ao juízo de merecimento de tutela que é imperioso realizar a cada negócio. Essa lacuna, adverte a autora, se deve a motivações de ordem psicológica, com a recusa sistemática em dar atenção ao elemento *causa* que o Código Civil de 1916 (e até mesmo o de 2002) não fizeram menção.¹³³

O Código Civil de 1916, ao deixar de referir o elemento causal ensejou o quase completo desinteresse da doutrina em examiná-lo, embora tenha suscitado alguma crítica quanto à perda da oportunidade em restringir moralmente as contratações entre os privados, o que teria sido possível a partir da noção de causa.

do direito público e privado, na garantia da liberdade dos indivíduos e na concepção de centralidade do Direito em face da política e da filosofia.

¹³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. IN: MELGARÉ, Plínio (organizador). **O direito das obrigações na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014 p.332.

O Direito brasileiro não ignorou apenas o exame da causa como uma condição concreta para a validade do negócio jurídico, mas igualmente como um elemento abstrato de qualificação e diferenciação dos tipos negociais, da função do negócio em tese, da sua justificação normativa, desvendando a natureza jurídica do ato.

Por tal razão, é que a autora em análise referirá no sentido de que a causa serve também para individualizar os elementos essenciais a um determinado contrato e regulamentar os interesses estabelecidos pelas partes. A causa permite que se qualifique o negócio jurídico, é a função que o sistema jurídico que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia.¹³⁴

Determinar o conteúdo contratual significa definir qual composição e reciprocidade entre as partes que determinarão a operação econômica, atribuindo o vínculo jurídico ao contrato. Trata-se de fixar e traduzir, em compromissos jurídicos, os termos da operação pretendida, “definir as variáveis que no seu conjunto refletem a conveniência econômica do contrato”.¹³⁵ Em síntese, o princípio da autonomia da vontade se baseia exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

O conteúdo do contrato não é determinado apenas pela tríade autonomia, força obrigatória e relatividade dos efeitos. Mais do que esses vetores, o contrato necessita dos seus elementos constitutivos para que sofra a incidência de uma regra jurídica em seu suporte fático. Como aduz Betti, o ato antes de ser encarado como ato jurídico deve existir como ato material, como um conjunto de dados fáticos que corresponda ao tipo jurídico, pois se os dados de natureza material não existirem não haverá a configuração do tipo jurídico e, portanto, o ato jurídico será inexistente.¹³⁶

O princípio da autonomia da vontade se materializa no elemento do *sujeito* da relação contratual, eis que não há como se pensar em contrato desvinculando-se das pessoas que contratam, considerando ser um negócio jurídico bilateral, com a

¹³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. IN: MELGARÉ, Plínio (organizador). **O direito das obrigações na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014 p.334.

¹³⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p.127.

¹³⁶ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZM, 2003. p.17-8.

necessidade da manifestação de, ao menos, duas vontades para existir. Quando se fala em pessoa, está se aduzindo àquele que pode contratar, que realiza no contrato a titularidade dos seus direitos e obrigações para o desenvolvimento de sua personalidade, seja pessoa física ou jurídica.

Disserta Eduardo Luiz Bussatta que as pessoas manifestam a sua vontade, o seu querer, ao entabularem contratos. Os contratantes, no exercício de sua autonomia, estabelecem, através de sua vontade, os direitos e obrigações que caberão a cada qual. A vontade sempre foi a principal fonte de regulamentação contratual, pois significa a especificação do seu conteúdo, de modo que os operadores são tendencialmente livres para organizar e desenvolver as suas atividades econômicas, na forma do contrato, segundo as modalidades e condições que melhor correspondem aos seus interesses.¹³⁷

Na concepção tradicional de contrato, o valor da vontade é um de seus principais elementos, porque se funda no fato de que o homem, o sujeito, ser racional por natureza, era livre para contratar, cabendo ao Direito assegurar a livre manifestação de vontade e que as prestações acordadas fossem efetivamente cumpridas pelas partes. E aqui, volta-se ao que já fora abordado no ponto anterior da tese, no sentido de que o conceito de pessoa influencia a categorização do sujeito para o Direito Civil. O conceito de pessoa é, para o Direito Moderno, um dado operacional, com qualificação para um trânsito jurídico delimitado, qual seja, a determinação da propriedade, já que na ótica tradicional do contrato, os atributos do sujeito são sempre medidos em um tom patrimonial, o nome, a honra, a moral, a propriedade, entre outros.

O *objeto* do contrato significa a finalidade perseguida pelas partes, é o norteador para o cumprimento da obrigação assumida pelas partes e se materializa nas características expressas pela doutrina, como a sua licitude, possibilidade e determinabilidade, figuras presentes no artigo 104 e 166, inciso II, do Código Civil de 2002 (artigo 82, do Código Civil de 1916, demonstrando que se trata de uma ideia já verificada no Direito Civil tradicional). Bussatta considera que o objeto do contrato sempre será, ainda que indiretamente, de conteúdo patrimonial, mas não há a necessidade de que a prestação seja diretamente patrimonial, basta que tenha

¹³⁷ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Elementos. IN: MORRIS, Amanda Zoe. BARROSO, Lucas Abreu (coordenadores). **Direito dos contratos: teoria contratual – contratos em espécie**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.53.

reflexos no patrimônio da pessoa, ou possa, ainda que por estimativa, ser avaliada pecuniariamente.¹³⁸

Já para Lorenzetti, no objeto já está expresso o consentimento, mas deve-se controlar a sua licitude, sua adequação aos valores essenciais do ordenamento jurídico. Para o autor, o que faz o legislador é coordenar a autonomia privada, que encarna propósitos individuais, com os valores coletivos.¹³⁹ A *forma*, por fim, será o elemento externo que tornará possível o reconhecimento da manifestação da vontade, no sentido de se compreender que o contrato efetivamente existe no campo concreto.

Neste contexto, entendidos os princípios e elementos que formam a concepção tradicional de contrato, é possível se chegar aos seguintes apontamentos:

a) o contrato é substancialmente constituído pelo elemento da vontade, produto da autonomia das partes;

b) o contrato é um conceito normativo e que pressupõe a manifestação voluntária da vontade pelos sujeitos;

c) o contrato é um ato jurídico bilateral cuja finalidade é criar, modificar e extinguir direitos; e

d) o contrato foi entendido pela teoria clássica como um fenômeno econômico.

Partindo-se dessas premissas, torna-se importante analisar os acordos de coparentalidade e os seus efeitos dentro da perspectiva clássica. No caso das *famílias design*, de todas as questões as quais os parceiros parentais devem procurar uma resposta, as questões jurídicas são muitas vezes as mais complexas. Questões como a elaboração de um acordo de coparentalidade, entendendo o que a lei exige dos pais, e até mesmo descobrir quem é o pai legal pode variar de acordo com a jurisdição. Nos Estados Unidos, por si só, em que o Direito de Família é regulado pelos Estados individualmente, isto significa 50 conjuntos de regras para parceiros de potenciais pais. No caso do *family by design*, o próprio site de arranjos parentais esclarece o que os co-parceiros devem considerar para uma parceria de

¹³⁸ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Elementos. IN: MORRIS, Amanda Zoe. BARROSO, Lucas Abreu (coordenadores). **Direito dos contratos**: teoria contratual – contratos em espécie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 56.

¹³⁹ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p. 550.

parentalidade em seu próprio Estado, de forma mais ampla, abordando questões gerais, como acordos de co-parentalidade e acordos de doadores conhecidos.¹⁴⁰

Na apresentação dos acordos de co-parentalidade, o *family by design* considera que os indivíduos que estão pensando em criar um filho ou filhos juntos, mas que não estão em um relacionamento legalmente reconhecido com o outro, devem formalizar as suas intenções e desejos em um documento escrito. Esses documentos são chamados de *acordos de co-parentalidade*.

Note-se que, segundo as informações lançadas pelo próprio *family by design*, não há nenhuma garantia de que algum Tribunal possa impor o cumprimento do acordo de co-parentalidade, ainda que ele tenha sido celebrado por escrito. Geralmente, os Tribunais em todos os Estados tomam decisões com base na observação do "melhor interesse da criança", e não com base em um documento escrito criado pelos pais.

O processo de elaboração do contrato de co-parentalidade exige que as partes explorem questões que podem não ter considerado antes. Segundo os dados do *family by design*, sugere-se que se use o acordo para articular e discutir as intenções, a partir de um terceiro mediador, experiente ou advogado para auxiliar no desenvolvimento do documento, já que não é possível criar um tamanho único de documento para co-parentalidade e porque existem muitas variáveis.

Interessante observar que o próprio site esclarece que não há um documento que irá funcionar em todas as situações, sugerindo que não se copie nenhum modelo encontrado pela Internet. Por tal razão, sugere-se que os co-pais pensem os objetivos nos relacionamentos que estão criando, ou, porque não dizer, até mesmo contratando. Para o *family by design* isto significa fazer um planejamento - e obter profundamente os detalhes - mas, ao mesmo tempo, manter uma flexibilidade significativa e reconhecer o fato de que algumas das dinâmicas do relacionamento de co-parentalidade vão mudar ao longo do tempo.

¹⁴⁰ Legal Info About Parenting Partnerships: Of all the issues that parenting partners need to address, the legal issues are often the most complex. Issues such as drafting a co-parenting agreement , understanding what the law requires of parents, and even figuring out just who is a legal parent can vary by jurisdiction. In the United States alone, where family law is regulated by the individual states, this means 50 sets of rules for prospective parenting partners! Fortunately, FamilyByDesign is here to help untangle some of this complexity. Our state-by-state analysis will help you figure out the most important issues you should consider for a parenting partnership in your state, and we'll more broadly tackle the big-picture issues like co-parenting agreements and known donor agreements. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). Disponível em: <http://www.familybydesign.com/content/learn/legal/>. Acesso em: 03 de jan. 2017.

Por tais razões, para iniciar-se o processo da co-parentalidade, os fundadores do site sugerem algumas questões de discussão para se levar em conta no contrato escrito, tais como: quem vai decidir sobre o nome da criança? Será que vai ser mutuamente acordado ou será um dos pais autorizado a tomar essa decisão? Qual nome ou nomes aparecerão na certidão de nascimento? Se houver necessidade de algum outro tipo de ação legal para proteger os direitos de cada um dos pais, como uma adoção ou filiação reconhecida judicialmente, deve-se estabelecer quando isso vai acontecer, quem vai pagar por isso e que todas as partes fornecerão tudo o que um tribunal requer. Onde a criança residirá? Se a criança tiver mais de uma residência, quanto tempo será que ele/ela gasta em cada uma delas? Isto deverá mudar ao longo do tempo?

Dentre outras questões ainda sugeridas, encontram-se diretrizes para determinar e descrever a divisão das atividades de educação infantil, como: existem atividades específicas que se quer que cada um dos pais assuma a responsabilidade? Se um dos pais irá assumir a maior parte da criação dos filhos, ele ou ela vai ser compensado de alguma forma? Como o direito de visitação do outro pai será determinado? Como será o planejamento para férias, feriados e visitas com os avós e outros parentes? Como cada uma das partes se envolverá na tomada de decisões quanto à educação da criança, saúde e religião? Será que um pai tem a capacidade de tomar a decisão final sobre estas questões sensíveis? Qual é a responsabilidade de cada um dos pais para as necessidades financeiras da criança? E o que deve mudar ao longo do tempo? Quem vai mencionar o filho como dependente? Um dos pais será considerado como chefe de família em formulários de impostos? Qual co-pai? Será que os parceiros co-parentalidade realizarão o planejamento financeiro para proteger a criança e o outro progenitor se um dos pais fique incapacitado ou faleça?

Questões sobre efeitos patrimoniais também são levadas em conta. Por exemplo, haverá a exigência de aquisição de seguro de vida, seguro de invalidez ou o estabelecimento de um benefício irrevogável para a criança? Como os co-pais planejarão as despesas da faculdade e configurarão uma conta de poupança? Como é que financiarão essas contas? Quem vai controlar essas contas? Haverá concordância em preparar testamentos e outros documentos necessários para proteger a criança se um ou ambos os pais morrerem ou ficarem deficientes?

Haverá concordância quanto à seleção de um tutor, se todos os pais forem falecidos e de um administrador para gerir os bens da criança?

Além dessas situações, os co-pais também devem preocupar-se com questões conflituosas em relação à elaboração de uma procuração para que um pai possa fazer decisões médicas para a criança em caso de emergência e determinar quem irá fornecer seguro de saúde para a criança. Um aspecto destacado pelo *family by design* é que o acordo pode ser revisto ao longo do tempo, estando claramente esclarecido aos co-pais que o acordo não pode ser alterado verbalmente e que só pode ser alterado por escrito e assinado pelas partes, podendo-se, inclusive, incluir uma cláusula que indica quantas vezes os pais irão rever o acordo para garantir que aquilo que fora contratado ainda reflète seus objetivos.

Em relação ao elemento forma, o *family by design* recomenda aos candidatos à co-parentalidade que no preâmbulo do acordo, exponham a cronologia ou a história das partes e sua decisão mútua para criar uma criança, estipulando questões também atinentes à gestação, por exemplo: como é que a criança será concebida? Haverá alguma forma de tecnologia de reprodução assistida? Quais testes médicos e psicológicos serão exigidos das partes para determinar a sua aptidão para este empreendimento? Cada parte deve ter acesso aos resultados destes testes, enquanto estabelecido o direito de cada indivíduo à privacidade. Quem vai pagar por isso, incluindo honorários médicos, testes e custos similares relacionados com a gravidez? Quem será capaz de comparecer nas consultas médicas? Se surgirem problemas durante a gravidez, como é que as decisões serão tomadas? Se a mulher grávida estiver incapaz de trabalhar, como é que as partes lidarão com suas necessidades? Quem vai estar presente para a chegada da criança?

No contrato de co-parentalidade também se deve estabelecer quais normas que os co-pais concordam em seguir se o relacionamento encontrar dificuldades substanciais, de modo que a primeira responsabilidade seja para com os filhos concebidos. Por exemplo, as partes poderão questionar se concordam em manter a continuidade das relações parentais com as crianças, mesmo se a relação entre os adultos estiver sob estresse ou conflito. Em última análise, o que o acordo de co-parentalidade inclui vai depender do que os parceiros desejam alcançar, a partir de um acordo de co-parentalidade substantivo, detalhado, que vai satisfazer todas as

partes, para a sensação de uma parceria de co-parentalidade confortável e segura.¹⁴¹

¹⁴¹ Individuals who are considering raising a child or children together, but who are not in a legally recognized relationship with each other, should formalize their intentions and desires in a written document. These documents are called co-parenting agreements. We note that there is no guarantee that a court will enforce a co-parenting agreement, even if it is written. There are very few cases where co-parenting agreements have been actually tested. Generally, courts in all 50 states make decisions based on what is in the “best interest of the child”, and not based on a written document created by the parents. Despite questions regarding the enforceability of these agreements, there are many advantages to discussing issues fully and putting the understandings in writing. The process of writing a co-parenting agreement requires the parties to explore issues that they may not have considered. It will help to avoid misunderstandings later. Use the agreement to articulate and discuss intentions. Use an experienced third party mediator or attorney to help you develop the document. It is not possible to create a one size fits all document for co-parenting. There are too many variables. As more people decide to co-parent, laws will evolve. In addition, laws vary from state to state. There is no one document which will work in every situation. Therefore, don't copy something verbatim that you find on the Internet. You can use it as a template, but chances are that it won't be the 100% correct solution for your particular situation. Getting professional legal advice, while not a requirement, will facilitate the discussion and resolve problems that could arise. The dynamics of the interaction between the co-parenting partners will undoubtedly change once your child is born. When your child arrives your lives will change in ways you can not anticipate. Therefore, we suggest that you think in terms of your goals in the relationships you are creating. This means do a lot of planning – and get deep into the details – but at the same time maintain significant flexibility and acknowledge the fact that some of the dynamics of your co-parenting relationship will change over time. To start the process, here are some issues to discuss and then record in a written document: Who will decide on the name of the child? Will it be mutually agreed upon or will one parent be allowed to make that decision? Whose name or names will appear on the birth certificate? If you will need to undertake some other type of legal action to protect each parent's rights, such as an adoption or parentage lawsuit, set forth when it will happen, who will pay for it and that all parties will provide whatever consents a court requires. Where will the child live? If the child will have more than one residence, how much time will he/she spend at each one? Is this expected to change over time? Determine and describe the division of the child rearing activities. Are there specific activities you want each parent to assume responsibility for? If one parent will assume the majority of child rearing, will he or she be compensated in some way? How will the other parent's right to visitation be determined? How will planning for vacations, holidays and visits with grandparents and other relatives be determined? How involved will each party be in making decisions as to the child's education, health and religion? Will one parent have the ability to make the final decision on these sensitive issues? What is each parent's responsibility for the financial needs of the child? Is that expected to change over time? Who will claim the tax credit for the child as a dependent? Will one person be eligible for head of household status on tax forms? If so, which parent? Will the co-parenting partners undertake financial planning to protect the child and the other parent if one parent becomes disabled or dies? For example, will you require the purchase of life insurance, disability insurance or establishing an irrevocable trust for benefit of child? Will you plan for college expenses and set up a savings account or a 529 account? How will you fund these accounts? Who will control those accounts? Will you agree to prepare wills and other necessary estate and life documents to protect the child and one or both parents die or are disabled? Will you agree as to the selection of a guardian if all parents are deceased and a trustee to manage the funds for the child? If necessary, prepare a power of attorney so that a parent can make medical decisions for child in case of emergency. Determine who will provide health insurance for the child, including a back-up plan if one parent loses her/his coverage. Consider how you will resolve issues which arise if one parent develops a romantic relationship with a third party who becomes involved in the child's life. Since laws vary from state to state, if the parents or parties live in different states, review each state's law and put in the document which state's laws will be used to interpret agreement. Develop a process for conflict resolution if problems arise. Agree to use mediation process before going to court. If possible, select and name a mediator who will be used. The agreement may need to be revised over time. State clearly that the agreement cannot be changed verbally and that it can only be changed in writing signed by the parties. You may wish to include language that states how often the parents will review the agreement to ensure it still reflects their wishes (eg, once every three years). If a party has to go to court to enforce agreement, consider a provision that requires the losing party to pay the legal fees of

Sabendo-se que os elementos do contrato se perfazem nos três pontos examinados: sujeito, objeto e forma, importante se faz analisar essa estruturação a partir do modelo virtual de contrato ensejado nas famílias biotecnológicas provenientes do *Family by design*, a fim de analisar se encontram espaço nessa estruturação clássica contratual.

O sujeito é virtualmente considerado no modelo do *Family by design*, descobrindo-se o futuro contratante da co-parentalidade a partir de elementos declarados pela própria pessoa em formulários disponibilizados na página eletrônica, em que, preenchendo os campos, poderá encontrar o seu parceiro com maior compatibilidade para a finalidade a que se destina. A identificação de quem são os sujeitos contratantes se dá a partir do preenchimento de formulários com perguntas iniciais como nome, gênero, data de nascimento, hábitos sociais, entre outros. Após, são respondidas questões como: Quem são as pessoas mais próximas em sua vida? O que é mais importante para você? Você já foi à escola? Qual era o seu assunto principal ou favorito? Como você descreveria a sua vida profissional? Como você descreveria sua vida social? Como você descreveria a sua visão política?

the prevailing party. In the introduction to the agreement, it is helpful to set forth the chronology or history of the parties and their mutual decision to raise a child. That explanation gives anyone reading the document an understanding that the parties are and the reasons they agreed to jointly raise a child. If the co-parents are negotiating this agreement before the conception of the child (which we highly recommend) or early on during the pregnancy, you should also discuss whether to include issues that will occur during the child's gestation. For example: How will the child be conceived? Will you use some form of assisted reproductive technology? Will you use fresh sperm and have you considered the consequences of that choice? Will you use a physician intermediary? If so, there can be significant legal consequences for the sperm donor, which need to be explored. What medical and psychological testing will be required of the parties to determine their suitability for this undertaking? Each party should have access to the results of these tests while setting forth each individual's right to privacy. Who will pay for what, including medical fees, testing and similar costs related to the pregnancy? Who will be able to attend the medical appointments? If problems arise during the pregnancy, how will decisions be made? If the pregnant woman is unable to work, how will the parties deal with her needs? Who will be present for the delivery of the child? You may also want to consider setting forth standards that the co-parents agree to follow if their relationship should encounter substantial difficulties. Emphasize that your first responsibility is to the children. For example, the parties could: Agree to maintain the continuity of the parental relationships that the children rely on, even if the relationship of the adults is under stress. Agree to honor the existing relationships regardless of how a state's laws may characterize them. Respect the children's relationships with their parents even in the absence of legal labels. Agree to maintain continuity in the lives of the children in both personal relationships and financial responsibility. Agree to seek a voluntary resolution rather than going to court. Litigation is expensive. It can also undermine the trust needed for co-parents to succeed in rearing the children together. Ultimately, what the co-parenting agreement includes will depend on what you and your co-parent(s) want to achieve. By spending the time needed up front talking through the issues with your co-parent(s) before starting your attempts to conceive, we believe that you can construct a substantive, detailed co-parenting agreement that will make all parties to the parenting partnership feel comfortable and secure (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). Disponível em: <http://www.familybydesign.com/content/learn/legal/co-parenting-agreements-what-you-need-to-consider/>. Acesso em: 03 de jan. 2017.

Como você descreveria os seus pontos de vista religiosos? Você tem algum animal de estimação? Você pratica algum esporte? Quais são os seus interesses pessoais e hobbies?¹⁴²

Na sequência, haverá a seção *O que estou procurando*, em que o parceiro parental deverá responder questões que envolvem as seguintes nuances: Qual seria o seu relacionamento ideal com o seu parceiro de parentalidade? Como você e seu parceiro partilharão as responsabilidades da parentalidade? Você tem requisitos físicos para o seu parceiro de paternidade? Você tem requisitos educacionais ou profissionais para o seu parceiro de paternidade? Você tem necessidades financeiras para com o seu parceiro de parentalidade? Descreva a sua participação dos pais em termos de compromisso de tempo. Descreva a sua participação dos pais em termos de compromisso financeiro.¹⁴³

Após, o sujeito deve responder acerca de sua posição quanto à parentalidade em temas como educação, hábitos alimentares, educação religiosa, disciplina, atividades físicas e hábitos de televisão, além de prestar informações detalhadas na busca de um perfil compatível como o seu para a parentalidade. Um outro aspecto importante do *family by design* é que além de se trabalhar com a figura de um sujeito contratante virtual, também o categoriza como um doador conhecido de material genético, como um alternativa à co-parentalidade, ainda que este doador conhecido tenha um papel ativo na criação do filho concebido.

A partir de um uso literal da terminologia, pode-se supor que um "doador conhecido" é uma pessoa que não tem planos de ter um papel ativo na vida de seu filho, mas se ofereceu simplesmente para ser "conhecido" como o doador para a criança em algum momento. No entanto, na prática, a linha entre o que constitui uma "co-mãe" e um "doador conhecido" é muitas vezes distorcida, uma vez que as partes podem contemplar que o doador conhecido terá um papel ativo na vida de seus

¹⁴² About me: Who are the closest people in your life? What's most important to you? Where did you go to school? What was your major or favorite subject? How would you describe your business/professional life? How would you describe your social life? How would you describe your politics? How would you describe your religious views? Do you have any pets? Do you play any sports? What are your personal interests and hobbies? (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). Disponível em: <http://www.familybydesign.com/members/edit/about>. Acesso em: 03 jan. 2017.

¹⁴³ What I'm seeking? What would your ideal relationship with your parenting partner look like? How would you and your parenting partner share parenting responsibilities? Do you have any physical requirements for your parenting partner? Do you have any educational or occupational requirements for your parenting partner? Do you have any financial requirements for your parenting partner? Describe your parental involvement in terms of time commitment. Describe your parental involvement in terms of financial commitment. (Tradução para língua portuguesa livre do autor). Disponível em: <http://www.familybydesign.com/members/edit/lookingfor>. Acesso em: 03 jan. 2017.

filhos. Ou - em alguns casos - a participação ativa na vida da criança pode não ter sido contemplada, mas pode, contudo, desenvolver-se naturalmente ao longo do tempo.

O próprio *site* esclarece que se a pessoa não quer nenhum envolvimento do doador, deseja preservar o anonimato do doador, e diminuir a possibilidade de que um doador de esperma possa reconhecer legalmente a paternidade para exercer os direitos de pai, ou ser considerado como um pai por um Tribunal, deve-se considerar um banco de esperma para selecionar um doador anônimo. Segundo o *family by design*, os bancos de esperma nos EUA são conhecidos pela qualidade dos seus procedimentos de teste para ambas as doenças adquiridas e hereditárias. No entanto, uma desvantagem de usar um doador anônimo é que, se o filho vier a desenvolver uma doença genética, não haverá como obter mais informações médicas sobre o doador em um momento posterior.

Observação interessante que o *family* considera é que em muitos casos, a tecnologia moderna mitiga o conceito de anonimato. Com a disponibilidade crescente de testes de DNA e o alcance da Internet, as pessoas foram capazes de rastrear doadores e violar o seu anonimato. A Internet também levou à proliferação de registros *Donor Sibling*. Esses sites reúnem crianças que foram concebidos usando o mesmo doador anônimo. Os doadores são identificados pelo nome do banco de esperma e o identificador do doador. Ocasionalmente, doadores anônimos usam o site para localizar seus eventuais filhos.

Há um esclarecimento para este contrato de co-parentalidade no sentido de que se o homem pensa em se tornar um doador de esperma conhecido, e quer assumir legalmente a criança com todos os seus direitos e responsabilidades, então deve consultar as leis do seu Estado sobre os direitos legais de doadores conhecidos. Por outro lado, se não estiver casado com a mãe e não vivem em um dos poucos Estados com leis que reconhecem as relações sem casamento, o pai deve assinar um reconhecimento voluntário da paternidade ou da declaração de paternidade que está disponível em todos os 50 estados, se quiser proteger os seus direitos de pai.

Caso o filho seja concebido através de relações sexuais, os direitos do doador não poderão ser retirados pelo contrato escrito e o homem vai ser considerado o pai, exceto se os seus direitos forem extintos por um Tribunal. Se um conflito em torno posição legal do doador conhecido for levado ao Judiciário, um

fator que o juiz poderá considerar é a quantidade de contato pós-parto entre o doador de espermatozoides e da criança, com a permissão e incentivo da mãe.¹⁴⁴

¹⁴⁴ SPERM DONOR LEGALITIES: USING (OR BECOMING) A KNOWN DONOR VS AN ANONYMOUS DONOR In addition to co-parenting, where both adults contemplate sharing the legal rights and responsibilities of being a parent, another form of parenting partnerships may involve a “known sperm donor” – sometimes just referred to as a “known donor”. From a literal use of the terminology, one might assume that a “known donor” is a person who does not plan to take an active role in their child's life, but has volunteered simply to be “known” as the donor to the child at some point in time. However, in practice, the line between what constitutes a “co-parent” and a “known donor” is often fuzzy, as the parties may contemplate the known donor having an active role in their child's life. Or – in some cases – active participation in the child's life may not have been contemplated, but may nonetheless naturally develop over time.

If you are thinking about having a child using a sperm donor – or you were thinking about becoming a sperm donor – then the first question is whether to use (or be) a “known” sperm donor or an “unknown” one. Perhaps, the easiest way to resolve this question is to ask: “Do I want (or wish to be) someone present in the child's life at some point?” If the answer is “yes”, then your consideration should be that of a known donor. If the answer is “no”, then you should seek (or become) an anonymous donor. Nevertheless, regardless of which route you choose, you should be aware of the legal implications of a sperm donor arrangement. Anonymous sperm donor: If you want no parenting involvement by a donor, wish to preserve the donor's anonymity, and diminish the possibility that a sperm donor could be found to have sufficient legal standing to exercise parental rights or be labeled as a father by a court, then you should consider a sperm bank to select an anonymous donor. By choosing to use an anonymous donor selected through a sperm bank, you will be given the opportunity to review traits such as race, religion, complexion, education and family medical history.

Sperm banks in the US are known for the quality of their testing procedures for both acquired and hereditary diseases. However, a disadvantage of using an anonymous donor is that, were your child to develop a genetic disease, you may not be able to obtain further medical information about the donor at a later point in time. In many cases, modern technology is eroding the concept of anonymity. With the widening availability of DNA testing and the scope of the Internet, people have been able to track donors and pierce their anonymity. The Internet has also led to the proliferation of donor sibling registries. These websites bring together children who were conceived using the same 'anonymous' donor. Donors are identified by the name of the sperm bank and the donor's identifier. Occasionally, anonymous donors use the website to locate their offspring. There is some controversy around the use of anonymous donors. In addition to the potential inability for medical follow-up questions in later years, recent news stories have described cases in which sperm from anonymous donors has been used to create dozens of children. Some columnists have argued that a child has the right to know who their biological father is (or in the case of an egg donor, their biological mother). And it is not always clear if the child of an anonymous donor who seeks out their biological parent will be welcomed by the “anonymous” donor. Known sperm donor: Using a known sperm donor, in which the donor agrees to become “known” to the child, provides both the donor and the recipient the opportunity to include the donor as a part of the child's life, in a manner for the parties to the relationship to agree upon. However, it is important for those contemplating a known donor arrangement to pay particular attention to the laws of their state. Depending on the state and the fact pattern of the donor arrangement, a known donor may either be seen as a donor with no legal rights as a parent, or may be seen as the legal parent of the child. Therefore, the legalities of structuring a known donor relationship need to be considered carefully, as state laws on the use of a known donor vary widely. Married opposite-sex couples are generally well-protected by state laws regarding the use of a known donor against any claim of legal parentage by the donor, if they carefully follow the wording in their state's statutes. However, most state laws do not contemplate how a known donor “fits in” with the needs of persons not in a married opposite-sex relationship. Therefore, if you are either single, a same-sex couple, or an unmarried opposite-sex couple, you have to take special care to learn the sperm donor laws in your state. (Even then, a court could potentially find that the “best interests of the child” override the existing state statute.) The first step, of course, is for the parties to a known donor arrangement to determine exactly what the role of the known sperm donor will be – both in terms of the amount of contact with their child, as well as the legal standing (or lack thereof) that the donor will have to the child. Once this role has been agreed upon, then the parties can determine how the laws in their state have been interpreted for people seeking a similar situation. For example, if you are a woman considering a known donor, do you want a potential “father figure” for your child with some

A partir do conteúdo observado no *family by design*, pode-se inferir que a relação entre contrato e família sempre foi importante para o Direito. Leciona Roppo

regular contact with the child who shares a role in raising the child? Or are you looking for a known donor who has no visitation rights to the child and is insulated from financial responsibility? Or perhaps you want something in between? If you are a man thinking about becoming a known sperm donor but who want to be the child's legal father with all of its rights and responsibilities, then you should consult your state's laws on the legal rights of known donors. If you are not married to the mother and don't live in one of the few states with laws that cover the unmarried, then the birth mother and the father should sign a voluntary acknowledgment of paternity or paternity declaration which is available in all 50 states if they wish to protect the father's legal rights. On the other hand, if the donor does not wish to be considered a legal parent, then the laws of your state should be consulted to understand the circumstances under which a donor's legal rights and responsibilities are extinguished. Assuming that both the donor and the recipient have the same outcome in mind in relation to the donor's legal relationship to the child (and the ensuing rights and responsibilities), then it is imperative that you both follow your state's statutes and cases exactly to achieve the results you want. Otherwise, unanticipated troubles can ensue. For example, if one does not comply with the exact wording of a statute, a known donor could later be able to exercise rights and be held responsible for support even if that was not the intention of the parties. Here are some important factors which may affect the legal status of the donor:

- The legal position of the known donor may depend on whether the insemination was done under the supervision of a physician. In some states, if the physician acts as "intermediary" in the child's conception, this will eliminate the donor's legal position as a parent. Check your state statute.
- Using sexual intercourse as the means of creating the child has definite consequences. In this case, the donor's rights cannot be erased through a written contract. Generally, when intercourse was the method for conception, the male will be considered the father unless his rights are terminated by a court. However, a court may be unwilling to free the male from his legal duty as a father when the only other parent is a single mother.
- Some state laws address the use of artificial insemination, but do not address other forms of assisted reproductive technology (ART). Since other types of ART are not covered, the legal positions of couples using these techniques are ambiguous. Eight states (AL, DE, NM, ND, TX, UT, WA, WY) currently have laws that cover all types of assisted reproduction technology; four of them (DE, NM, ND, WY) cover unmarried as well as married couples.
- If a conflict around legal position of the known donor ends up in court, one factor a judge may consider is the amount of post-birth contact between the sperm donor and the child, with the permission and encouragement of the mother. For example, in Colorado a court ignored its state statute extinguishing a sperm donor's parental rights in a case where the sperm donor had frequent contact with the child in accordance with the unmarried parties' pre-conception intention. In a California case with similar facts, a court ruled that the father's rights were terminated because the parties faithfully followed the state statute.
- Some courts have looked to the parties' intent when determining legal parentage, making marriage and statutes irrelevant. In other states, a known sperm donor can be found to be a parent even if such a finding is contrary to the intention of the parents and a written agreement to that effect.
- If you are considering using "fresh" sperm from a known donor, the Food and Drug Administration requires that the sperm donor must undergo expensive testing prior to donating his sperm for insemination. If you fail to abide by FDA regulations, civil penalties can be imposed. Testing includes a medical examination as well as blood and urine analysis, which can cost up to \$800. With each donation, new testing is required. One strategy to cost-control could be to obtain a large donation and freeze the excess specimens in order to avoid the need for repeated retesting and to ensure that the donor's sperm is available for additional children in the future. Finally, just like co-parents should draft a co-parenting agreement to put their intentions in writing, the known donor and the sperm recipient should put their intentions together in a "donor agreement". See our article on donor agreements for more information. In summary, you should spend some time deciding whether to select (or deciding to be) an unknown donor, a known donor, or a "true" co-parent. Contemplate how you will feel about the difference between known and unknown donors and how it might affect your child. Learn about the relevant laws in your state and whether there have been any cases decided about people in similar circumstances. You should also put your intent in writing through a donor agreement; while courts may vary in how much deference they give to this type of written document, it is a very useful tool for promoting open discussion of each party's goals and expectations. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). Disponível em: Disponível em: <http://www.familybydesign.com/content/learn/legal/known-sperm-donor/>. Acesso em 03 jan. 2017.

que, no passado, enquanto a família conservava traços consistentes do seu antigo papel de organização político-econômica e constituía uma comunidade ordenada hierarquicamente dentro da qual os membros deveriam sacrificar a sua autonomia e iniciativas individuais à autoridade de um chefe familiar, o *status* familiar constituía um obstáculo objetivo à liberdade contratual dos sujeitos, com o intento de regular, pelo contrato, a esfera das suas relações pessoais e patrimoniais.¹⁴⁵

Da análise até aqui formulada, é possível se compreender que no modelo tradicional do contrato, não há como se enquadrar o modelo da co-parentalidade, uma vez que embora se observe a necessidade de cumprimento da avença entre os futuros co-pais (força obrigatória dos contratos), que poderão acordar diferentes aspectos que envolvem a filiação e parentalidade do filho plasmado pela internet (autonomia da vontade), não se pode conceber que este tipo de contrato, cujas tratativas são efetuadas virtualmente, afetem apenas as partes contratantes, pois há o envolvimento de terceiras pessoas definidas (médicos, por exemplo), mas a escolha do sujeito se dá em uma infinidade cuja complexidade não se pode mensurar (relatividade dos efeitos do contrato). Além disso, o objeto deste contrato (conceber uma parceria de co-parentalidade) não visa ao conceito clássico de circulação de coisas em que se assentou a tradição civil do século XIX.

Destarte, não podendo se enquadrar no conceito clássico de contrato formulado pelo Direito Privado dos séculos XVIII e XIX, importa perquirir se os acordos de co-parentalidade poderiam estar albergados pelas noções tradicionais que envolvem a definição de família no Direito Civil brasileiro.

2.3 A família *pacta sunt servanda* na incursão oitocentista do Código Civil de 1916 enquanto estirpe de um modelo (in)questionável

Como visto no ponto anterior, o modelo *by design* enfrenta dificuldades para se enquadrar no modelo tradicional de contrato. Deve-se, analisar, ainda, a sua incursão dentro do conceito clássico de família e a sua influência no processo de codificação brasileiro, para verificar a sua possibilidade de enquadramento em algum modelo existente.

¹⁴⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 70.

Atribui-se ao termo família a etimologia *familia*, *familiae*, a partir dos vocábulos *famelia* e *famulus*, que indica coletividade.¹⁴⁶ Segundo Burguière e outros, o emprego do termo família é tão cotidiano na linguagem falada e o seu uso é tão corrente em escritos eruditos ou populares que não resulta nada fácil enumerar todas as suas acepções. Essa polissemia reflete, sem dúvida, as variações históricas da instituição que denomina. O substantivo família é de origem latina, tendo aparecido em Roma como um derivado de *famulus* (servidor), porém, não se aplica ao que normalmente se entende por esta terminologia.¹⁴⁷ Como refletem os autores, sem família, não haveria sociedade, tampouco haveria família se não existisse uma sociedade. A família existe para que a sociedade exista, se a sociedade existe é porque a família apareceu em algum momento sobre o qual nunca se saberá nada.¹⁴⁸

Engels concebe que, em sua origem, a palavra família não significa o ideal, uma mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas. A princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e a família é o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem. Discorre que nos tempos de Gaio, a família *id est patrimonium* (isto é, herança) era transmitida por testamento.¹⁴⁹ Essa expressão foi inventada pelos romanos para organizar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder sua mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano.

Segundo Ingoldsby e Smith, o registro histórico fornece muito mais informações sobre o que as pessoas foram ensinadas muito mais acerca do comportamento familiar adequado, do que sobre o que realmente as pessoas faziam. Também, a história concede mais informações sobre os ricos e poderosos do que sobre as pessoas comuns. O confronto entre as normas e o comportamento

¹⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

¹⁴⁷ BURGUIÈRE, André. KLAPISCH-ZUBER, Christiane. SEGALEN, Martine ZONABEND, Françoise. **Historia de la familia 1: mundos lejanos, mundos antiguos**. Madrid: Alianza Editorial, 1988. p.17. Segundo estes autores, familia debió designar el conjunto de los esclavos y servidores que vivían bajo um mismo techo, después, la casa en su totalidad: por una parte el señor, y, por otra, la mujer, los hijos y los criados que vivían bajo su dominación. Por extensión de su sentido, familia vino a designar a los agnati y cognati y se convirtió em sinónimo de gens, al menos en la lengua corriente.

¹⁴⁸ Si la sociedad existe, es porque la familia apareció en algún momento sobre el cual nunca sabremos nada. (Tradução para língua portuguesa livre do autor). IN: BURGUIÈRE, André. KLAPISCH-ZUBER, Christiane. SEGALEN, Martine ZONABEND, Françoise. **Historia de la familia 1: mundos lejanos, mundos antiguos**. Madrid: Alianza Editorial, 1988. p.76.

¹⁴⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002. p.58.

real pode ser espinhoso, mas se pode supor que exista alguma correlação entre o que está escrito e o que era praticado.¹⁵⁰ Segundo as autoras em análise, a sociedade do Antigo Testamento foi claramente patriarcal. As esposas eram esperadas para serem submissas aos seus maridos, e foram muitas vezes vistas nada mais como uma propriedade. Por exemplo, nos Dez Mandamentos do Livro de Êxodo, capítulo 20, as esposas são listados como *outra propriedade doméstica*, como algo que não deve ser cobiçada por outro.¹⁵¹

Ademais, os casamentos eram assuntos simples, dispostos entre as famílias. A menina pertencia ao seu pai até que ela fosse vendida para o marido. Normalmente, os noivados eram organizados mais ou menos na época da puberdade. O amor não era o propósito fundamental do casamento. Era uma responsabilidade esperada por todos, a fim de assegurar a continuação das linhas de família através da fertilidade. O mandamento de multiplicar e encher a Terra era levado a sério, e as famílias grandes eram vistas como um sinal da bênção de Deus.¹⁵²

Também nas questões de reprodução, evidenciavam-se crenças sobre a inferioridade feminina. Os hebreus compartilhavam a tendência quase universal das sociedades primitivas para rotular as mulheres como impuras, devido à menstruação e ao nascimento das crianças, exigindo purificação. O banimento era a pena para o casal que tivesse relações sexuais durante o período menstrual e as mulheres menstruadas eram separadas do resto da comunidade. Ao dar à luz um menino, a mãe era considerada impura por sete dias e passava por um período de purificação

¹⁵⁰ The historical record provides us with much more information on what people were taught as to proper family behavior than it does on what people actually did. It also gives us more information about the wealthy and powerful than it does about the common people. The problem of norms versus actual behavior can be a thorny one, but we can assume that there is some correlation between what is written and what is practiced. (Tradução para língua portuguesa livre do autor). INGOLDSBY, Bron B. SMITH, Suzanna. **Families in multicultural perspective**. London: The Guilford Press, 1995. p.37.

¹⁵¹ The society of the Old Testament Israelites was clearly patriarchal. Wives were expected to be submissive to their husbands, and were often viewed as little more than property. For instance, in the Ten Commandments of Exodus, chapter 20, wives are listed with other domestic property as thing not to be coveted when belonging to one's neighbor. (Tradução para língua portuguesa livre do autor). INGOLDSBY, Bron B. SMITH, Suzanna. **Families in multicultural perspective**. London: The Guilford Press, 1995. p.37.

¹⁵² Marriages were simples affairs, arranged between families. A girl belonged to her father until she was sold (brideprice) to her husband. Typically, betrothals were arranged at about the time of puberty. Although there is evidence of loving husband-wife relationships, love was not the key purpose of marriage. It was a responsibility expected of everyone, in order to ensure the continuation of family lines through childbearing. The commandment to multiply and replenish the earth was taken seriously, and large families were seen as a sign of God's blessing. There was strong endogamous pressure to preserve cultural identity. (Tradução para língua portuguesa livre do autor). INGOLDSBY, Bron B. SMITH, Suzanna. **Families in multicultural perspective**. London: The Guilford Press, 1995. p.37.

duradoura e adicional de trinta e três dias. Se fosse uma menina, o período de purificação era duplicado.

As diferenças nas relações de gênero eram bem aparentes e não apenas na questão da sexualidade. O duplo padrão, onde a atividade sexual é condenado para mulheres, mas aceitável para os homens, parece ter vindo dos hebreus e de outros grupos do Oriente Médio. Apesar de ter sido raramente aplicada, as mulheres poderiam ser condenadas à morte por adultério e sofrer outras penalidades graves pela relação sexual. Os homens não poderiam ter relações sexuais com a mulher de outro homem não porque havia efeito da relação conjugal, mas porque fazê-lo seria uma violação dos direitos de propriedade de outro homem. Os homens eram autorizados a ter tantas esposas e concubinas quantas pudessem sustentar, mas essa era uma restrição sexual limitada aos ricos, e, portanto, foi experimentada por apenas uma pequena minoria.¹⁵³

No que se refere ao estudo da família na Grécia, o primeiro livro de *A política* incluirá a análise aristotélica sobre os conceitos de comunidade e família que influenciaram na determinação da noção de família grega. A noção de família em Aristóteles inicia na noção de cidade, como uma espécie de associação, que tem como objetivo algum bem maior, envolvendo todas as demais: a cidade ou sociedade política.¹⁵⁴ Para o filósofo, deve-se, antes de tudo, unir dois a dois os seres que, como o homem e a mulher, não podem existir um sem o outro devido à reprodução. Esta dupla união do homem com a mulher, do senhor com o escravo, constitui, antes de tudo, a família. A primeira sociedade formada por muitas famílias tendo em vista a utilidade comum é o pequeno povoado, uma espécie de colônia da

¹⁵³ The area of reproduction provides one piece of evidence of beliefs about female inferiority. The Hebrews shared the almost universal tendency of primitive societies to label women as unclean, due to menstruation and child-birth, and to require purification. Banishment was the penalty for a couple's having intercourse during the woman's period, and menstruating women were to separate themselves from the rest of the community. When giving birth a boy, the mother was considered unclean for 7 days and experienced a purification period lasting and additional 33 days. If she had a girl, the purification period was doubled. However, the differential in gender status was nowhere more apparent than in the area of sexuality. The double standard, where sexual activity is condemned for women but acceptable for men, seems to come from the Hebrews and other Middle Eastern groups. Although it was rarely enforced, women could be put to death for adultery and suffer other serious penalties for fornication. Men were not have intercourse with another man's wife not because the effect of the marital relationship but because to do so would be a violation of the other man's property rights and a confusion of blood lines. Men were allowed to have as many wives and concubines as they could support. Sex-ratio constraints limited this practice to the wealthy, and it therefore was experienced by only a small minority. (Tradução para língua portuguesa livre do autor). INGOLDSBY, Bron B. SMITH, Suzanna. **Families in multicultural perspective**. London: The Guilford Press, 1995. p.37-8.

¹⁵⁴ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Nestor Silveira Chaves. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2009. p.13.

família e a sociedade constituída por diversos pequenos povoados forma uma sociedade completa, com todos os meios de abastecer por si, e tendo atingido, por assim dizer, o fim que se propôs.¹⁵⁵

Como se percebe, em Aristóteles há uma divisão da comunidade (*koinonia*), constituída por três elementos: a relação entre o senhor e o escravo, o marido e a esposa e o pai e filhos. Essa comunidade é chamada de *oikia* ou *oikos*, de onde deriva a terminologia família. Aduzem Burguière, Segalen e outros que não há dúvida de que a família na história grega é algo complexo e apelar a Aristóteles oferece uma importante vantagem, pois o filósofo define um objeto, qual seja, a família, delimitando o caráter natural e social do parentesco e situando a família entre o indivíduo e a cidade como um conjunto necessário para o bom funcionamento da sua estrutura política.¹⁵⁶

Vê-se que na filosofia aristotélica, o Estado é uma reunião de famílias em que os elementos da economia doméstica são exatamente os da família, a qual, para ser completa, deve compreender escravos e indivíduos livres, sabendo-se que na família elas são o senhor e o escravo, o marido e a mulher, o pai e os filhos. Há a autoridade do senhor, a autoridade marital e a procriação dos filhos. O homem livre ordena ao escravo, o marido à mulher, o pai ao filho. O escravo é completamente privado da faculdade do querer; a mulher a tem, mas é fraca e a dos filhos é incompleta.¹⁵⁷ Assim, cada família é uma porção do Estado em que cada uma dessas pessoas constitui-se em parte da família.

Trata-se da manutenção de uma estrutura em que o homem e a mulher deveriam se unir para a procriação. A família é, em Aristóteles, uma realidade cuja necessidade e limites não se deve subestimar, e, por tal razão, dedica boa parte de

¹⁵⁵ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Nestor Silveira Chaves. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2009. p.15-6.

¹⁵⁶ BURGUIÈRE, André. KLAPISCH-ZUBER, Christiane. SEGALEN, Martine ZONABEND, Françoise. **Historia de la familia 1**: mundos lejanos, mundos antiguos. Madrid: Alianza Editorial, 1988. p.169. Nas palavras dos autores, la *oikia*, ese conjunto organizado alrededor de la figura de un hombre que es padre, amo de esclavos y marido, no es para Aristóteles un grupo que se haya formado al azar de la vida privada; por el contrario, es una parte de la ciudad. Más precisamente, la polis no está compuestapor individuos singulares, reunidos en un lugar y que comparten una serie de instituciones y leyes; la ciudad-Estado es un agregado de casas. Toda ciudad se compone de familias. Aunque es compleja, ya que está formada por três relaciones diferentes, la *oikia* es verdaderamente la molécula de la comunidad política. Lejos de representar um lugar de pasiones y conductas separadas del carácter social cívico, corresponden a uma comunidade imperfecta, pero estructural e históricamente indispensable. No hay ciudad sin familia: ni en el tiempo ni en la lógica de lo social. Efectivamente, el hombre es un animal destinado a vivir em una ciudad, pero este destino solo se lleva a cabo mediante la familia.

¹⁵⁷ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2009. p.35.

seu Livro I em *A política* para retratar uma grande quantidade de informações sobre a família como algo natural, nuclear que se define em relação a uma espécie de residência, com a mulher, filhos, escravos e animais. A família é uma etapa necessária para a incorporação do indivíduo à cidade. Eis, portanto, que a comunidade doméstica é o objeto essencial da cidade; a família e a autoridade paterna desempenham um papel jurídico real para a integração do indivíduo ao conjunto de cidadãos. A família é um núcleo dotado de autonomia formada por um casal, seus filhos e escravos, estes considerados como meros instrumentos ou ferramentas.

Os pensadores gregos não hesitaram em especular sobre a vida familiar adequada. Platão, por exemplo, sentiu que a posse comum de mulheres, para as classes altas, pelo menos, seria melhor do que a monogamia, e que crianças fracas deviam ser autorizadas a morrer expostas. Os homens gregos estavam interessados em qualidades intelectuais e não enxergavam as mulheres como seres racionais. Em Atenas, a posição de uma mulher era muito humilde: ela não foi educada e não podia sair de casa sem a permissão do marido. Há evidências consideráveis de que os homens consideravam as mulheres como inferiores a eles.

O duplo padrão de gênero era bastante exagerado para os gregos. Para os homens, o ideal social parecia ser a expressão plena de sua sensualidade com um mínimo de restrições, enquanto que para as mulheres o adultério era um ato criminoso, motivo para o divórcio e justificativa para ser condenada à morte. Uma mulher poderia processar o marido para o divórcio, mas somente com o seu consentimento, ou se houvesse alguma situação de crueldade, violência.

Finalmente, a opinião das mulheres gregas era tão insignificante, que isso contribuiu para a aprovação cultural da homossexualidade. A incidência real é desconhecida, mas ilustrações domésticas retratavam relações homossexuais, sendo que os escritores gregos estavam abertos ao assunto. Os homens se voltaram para outros, a fim de obter apoio emocional e intelectual e essa interação frequente e dependência são creditados como responsáveis por essa cultura. Na verdade, a homossexualidade não parece ter sido visto como anormal nem pelos antigos gregos ou romanos.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Now-famous Greek thinkers did not hesitate to speculate on proper family life. Plato, for instance, felt that common possession of wives, for the upper classes at least, would be better than monogamy, and that weak children should be allowed to die by exposure. Greek men were interested in

A busca pelo conceito de família igualmente se dá através da tradição romana, marcada por ritos e crenças que influenciaram o modo de constituição da família. Fustel de Coulanges, ao descrever o modelo antigo de família, relata que esta se reúne cada manhã, para dirigir ao fogo sagrado suas preces; e cada noite, para invocá-lo uma vez mais. Durante o dia, a família reúne-se ainda ao seu redor para as refeições, que dividem piedosamente depois da prece e da libação. Em todos esses atos religiosos, canta em comum os hinos que seus pais lhe ensinaram. Fora da casa, bem perto, no campo vizinho, há um túmulo, que se constitui na segunda morada da família. Coulanges informa que, nesta segunda morada, repousam em comum várias gerações de antepassados; a morte não os separou. Nessa segunda existência permanecem juntos, e continuam a formar uma família indissolúvel. Entre a parte viva e a parte morta da família não há senão essa distância que separa a casa do túmulo. Em determinados dias, há ofertas de banquetes e “em troca dessas ofertas pedem-lhes proteção, chamam-nos de deuses, e pedem para que tornem seus campos férteis, a casa próspera e os corações virtuosos.”¹⁵⁹

Destaca-se, ainda, que a origem da família antiga não está apenas na geração, o que se observa, por exemplo, pelo fato de a irmã não ser na família o mesmo que o irmão; também o filho emancipado ou a filha casada deixam de fazer parte da família por completo; enfim, muitas disposições importantes nas leis gregas e romanas, que se terá oportunidade de examinar mais adiante, induzem a pensar assim. Para Coulanges, o princípio da família não é o afeto natural, porque o direito grego e o direito romano não dão importância alguma a esse sentimento. Ele pode

intellectual qualities and did not see women as rational. In Athens, a wife's position was quite menial: she was not educated and could not leave the house without her husband's permission. There is considerable evidence that men considered women to be inferior to them. [...] The double standard was quite exaggerated under the Greeks. For men, the social ideal seemed to be the full expression of sensuality with a minimum of restraints, whereas for women adultery was a criminal act, grounds for divorce and justification for being put to death. A woman could sue her husband for divorce, but only with his consent, or if she could prove cruelty. [...] Finally, the opinion of Greek women was so low that it formed part of the cultural approval of homosexuality. The actual incidence is unknown, but household illustrations portrayed homosexual relations, and Greek writers were open the subject. Men turned to each other for intellectual and emotional support and this frequent interaction and dependence are believed by some to be responsible. Actually, homosexuality does not seem to have been seen as abnormal by either the ancient Greeks or the Romans. (Tradução para língua portuguesa livre do autor). INGOLDSBY, Bron B. SMITH, Suzanna. **Families in multicultural perspective**. London: The Guilford Press, 1995. p.40.

¹⁵⁹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Fernando de Aguiar. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.35.

existir no fundo dos corações, mas nada representa em direito. O pai poderia amar a filha, mas não poderia legar-lhe os bens.¹⁶⁰

Esclarece José Carlos Moreira Alves que, no Direito Romano, a família deve ser analisada levando-se em consideração cinco vertentes: a) a *gens*, cujos membros se denominavam *gentiles*, que julgavam descender de um antepassado comum, lendário e imemorável, do qual recebiam o nome gentílico, que os unia; b) a família *comuni iure*, como um conjunto de pessoas que ligadas por um parentesco agnático, ou seja aquele transmitido por um homem, estariam sujeitas à *potestas* de um *pater familias* comum, se fosse vivo; c) conjunto de cognados em sentido estrito, aqueles que não sendo agnados uns aos outros, estavam ligados pelo parentesco consanguíneo; d) a família *proprio iure*, caracterizada pelo complexo de pessoas que se encontravam sob a *potestas* de um *pater familias*; e) a família natural, constituída como um agrupamento dos cônjuges e de seus filhos, independentemente de ser o marido e pai *pater familias* da mulher e dos seus descendentes imediatos. Para o

¹⁶⁰ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Fernando de Aguiar. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.36-7. Segundo Fustel, as leis da sucessão, isto é, as que entre todas as outras atestam mais fielmente as idéias que os homens tinham da família, estão em contradição flagrante, quer com a ordem de nascimento, quer com o afeto natural entre os membros de uma família. Os historiadores do direito romano, tendo justamente notado que nem o afeto, nem o parentesco eram o fundamento da família romana, julgaram que tal fundamento devia residir no poder do pai ou do marido. Fazem deste poder uma espécie de instituição primordial, mas não explicam como se formou, a não ser pela superioridade de força do marido sobre a mulher, ou do pai sobre os filhos. Os historiadores do direito romano, tendo justamente notado que nem o afeto, nem o parentesco eram o fundamento da família romana, julgaram que tal fundamento devia residir no poder do pai ou do marido. Fazem desse poder uma espécie de instituição primordial, mas não explicam como se formou, a não ser pela superioridade de força do marido sobre a mulher, ou do pai sobre os filhos. Ora, é grave erro colocar a força como origem do direito. Aliás, mais adiante veremos que a autoridade paterna ou marital, longe de ter sido causa primeira, foi também efeito: originou-se da religião, e foi por ela estabelecida. Não é, portanto, o princípio que constituiu a família. O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural. Assim, veremos mais adiante que a mulher será realmente levada em conta quando for iniciada no culto, com a cerimônia sagrada do casamento; o filho não será mais considerado pela família se renunciar ao culto, ou for emancipado; o filho adotivo, pelo contrário, será considerado filho verdadeiro, porque, se não possui vínculos de sangue, tem algo melhor, que é a comunhão do culto; o legatário que se negar a adotar o culto dessa família não terá direito à sucessão; enfim, o parentesco e o direito à herança serão regulamentados, não pelo nascimento, mas pelos direitos de participação no culto, de acordo com o que a religião estabeleceu. Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras, resultando daí que a família antiga recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituída baseando-se apenas nos sentimentos naturais dos homens.

Direito Romano, interessará, em especial, o estudo da família *proprio iure* e a família natural.¹⁶¹

A família no Direito pré-clássico caracterizava-se por ser rigidamente patriarcal e por constituir um agrupamento com relativa autonomia em face do Estado, em que os antepassados julgavam que o lar doméstico era uma pequena república. O Estado não interfere nas questões da família, as quais eram decididas de forma soberana pelo *pater familias*. Na família romana, distinguiam-se duas categorias de pessoas: o *pater familias*, como chefe absoluto, que é aquele que não tem, na linha masculina, ascendente vivo a que esteja sujeito e os *filii familias*, pessoas subordinadas ao *pater*, que correspondem à esposa e seus descendentes.¹⁶² Já no Direito clássico, a evolução da família decorre, principalmente, da atuação do pretor, dos imperadores e jurisconsultos., observando-se a decadência da família *proprio iure*, a importância progressiva da família natural e a regulamentação das relações de família.¹⁶³ Por fim, no Direito pós-clássico e justiniano, verificou-se, em síntese, dois fatos de relevância para o estudo da evolução da família: o trunfo do parentesco cognatício sobre agnatício e o princípio de que aquilo que o filho ou filha adquirem o fazem para si.¹⁶⁴

É certo que a família do Direito Romano foi influenciada por laços religiosos, O que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física, era a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião fazia com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural em que o filho não será mais considerado pela família se renunciar ao culto, ou for emancipado; o filho adotivo, pelo contrário, será considerado filho verdadeiro, porque, se não possui vínculos de sangue, tem algo melhor, que é a comunhão do culto. Como aduz Coulanges, sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras, resultando daí que a família antiga

¹⁶¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.602.

¹⁶² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.605.

¹⁶³ Moreira Alves ainda arrola que nesse período a mulher continua vinculada ao seu *pater familias* de origem, passam-se a admitir obrigações recíprocas entre marido e mulher e a mãe liga-se por laços mais estreitos com os seus filhos. Nesse período, ainda houve a criação da sucessão hereditária civil entre mãe e filho e dá-se à mãe, quando o pai ou tutor possuía má conduta, a guarda de seus filhos. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.607.

¹⁶⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.609.

recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituída baseando-se apenas nos sentimentos naturais.¹⁶⁵

Em comum, percebe-se que as famílias gregas e romanas reconheceram ao pai o poder ilimitado que a religião o dera. O pai é o chefe supremo da religião doméstica, determinando todas as cerimônias do culto e ninguém na família lhe nega essa superioridade. Além disso, ao pai era reservado o direito de reconhecer o filho ao nascer ou de o rejeitar, assim como poderia rejeitar a mulher em casos de esterilidade ou em casos de adultério, uma vez que era preciso que a família não se extinguisse, tampouco se tornasse impura. Ao *pater* era concedido o direito de casar a filha, cedendo a outro o poder que detinha sobre ela, assim como o direito de casar o filho, para perpetuidade da família.

A primeira instituição que a religião doméstica estabeleceu foi, na verdade, o casamento. O casamento era um ato sério para a mulher, e não o era menos para o esposo, porque a religião exigia que se nascesse junto ao fogo sagrado para ter-se o direito de oferecer-lhe sacrifícios. E, no entanto, o rapaz vai introduzir em seu lar uma estranha; em sua companhia, oficiará as cerimônias misteriosas do culto, revelando-lhe ritos e fórmulas, que constituem patrimônio de família.

O casamento era a cerimônia sagrada que deveria produzir esses grandes efeitos. Os escritores latinos e gregos têm o hábito de designar o casamento por palavras que indicam ato religioso. Na civilização romana, destacam os juristas da Antiguidade, que a ligação entre o casamento e a família era muito próxima. Ao contrário de usos comuns nos tempos antigos, o direito romano reduz a formação do

¹⁶⁵ Para Fustel de Coulanges, uma família compõe-se de um pai, uma mãe, de filhos, de escravos. Este grupo, por muito reduzido que seja deve ter a sua disciplina. A quem competirá a autoridade principal? Ao pai? Não. Porque existe em todas as casas algo de superior ao próprio pai: a religião doméstica, o deus chamado pelos gregos senhor do lar e que os latinos conhecem por *Lar familiae Pater*. Nessa divindade interior, ou, o que vem a dar no mesmo, na crença existente na alma humana, reside a autoridade menos discutível. É essa crença que indica na família a condição de cada um. O pai é o primeiro junto ao lar; é ele que o acende e conserva; é o seu pontífice. Em todos os atos religiosos desempenha a função mais elevada; degola a vítima; a sua boca pronuncia a fórmula da oração que deve chamar sobre si e os seus a proteção dos deuses. A família e o culto perpetuam-se por seu intermédio; só o pai representa a cadeia dos descendentes. No pai se funda o culto doméstico, quase pode dizer como o hindu: eu é que sou o Deus. Quando a morte chegar, o pai será um divino que os seus descendentes invocarão. O direito grego, o direito romano e o direito hindu concordam ao reputar a mulher sempre como menor. A mulher nunca pode ter um lar para si, nunca poderá ser chefe do culto. Em Roma, recebe o título de *materfamilias*, mas perde-o quando seu marido morre. Não tendo lar que lhe pertença, nada possui que lhe dê autoridade na casa. Nunca manda; não é livre, nem senhora de si própria, *sui iuris*. Está sempre junto do lar de outrem, repetindo a oração deste; para todos os atos da vida religiosa a mulher precisa de um chefe, e para todos os atos de sua vida civil necessita de um tutor. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Fernando de Aguiar. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.85-7.

vínculo matrimonial em um ato simples e breve. Esta originalidade do direito romano será adotada pelo Direito Canônico. Para os juristas romanos, o casamento é legítimo se for consensual. Apenas o consentimento que forma o casamento e não a coabitação ou união sexual (embora na família antiga seja necessária a união sexual no casamento para a perpetuação da espécie). Nenhuma forma era necessária para formular e dar o seu consentimento matrimonial.

A finalidade do consentimento é dupla: a vontade de entrar em um casamento em conformidade com os requisitos da lei: deve existir entre o *conubium*. Isso inclui os requisitos de idade, condições de liberdade, condições de igualdade social e da inexistência de parentesco próximo. O desejo de respeitar uns aos outros e a *affectio maritalis* isto é, o consentimento para o casamento. O resultado disso é a proibição de manter um casamento paralelo¹⁶⁶

A família Romana incluía todos sob a autoridade do chefe masculino da família, ou *paterfamilia*: normalmente, a esposa do homem, as filhas solteiras, filhos, e seus cônjuges. Todos na linha masculina estavam sob o controle do *paterfamilia* até que a pessoa morresse, momento em que cada filho casado adulto poderia começar sua própria família.

Nas famílias de classe alta, a família da menina oferece um dote, que se tornava propriedade do marido, ou do seu *paterfamilia*. Já os casamentos de classe baixa eram muitas vezes sem cerimônia ou testemunhas oficiais e a convivência do casal era reconhecida como uma união estável. No século II a.C, Roma e Cartago estavam envolvidos em uma longa série de guerras com o outro. Grandes guerras muitas vezes servem como um ponto de viragem para os costumes sociais e as guerras púnicas são, talvez, o melhor exemplo histórico de como a guerra pode melhorar a condição das mulheres. Como os homens estavam longe de casa, de

¹⁶⁶ Dans la civilisation romaine, la plus juriste de l'Antiquité, le lien entre mariage et famille est très étroit. Contrairement aux usages courants dans l'Antiquité qui échelonnent la formation du lien conjugal sur une longue période et qui multiplient les gestes concourant à l'union, le droit romain réduit la formation du lien conjugal à un acte simple et bref. Cette originalité du droit romain sera adoptée par le droit canonique. Pour les juristes romains, le mariage est légitime s'il est consensuel. C'est uniquement le consentement qui fait le mariage, consentement des époux et du pater familias et non la cohabitation ou l'union sexuelle. Aucune forme n'est requise pour formuler et donner le consentement matrimonial. L'objet du consentement est double: la volonté de conclure un mariage conforme aux exigences du droit: il faut qu'il existe entre les deux époux le *conubium*. Cela recouvre des conditions d'âge, des conditions de liberté, des conditions d'égalité sociale et l'inexistence de liens de parenté proche. La volonté de respecter l'un à l'égard de l'autre et l'*affectio maritalis* c'est-à-dire le consentement au mariage. La conséquence est l'interdiction de mener une vie conjugale parallèle. On touche ici du doigt les conséquences du caractère purement consensuel du mariage. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). RENAUT, Marie-Hélène. **Histoire du droit de la famille**. 2. ed. Paris: Ellipses, 2012. p. 22-3.

vez em quando, por anos, em algum momento, as suas esposas assumiram muitas das necessidades e responsabilidades domésticas.

As mulheres romanas já estavam em melhor situação do que gregas em que os homens controlavam sem restrição a família e as crianças. Depois da guerra, tornaram-se mais independentes. Em muitos casamentos, por exemplo, a esposa permaneceu sob a autoridade de seu pai, em vez de ser transferido o controle ao seu marido e as filhas foram capazes de ganhar alguma liberdade e riqueza.

Para resumir, até as guerras púnicas, a família romana era o centro religioso, educacional, econômico e jurídico da sociedade. O pai exercia considerável controle sobre as vidas de todos os membros da família. Este poder foi gradualmente reduzido, especialmente depois da guerra com Cartago. Muitos jovens deixam de considerar o casamento como uma obrigação e assumem mais o controle pessoal sobre este processo. O estatuto jurídico e social das mulheres e crianças melhorou, o que motivou que alguns homens enxergassem essas tendências com certa atenção, atribuindo-se a uma degeneração moral essas mudanças.¹⁶⁷

As características do patriarcalismo romano, muito influenciaram a caracterização da família que se conhece no Código Napoleônico de 1804, pois constituiu um dote ao bom pai de família, ao indivíduo dotado de razão, o homem

¹⁶⁷ The Roman familia, or household, included everyone under the authority of the male head of the family, or paterfamilia: typically, the man's wife, unmarried daughters, sons, and their spouses and children. Everyone in the male line was under the control of the paterfamilia until that person died, at which time each adult married male could start his own household. In upper-class families, the girl's family provided a dowry, which became the property of the husband, or of his paterfamilia. Lower-class weddings were often without ceremony or official witnesses, and the couple's cohabitation was recognized as a common-law marriage. This validation of the private decision of the couple continues in many parts of the world today. Upper-class serimonies included a contract and a procession. In the second century B.C., Rome and Carthage were engaged in a long series of wars with each other. Major wars often serve as a turning point for societal customs, and the Punic wars are perhaps the best historical example of how war can enhance the status of women. As the men were away from home, on occasion for years at a time, their wives of necessity took over many of the household responsibilities. Roman women were already better off than their Greek counterparts in that they were not confined to family quarters and they controlled childrearing to a certain degree. After the war, they became more independent. In many marriages, for instance, a wife remained under her father's authority, instead of being transferred the control of her husband. Because the fathers rarely exercised power over these adult daughters, the daughters were able to gain some freedom and wealth. To summarize, until the Punic wars, the Roman household was the religious, educational, economic, and legal center of society. The father exercised considerable control over the lives of all family members. This power was gradually reduced, especially after the was with Carthage. Many young people cease to regard marriage as an obligation and assumed more personal control over the process. The legal and social status of both women and children improved. Men tended to view these trends with alarm and attributed moral degeneracy to these changes. (Tradução para língua portuguesa livre do autor). INGOLDSBY, Bron B. SMITH, Suzanna. **Families in multicultural perspective**. London: The Guilford Press, 1995. p. 41-2.

que faz livremente os seus negócios e junta uma fortuna destinada à família.¹⁶⁸ Os princípios fundamentais do Código são a família monocrática, a propriedade individual, a autonomia da vontade individual e a responsabilidade individual. Tratava-se de um Código individualista tal qual se observara no Direito Romano clássico e liberal, pois considerava o indivíduo como livre para agir à sua vontade, sem constrangimento de grupos sociais.

Gilissen aduz que o bom pai de família reina sobre a sua família, uma pequena família, em comparação ao *paterfamilias* romano, porém considerando o pai como senhor e dono da sua esposa e dos seus filhos menores, tendo a gestão e gozo dos bens. Na época do *Code*, o pai de família é bom se se torna proprietário e deixa bens aos filhos. Tanto é assim que várias partes do *Code* foram destinadas à propriedade, concebida como a de um indivíduo e não em relação à coletividade, em que o proprietário poderia fazer dela o que bem lhe parecesse. Já a autonomia da vontade era a base de todos os contratos, em que cada homem compromete-se livremente e nos limites daquilo que é expressa e livremente combinado.¹⁶⁹

Rejeitando a organização da família do Antigo Regime considerado falho pelo despotismo religioso e patriarcal, a Revolução de 1789 transformou profundamente o Direito de Família, aplicando-lhe os princípios da laicidade, liberdade e igualdade. Além disso, a Revolução atingiu a unidade jurídica da França, colocando como princípio simples e incontestável que a lei deve ser a mesma para todos seja a que protege ou a que pune. Todo o Direito de Família deveria ser reduzido à unidade, sendo parte de um código leis civis comuns a todos.

O Direito de Família inscrito no Código Civil é um compromisso entre o velho modelo anterior a 1789 e o modelo revolucionário. Através do espírito do Código Civil, que reflete as ideias do momento, sobrevivem os princípios de 1789, como a laicidade, o individualismo, juntamente com os princípios da velha França, como a autoridade do marido sobre sua esposa e do pai sobre seus filhos. Esta crença, amplamente compartilhada no início do século XIX, das ligações entre a autoridade doméstica e a estabilidade política, em grande parte explica a manutenção, até a

¹⁶⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução: A.M. Hespanha. L.M.Macaísta Malheiros. 7.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013. p.536.

¹⁶⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução: A.M. Hespanha. L.M.Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013. p.537.

décade de 1880, da maioria das regras do Direito de Família promulgadas em 1804.¹⁷⁰

Ao efetuar uma análise mais detalhada acerca da influência do Código de 1804 nas relações familiares, Romuald Szramkiewicz aduz que o Código não foi a expressão da vontade popular. Petições, panfletos, debates públicos, tudo isso estava acabado; o código era realmente uma lei elaborada por uma elite, em que discussões foram realizadas em círculos fechados e que os representantes do país tiveram que obedecer. Considerada em suas linhas gerais sobre a família, o código apareceu construído sobre uma série de princípios gerais: a laicidade, o individualismo, autoridade, unidade da família, a qual se pode adicionar a proteção da sexualidade masculina.¹⁷¹

Dentre os princípios de 1789, o Código mantém a liberdade das consciências individuais. O Estado colocado como independente da Igreja e o resto. Ao separar lei e religião, a secularização da lei é preservada. No que pertine ao individualismo, este princípio, herdado da filosofia do século XVIII é muito presente no código, sendo mais visível também no direito dos contratos e no da família. O homem é concebido como um indivíduo racional, livre para escolher, para escolher ou não se envolver, mas, neste último caso, a partir do momento que ele escolheu fazer, é levado a arcar com as consequências de seu ato.

¹⁷⁰ Rejetant l'organisation de la famille d'Ancien Régime considérée comme viciée par le despotisme religieux et patriarcal, la Révolution de 1789 transforme en profondeur le droit de la famille, lui appliquant les principes de laïcité, liberté, égalité, nature. Par ailleurs, la Révolution réalise l'unité juridique de la France en posant comme principe simple et incontestable que la loi doit être la même pour tous soit qu'elle protège soit qu'elle punisse. Tout le droit de la famille doit être réduit à l'unité et il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume. Le droit familial inscrit dans le Code civil est un compromis entre le vieux modèle d'avant 1789 et le modèle révolutionnaire. À travers l'esprit du Code civil qui reflète les idées du moment, survivent les principes de 1789, tels la laïcité, l'individualisme qui côtoient des principes de l'Ancienne France, telle l'autorité du mari et du père sur sa femme et ses enfants, tel l'ordre dans les familles. Cette conviction, largement partagée au début du XIX siècle, des liens entre autorité domestique et stabilité politique explique pour beaucoup le maintien jusqu'aux années 1880 de la majorité des règles du droit familial édictées en 1804. D'autre part, certains traits du mariage tel qu'il se pratiquait dans l'ancien droit sont si profondément ancrés qu'ils persistent tout au long du XIX siècle. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). RENAUT, Marie-Hélène. **Histoire du droit de la famille**. 2. ed. Paris: Ellipses, 2012. p.12.

¹⁷¹ Le Code n'est plus l'expression de la volonté populaire comme avaient pu être bien des lois de la Révolution. Pétitions, pamphlets, discussions publiques, tout ceci est terminé; le Code est vraiment un droit élaboré par une élite. Les discussions ont lieu un cercles clos et les représentants de la nation n'ont qu'à s'incliner. [...] Examiné dans ses lignes générales sur la famille, le Code apparaît construit sur un certain nombre de principes généraux: laïcité, individualisme, autorité, unité de la famille auxquels on peut ajouter celui de protection de la sexualité masculine. (Tradução para língua portuguesa livre do autor). SZRAMKIEWICZ, Romuald. **Histoire du droit français de la famille**. Paris: Dalloz, 1995 p. 92-5 *passim*.

Garantia-se até mesmo o direito de prejudicar sua família, pois o interesse individual muitas vezes superava o da família. Isso nada mais era do que a vinculação estreita e forte do antigo regime, sendo típico deste fenômeno a ausência de um capítulo no Código intitulado *família*, já que a palavra, apenas incidentalmente citada algumas vezes, dizia respeito à extensão da liberdade testamentária, ou à abolição definitiva dos tribunais de família.¹⁷²

No casamento previsto pelo *Code*, ambos os cônjuges são iguais em algumas coisas, mas não são comparáveis em outros. A mulher precisa de proteção, porque é inferior. A regra do homem está implícita pela constituição do seu ser. A obediência da mulher é um tributo ao poder que o protege. Nunca uma lei revolucionária tinha feito tal subordinação, voltando ao antigo Direito Romano em certos costumes. As consequências desta subordinação estendiam-se à vida cotidiana, bem como às questões financeiras. A mulher deveria carregar o nome de casada, viver com o marido e se submeter aos deveres conjugais, até mesmo com coerção. A mulher do Código Napoleônico não possuía a independência econômica.¹⁷³

Em síntese, a família do Código Napoleônico está concebida sob a forma nuclear, isto é, reduzida ao pai, mãe e filhos. É muito raro encontrarmos os avós envolvidos, sendo o seu papel mais baixo do que eles possuem agora. A família era protegida contra alguma intromissão. Assim, também poderiam ser excluídos filhos

¹⁷² Des principes de 1789, le Code garde la liberté des consciences individuelles. L'Etat s'est rendu indépendant de L'Eglise et le reste. On sépare loit et religion, la sécularisation du droit est conservée. Ce principe hérité du XVIII siècle philosophique est très présent dans le Code, plus visible d'ailleurs dans le droit des contrats que dans celui de la famille. L'homme est conçu comme un individu pensant, libre de choisir, de s'engager ou de ne pas s'engager, mais dans ce dernier cas, à partir du moment où il a choisi de le faire, il est pris dans toutes les conséquences de son act. Il est même libre de léser sa famille. Le Code est hostile à tout ce qui pourrait rappeler le lignage. L'intérêt de l'individu l'emporte souvent sur celui du groupe social qu'est la famille. Celle-ci n'est plus la cellule close et forte de l'Ancien Régime à laquelle on devait sacrifier sa vie et qui surveillait étroitement ses membres. Typiques de ce phénomène: l'absence dans le Code de chapitre intitulé "la famille", alors que le mot n'intervient qu'incidemment à quelques reprises, l'extension de la liberté testamentaire par restriction de la réserve à la seule ligne directe, le maintien de l'égalité dans les partages, la suppression définitive des tribunaux de famille. (Tradução para língua portuguesa livre do autor). SZRAMKIEWICZ, Romuald. **Histoire du droit français de la famille**. Paris: Dalloz, 1995 p. 97.

¹⁷³ Dans le mariage, les deux époux sont égaux en certaines choses, ils ne sont pas comparables dans d'autres. La femme a besoin de protection car elle est faible. La prééminence de l'homme est impliquée par la constitution même de son être. L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège. Jamais une loi révolutionnaire n'avait émis une telle subordination, on revenait au droit romain ancien, à certaines coutumes. Les conséquences de cette subordination s'étendaient à la vie quotidienne comme aux rapports pécuniaires. La femme devait porter le nom marital, venir habiter avec son mari, se soumettre aux devoirs conjugaux, contrainte s'il le fallait par la force publique. La femme, dans le Code n'as pas d'indépendance économique. (Tradução para língua portuguesa livre do autor). SZRAMKIEWICZ, Romuald. **Histoire du droit français de la famille**. Paris: Dalloz, 1995 p. 98.

ilegítimos, que teriam direito a alimentos ou outros direitos patrimoniais, mas não poderiam participar da vida familiar.¹⁷⁴

Como leciona Wieacker, o Código de 1804 nasceu da crença jusracionalista na lei.¹⁷⁵ No entanto, a sua estrutura interna e a sua imagem do direito foram promovidas pela grandeza napoleônica, por ter sido obra de uma ação revolucionária. Foi apenas com o *Code Civil* que a igualdade jurídica dos cidadãos, a liberdade da esfera jurídica dos particulares e a liberdade na atuação contratual se tornam axiomas vivos de uma sociedade, ponto em que o Código Napoleônico é considerado um código de direito privado de primeiro plano.

Fundamentado na tradição romana e nos princípios da Igreja Católica, o Direito Civil Português vigorava no Brasil antes do Código de 1916 pelas Ordenações Filipinas, norteadas por regras advindas do Direito Romano e Direito Canônico. Neste período pré-codificação, a família e o trabalho mostravam estreita relação, pois as famílias produziam os bens de que necessitavam, assumindo uma característica de unidade de produção. Tal direito, segundo Gurgel, revelava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, centrada no matrimônio.¹⁷⁶

Os valores patrimoniais da família se sobressaíam na fase do liberalismo econômico, sendo a família matrimonializada, indissolúvel e hierarquizada o símbolo da proteção ao patrimônio acumulado pela burguesia dominante, evitando-se que os bens fosse desviados para outras pessoas que não pertencessem àquela classe econômica. Por tal razão, o marido assumia o poder de direção da família, responsável pela manutenção e aumento do patrimônio produzido por aquela unidade familiar.

Desta forma, o Código Civil de 1916 deu azo a uma família de estrutura hierarquizada, representando, na figura do marido, o papel de chefia da sociedade conjugal, em que exerce os poderes de gerência e direção sobre os interesses da

¹⁷⁴ La famille est déjà sous Napoléon conçue sous la forme nucléaire, c'est-à-dire réduite au père, à la mère, aux enfants. Il est très rare que l'on veuille que les grands-parents interviennent et leur rôle est inférieur à celui qu'ils peuvent avoir maintenant. La famille est protégée contre les intrusions. Ainsi on en exclut les enfants naturels qui peuvent avoir des droits alimentaires ou pécuniaires mais qui ne peuvent participer à la vie familiale, se prévaloir d'une parenté avec d'autre que leur auteur. . (Tradução para língua portuguesa livre do autor). SZRAMKIEWICZ, Romuald. **Histoire du droit français de la famille**. Paris: Dalloz, 1995 p. 99.

¹⁷⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução: A.M. Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. s/d. p. 386.

¹⁷⁶ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2012. p.34.

família.¹⁷⁷ Trata-se de uma atribuição solene dos poderes de comando sobre o casal e a família, consubstanciada no fato de que a mulher casada era incluída no rol dos relativamente incapazes¹⁷⁸, submissa ao poder marital.

Em tal conjuntura, o homem manteve no Código Civil de 1916 a sua posição de patriarca e chefe da família, inspirando-se no modelo liberal proveniente das codificações estrangeiras oitocentistas, como o Código de Napoleão. Por certo, o Código Civil anterior promoveu mudanças no que se refere à autoridade parental, pois já não haveria espaço para a manutenção rígida do poder representado pelo *pater familias* romano, em um contexto social liberal, que se compatibilizava com a ideia de liberdade e autonomia do sujeito. Além disso, o advento da burguesia como classe detentora do poder econômico ratificou que os homens tivessem capacidade para constituírem patrimônio próprio e assim contribuir para a circulação de mercadorias e riquezas produzidas, motivando-se a extinção do pátrio poder com a aquisição da maioridade.

O pátrio poder estabelecido pelo Código Civil de 1916 era exercido de forma subsidiária pela mulher, porquanto tenha sido concebido como um conjunto de direitos outorgados ao pai, seja em relação à vida conjugal, ou aos filhos. A noção de pátrio poder estava atrelada à esfera de direitos subjetivos do pai a serem exercidos sobre a pessoa do filho, como uma faculdade concedida pela lei para determinadas pessoas, sem que houvesse ênfase aos deveres inerentes desse exercício.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Veja-se, nesse sentido, o texto proveniente do artigo 233 do Código Civil de 1916: Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962). Compete-lhe: I - A representação legal da família; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962). II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962). III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962). IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277. IN: BRASIL. **Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Revogado pela Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 03 jan. 2017.

¹⁷⁸ Neste sentido, o artigo 6º, inciso II, do Código Civil de 1916: Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. IN: BRASIL. **Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Revogado pela Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 03 jan. 2017.

¹⁷⁹ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva.** Curitiba: Juruá, 2012. p.37.

Na família codificada de 1916, a estruturação principal se dava pelo casamento, como legitimador do parentesco. Por tal razão, na família clássica diferenciavam-se os filhos em legítimos, como aqueles concebidos no casamento e ilegítimos, concebidos fora do casamento, como, por exemplo, nos casos de filhos espúrios provenientes de adultério. Tal relação familiar caracterizava por um vínculo de perpetuidade, indissolubilidade, aproximando-se da visão sacramental do matrimônio, que pode ser encontrada no Código Canônico, que, no parágrafo primeiro do Cânone 1055, estabelece que o pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados por Cristo Senhor elevado à dignidade do sacramento.¹⁸⁰ Da leitura desta norma infere-se que o casamento é a formação eterna em que homem e mulher se aliam para gerar e educar filhos. Fora desta conclusão, não existe dignidade do sacramento.

De acordo com Simone Tassinari Cardoso, a tradição do Direito Civil codificado elegeu como *standard* de família aquela de caráter transpessoal, hierarquizada e essencialmente matrimonializada, refletindo os valores liberais da Revolução Francesa.¹⁸¹ Neste sentido, o Direito Civil brasileiro de 1916 elegeu como um padrão de família a formação matrimonial, cuja chefia cabia exclusivamente ao homem, sob as influências do Estado Liberal firmado após a Revolução Francesa, desvelando a inspiração ideológica proveniente de um sistema de proteção à liberdade da personalidade autônoma sob o ponto de vista moral.

O Código Civil de 1916, inspirado em tal doutrina individualista e voluntarista, assentou-se no trânsito jurídico, nas titularidades e no projeto parental como baluartes fundamentais. Assim sendo, nas relações de família também o patrimônio se sobrepunha aos aspectos pessoais. O patrimônio familiar representava, a um só tempo, necessidade econômica e afirmação simbólica, garantia da moralidade natural, afinal, a família era célula base da sociedade.¹⁸²

¹⁸⁰ VATICANO. **Código de Direito Canônico**. Promulgado pelo Papa João Paulo II. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf. Acesso em: 03 jan. 2017.

¹⁸¹ CARDOSO, Simone Tassinari. Do contrato parental à socioafetividade. IN: ARONNE, Ricardo. **Estudos de direito civil-constitucional**. v.2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.19.

¹⁸² CARDOSO, Simone Tassinari. Do contrato parental à socioafetividade. IN: ARONNE, Ricardo. **Estudos de direito civil-constitucional**. v.2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.29. Como refere a autora, na radiografia da família francesa dos séculos XIX e XX, passam longe os ideais de realização pessoal tão aclamados na atualidade, pois, em um primeiro momento, verificou-se o poder

No mesmo sentido, o Código Civil de 1916 impregnava-se de determinados preceitos morais, em vista da manutenção patriarcal da família, onde ao marido cabia exercer o papel de chefe da sociedade conjugal, cuja tarefa era administrar os bens particulares da mulher, fixando o domicílio da família, bem como autorizar a profissão da esposa. Ou seja, nada mais do que a elevação do papel do homem na direção da sociedade conjugal.

Neste ordenamento, portanto, o laço que unia o homem e a mulher, apenas, era indissolúvel, extinguindo-se com a morte de um dos cônjuges, e o casamento pautava-se pela comunhão universal de bens. Claro, eis que cabia ao homem o papel de chefiar os bens de toda a família. Ora, a classe aristocrata que dominava a sociedade à época jamais permitiria que a família não fosse constituída senão por objetivos econômicos, a fim de manter os seus interesses. Assim, nenhum espanto causa o Código Civil de 1916 em manter inalterados ditas aspirações, consagrando o casamento como a forma legítima de união entre as pessoas, de sexo oposto, ressalte-se.

Conrado Paulino da Rosa considera que a codificação civilista de 1916 trazia uma espécie de naturalização da família casamentária, afinal, essa era a única via prevista pelo Estado. Tratava-se de uma estrutura moral e social, mais do que sentimental, de modo que o engessamento do modelo familiar serviria como uma espécie de agente de censura, a serviço da grande sociedade, para coibir, represar, dissimular e acomodar sentimentos.¹⁸³ Ainda, Carbonnier, quando refere que a família dos bons velhos tempos aparece como a síntese elegante de várias funções econômicas: produção e consumo unitário, mecanismo de seguro e reservatório de capital.¹⁸⁴

do marido sobre a pessoa da mulher, que lhe devia obediência, quase numa repetição da hierarquia social vigente tida como natural. O vínculo de casamento apresentava-se como a única forma legítima de /88 da família e possuía um caráter instrumental, condicionado a interesse extrínsecos, principalmente do Estado. Através dessa moldura, percebe-se que o espectro da família dos séculos XIX e XX não estava voltado para a realização do ser dentro do próprio grupo. A família preocupava-se com o ter em detrimento do ser, pois ocupava o *status* de átomo da sociedade civil, sendo responsável pelo gerenciamento dos interesses privados, notadamente os patrimonialism, cujo bom andamento era fundamental para o desenvolvimento do Estado. Logo, a fim de assegurar o funcionamento econômico e a transmissão do patrimônio, a função primordial do vínculo familiar era a procriação.

¹⁸³ ROSA, Conrado Paulino da. **Ifamily**: um novo conceito de família? São Paulo: Saraiva, 2013. p.27.

¹⁸⁴ La famille du bon vieux temps nous apparaît comme la synthèse élégante de plusieurs fonctions économiques : à la fois unité de production et de consommation, mécanisme d'assurance et réservoir de capital. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**: pour une sociologie du droit sans rigueur. 10. ed. Paris: L.G.D.J, 2001. p.279.

A família possuía um sentido transpessoal, existindo em função de um interesse superior, sem cumprir nenhum papel em relação ao indivíduo como pessoa. Servindo aos interesses da sociedade, somente poderia se estabelecer pelo contrato de casamento, essencialmente matrimonial e com função procriacional. Como alude Tassinari, a missão biológico-procriadora era um verdadeiro imperativo, proveniente de um duplo fato: de um lado a necessidade de muitos membros para que a família pudesse sobreviver; de outro, o alto índice de mortalidade infantil. A família como rede de pessoas e conjunto de bens era um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico herdado e transmitido, “um fluxo de propriedades que dependia, em primeiro lugar, da lei”.¹⁸⁵ Destarte, tal família existia apenas para cumprir certas atribuições com a sociedade e o Estado.

Destaca Michelle Perrot as características desta família do século XIX: nuclear, heterossexual, monógama e patriarcal. Na junção do público e do privado, esferas grosseiramente equivalentes aos papéis dos sexos, ela deveria assegurar a gestação da sociedade civil e dos interesses particulares. Célula de reprodução, fornecia as crianças, que, por intermédio das mães-professoras, recebiam uma primeira socialização através da exploração rural ou do atelier artesanal, os primeiros aprendizados. A família formava bons cidadãos, patriotas conscientes dos valores de suas tradições ancestrais.¹⁸⁶

Dialogando com tal visão, é a lição de Sérgio Buarque de Holanda, quando ensina que nos domínios rurais é o tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho direito romano-canônico, mantidas na península Ibérica através de inúmeras gerações, que prevalece como base e centro de toda a organização. Dos vários setores da sociedade colonial, foi, sem dúvida, a esfera da vida doméstica aquela onde o princípio de autoridade menos acessível se mostrou às forças corrosivas que de todos os lados o atacavam. Nesse ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para a sua tirania.¹⁸⁷ Legitimando o

¹⁸⁵ CARDOSO, Simone Tassinari. Do contrato parental à socioafetividade. IN: ARONNE, Ricardo. **Estudos de direito civil-constitucional**. v.2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.32.

¹⁸⁶ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. IN: **Veja: 25 anos**: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993. p.77.

¹⁸⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.82. Segundo o autor, o quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. Representando, como já se notou acima, o único setor onde o princípio da autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a

poder do senhorio, o Código Civil de 1916 delimitou a esfera jurídica dos exercícios do poder do pai.

Pode-se dizer, portanto, que o Código de 1916 firmava um tom patrimonialista, onde a realização humana dava-se através da propriedade. Não havia igualdade entre os cônjuges e entre os membros como um todo, afinal, os atuais princípios que vedam, por exemplo, a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos não estavam presentes no contexto social estruturado nesta época. Para além disso, a questão da submissão da mulher ao poder marital é forte característica que demarca da formação da família brasileira do Código Civil de 1916 e que merece especial atenção, mormente porque a mudança na estruturação contemporânea das famílias perpassa pela reconsideração do papel da mulher na direção familiar.

Michelle Perrot, ao explicar a divisão de gênero dentro da família patriarcal destaca que a grandeza da esposa residia justamente na submissão ao pai, e, quando viúva, ao primogênito depositário da residência ancestral.¹⁸⁸ Tal visão não encontra mais espaço em um contexto que se pretenda apresentar como contemporâneo do papel da mulher dentro da relação familiar, mormente marcada pela busca de uma efetiva igualdade entre homens e mulheres.

Cláudia Fonseca reflete que questões como a domesticidade da mulher e a competição entre os homens, bem como outras condutas sexuadas, modificaram-se a partir da década de 1970 com a nova geração da teoria feminista, cujas pesquisadoras passaram a desconstruir a mulher eterna, revendo as perspectivas canônicas que concentravam no corpo biológico a chave da verdade feminina.¹⁸⁹ Assim, para Fonseca, as feministas foram além na desconstrução das bases biológicas da natureza.

A eclosão do movimento feminista, embora tenha se dado nos anos 1970, foi ocasionada por fatores que já se observavam desde a década anterior, especialmente pela situação da mulher no Brasil, em um contexto do processo de modernização pela qual passava o país, colocando em xeque a tradicional

ideia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência, da coesão entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e anitpolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família.

¹⁸⁸ PERROT, Michelle. **História da vida privada**: da revolução francesa à primeira guerra. v.4. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p.98.

¹⁸⁹ FONSECA, Cláudia Lee Williams. **Estudos da ciência na ótica feminista**. Disponível em: <http://www.comciencia.br>. Acesso em: 04 jan. 2017.

hierarquia de gênero. O feminismo militante no Brasil, que começou a aparecer nas ruas, dando visibilidade à questão da mulher, surge, naquele momento, como consequência da resistência das mulheres à ditadura e a contestação às relações de poder entre homem e mulher.

Para Sarti, um dos traços que marca a trajetória particular do feminismo no Brasil diz respeito ao próprio caráter dos movimentos sociais no país, de modo que os movimentos sociais urbanos organizaram-se em bases locais, enraizando-se na experiência cotidiana dos moradores de periferias pobres, dirigindo suas demandas ao Estado promotor do bem-estar social. Esses movimentos, segundo a autora, têm como parâmetro o mundo cotidiano da reprodução, a família, a localidade e suas condições de vida, que caracteriza a forma tradicional de identificação social da mulher. Destarte, as questões propriamente feministas, as que se referiam à identidade de gênero, ganharam espaço quando se consolidou o processo de abertura política no país ao final da década de 1970, sendo que grande parte dos grupos declarou-se abertamente feminista e abriu-se espaço para a reivindicação no plano das políticas públicas, bem como para o aprofundamento da reflexão sobre o lugar social da mulher.¹⁹⁰

Eis que assim surge o enfrentamento de compreender os estudos de gênero como um diálogo crítico, da forma como o conhecimento dessa teoria foi institucionalizado na prática, marcada por discursos muitas vezes discriminatórios. Quiçá por tal necessidade de compreensão é que Linda Nicholson afirme ser a palavra gênero estranha ao feminismo, pois, na verdade, ela é usada de duas maneiras diferentes e até certo ponto contraditórias.¹⁹¹ Explica a autora em referência, assim, que, de um lado, o gênero foi desenvolvido em oposição ao sexo, para descrever o que é socialmente constituído, em relação ao que é biologicamente dado. Logo, gênero é pensado como uma típica referência à personalidade e comportamento e não ao corpo. Por outro lado, a palavra gênero tem sido cada vez mais utilizada como referência a qualquer construção social que signifique a

¹⁹⁰ SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. In: **Revista de estudos feministas**. v.12. maio-agosto 2004. p.35-50.

¹⁹¹ NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. IN: **Revista de Estudos Feministas**. Florianópolis, ano 8, n.2, p.9-41, jul-dez. 2000. A autora considera que a palavra gênero tem suas raízes na junção de duas idéias importantes do pensamento ocidental moderno: a da base material da identidade e a da construção social do caráter humano. Na época de surgimento da segunda fase do feminismo, final dos anos 60, um legado da primeira idéia foi a noção, dominante na maioria das sociedades industrializadas, de que a distinção masculino/feminino, na maioria dos seus aspectos essenciais, era causada pelos fatos da biologia e expressada por eles.

distinção entre masculino e feminino, incluindo as construções que separam os corpos masculinos dos corpos femininos, ou seja, uma resposta à sociedade que forma não apenas a personalidade e o comportamento, mas a maneira como o corpo aparece.

Adriana Piscitelli chama a atenção sobre a condição compartilhada pelas mulheres, e da qual se deriva a identidade entre elas, ancorada na biologia e na opressão por parte de uma cultura masculina. O corpo aparece como o centro de onde emana e para onde convergem a opressão sexual e a desigualdade. Destarte, mulher, opressão e patriarcado são as categorias fundamentais do pensamento feminista pós 1960, necessárias para o próprio entendimento do contexto em que o conceito de gênero foi desenvolvido.¹⁹²

É importante contextualizar que, neste aspecto de concepção determinista, a idéia de que sexo se referia à anatomia e fisiologia dos corpos deixava o caminho aberto para interpretações de que as diferenças entre mulheres e homens no domínio cognitivo e comportamental poderia decorrer das diferenças sexuais localizadas no cérebro ou nos genes. Assim, os estudos feministas fizeram frente a tais argumentos, assinalando que as afirmações das ciências biológicas sobre os corpos masculinos e femininos não podem ser tomadas como espelho da natureza porque as ciências, como qualquer outro empreendimento humano, estão impregnadas pelos valores de seu tempo.¹⁹³

Da leitura de Nicholson percebe-se que a autoras considera que, hodiernamente, o conceito de gênero assume posições variadas, porque busca uma crítica à distinção entre sexo/gênero, mas sem abrir mão ods princípios ligados à noção de gênero – as diferenças biológicas e sociais. Esta reelaboração teórica do conceito conduz à própria reelaboração dos pressupostos teóricos feministas e, conseqüentemente, da categoria mulher e da forma como sua identidade sexual é demonstrada.

Questiona Nicholson, então, como interpretar a mulher, e sugere que se pense no sentido de mulher como palavra cujo significado não é apenas encontrado através da elucidação de uma característica específica, mas através de uma

¹⁹² PISCITELLI, Adriana. Reflexões em torno do gênero e feminismo. IN: SCHMIDT, Simone Pereira. COSTA, Cláudia de Lima. (org.). **Poéticas e políticas feministas**. Florianópolis: Editora mulheres, 2004.p.46.

¹⁹³ CITELI, Maria Tereza. Fazendo diferenças: teorias sobre corpo, gênero e comportamento. In: **Revista de estudos feministas**. Florianópolis, v.9, n.1, p.11-145. 2001.

complexa rede de características, que exercem um papel dominante dentro de tal rede por longos períodos de tempo.¹⁹⁴ O posicionamento da autora compreende o sentido de mulher como uma espécie de mapa onde semelhanças e diferenças se cruzam e em que o corpo não desaparece, pois, pelo contrário, ele se torna uma variável histórica cuja importância é reconhecida, de diversas formas, em contextos históricos igualmente variáveis.

A proposta desse diálogo deve vir chancelada pelo sistema jurídico contemporâneo que assiste a um verdadeiro processo de mutação do Direito, a partir do momento em que a dogmática se despe das concepções liberais patrimonialistas, que enxergavam o indivíduo numa perspectiva de identidade estática, para adotar uma concepção personalista, vislumbrada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e, portanto, na interação entre indivíduo e sociedade, provocando a salvaguarda do direito à identidade, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, erigido como um direito de personalidade, dotado de um caráter fundamental, na sua nuance principal, qual seja, a identidade sexual.

Diz-se, dessa forma, que a identidade sexual, enquanto elemento integrante da identidade humana deve ser tutelada e constituir um objeto do direito subjetivo de personalidade. Logo, o sistema jurídico não comporta apenas a estrutura binária homem/mulher ou masculino/feminino, reduzido a aspectos biológicos, cujo gênero deveria ser a expressão do domínio masculino. Como propõe Bourdieu se está incluído, como homem ou mulher, no próprio objeto que se esforça por aprender, incorpora-se, sob a forma de esquemas incoscientes de percepção e apreciação, as estruturas históricas da ordem masculina.¹⁹⁵

Explica-se então, seguindo a teoria proposta por Pierre Bourdieu, que a força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa qualquer tipo de justificação, pois a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem a necessidade de ser legitimada por algum discurso. Assim, a ordem social funciona como uma máquina simbólica cuja tendência é ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça, como, por exemplo, a divisão social do trabalho ou os papéis atribuídos a cada um dos gêneros. Ou seja, a concepção da diferença

¹⁹⁴ NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. IN: **Revista de Estudos Feministas**. Florianópolis, ano 8, n.2. jul-dez. 2000. p.9-41.

¹⁹⁵ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p.13.

biológica entre os sexos, entre o corpo masculino e o feminino, que justificaria naturalmente as diferenças sociais construídas sobre os gêneros.

Por esses argumentos é que Bourdieu vai afirmar que o corpo tem a sua frente, o lugar da diferença sexual, e as suas costas, sexualmente indiferenciadas e potencialmente femininas, ou seja, algo passivo, submisso.¹⁹⁶ A relação entre o masculino e o feminino é, então, uma relação social de dominação, porque constituída através de um princípio de divisão fundamental entre o masculino, ativo, e o feminino, passivo, porque cria, organiza, expressa e dirige o desejo masculino de posse e o desejo feminino da subordinação, da dominação masculina. Portanto, a visão androcêntrica é continuamente legitimada pelas próprias práticas que ela determina, porque ela é o resultado do preconceito desfavorável contra o feminino, em que as mulheres nada mais fazem do que confirmar tal preconceito, verificado nas práticas sociais em que se delega à mulher as tarefas ingratas e inferiores.

Então, neste espaço, a dominação masculina encontra todas as condições para o seu pleno exercício, porque permanece se baseando na divisão social do trabalho e na reprodução biológica e social, que se vê investida da objetividade do senso comum. Nas palavras de Pierre Bourdieu, as próprias mulheres aplicam a toda a realidade e, particularmente, às relações de poder em que se vêem envolvidas esquemas de pensamento que são produto da incorporação dessas relações de poder e que se expressam nas oposições fundantes da ordem simbólica.¹⁹⁷

Butler irá explicar que a norma feminista da sexualidade tornou-se objeto de uma crítica significativa por parte das teóricas feministas da sexualidade, algumas das quais buscaram uma apropriação especificamente feminista de Foucault. Contudo, a noção utópica de uma sexualidade livre dos construtos heterossexuais, uma sexualidade além do sexo, não conseguiu reconhecer as maneiras como as relações de poder continuam construindo a sexualidade das mulheres. Argumenta, destarte, que a sexualidade é sempre construída nos termos do discurso e do poder, entendido este como os termos das convenções heterossexuais. Se a sexualidade é construída culturalmente no interior das relações de poder existentes, então a postulação de uma sexualidade normativa que seja antes, fora ou além do poder

¹⁹⁶ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 26.

¹⁹⁷ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p.45.

constitui uma impossibilidade cultural e um sonho politicamente impraticável, que adia a tarefa concreta e contemporânea de repensar as possibilidades subversivas da sexualidade e da identidade nos próprios termos de poder.¹⁹⁸

Considerando que as mulheres eram oprimidas, enquanto mulheres, e que suas experiências eram prova de sua opressão, chegou-se à conclusão de que a opressão feminina devia ser mapeada no espaço em que elas ocupavam, isto é, em suas vidas cotidianas. Discorre Piscitelli que essa redefinição do político tem uma importância enorme, porque, em termos de prática política, as feministas procuraram desvendar a multiplicidade de relações de poder presentes em todos os aspectos da vida social e isto as levou a tentar agir nas mais diversas esferas.¹⁹⁹

E, novamente Butler, entenderá que a autojustificação de uma lei repressiva ou subordinadora quase sempre baseia-se no histórico de como eram as coisas antes do advento da lei, e de como se deu seu surgimento em sua forma presente e necessária. Eis assim que algumas feministas encontraram traços de um futuro utópico no passado pré-jurídico, fonte potencial de toda subversão ou insurreição que encerraria a promessa de conduzir à destruição da lei e afirmação de uma nova ordem.²⁰⁰

Emergindo da teoria feminista os termos concretos de uma contemporânea luta cultural, tal debate será, igualmente, jurídico, no sentido de se defender a mulher enquanto sujeito de direito e agora não mais como um sujeito dominado, até porque no ordenamento que compõe o sistema jurídico brasileiro defende-se a igualdade de gênero, com o dever de promovê-la e coibindo as formas de discriminação, tal qual a leitura orientada pela CRFB/88, mormente o seu artigo 5º, ao erigir, formalmente, que homens e mulheres são iguais perante a lei.

É pela necessidade de se pensar a quebra da estrutura binária, que efetuava a redução de gênero aos aspectos biológicos, que Boaventura de Sousa Santos escreve que o modelo da racionalidade que preside a ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. É partir de então que se

¹⁹⁸ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010. p. 54-55.

¹⁹⁹ PISCITELLI, Adriana. Reflexões em torno do gênero e feminismo. IN: SCHMIDT, Simone Pereira. COSTA, Cláudia de Lima. (org.). **Poéticas e políticas feministas**. Florianópolis: Editora mulheres, 2004. p. 47.

²⁰⁰ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010. p.64.

pode pensar em um modelo global de racionalidade científica, que admite uma variedade interna, mas que distingue e defende duas formas de conhecimento não científico: o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos.²⁰¹

Eis assim que são muitos e fortes os sinais de que o modelo de racionalidade científica descritas pelo sociólogo atravessa uma crise, caracterizada como profunda e irreversível, já que se vive um período de revolução científica e quântica, que não se sabe quando findará, e, além disso, porque este novo período que emergirá provocará um colapso nas distinções em que se assenta o paradigma dominante, já insuficiente pelo aprofundamento dos pilares do conhecimento.

Dentro destas reflexões, sempre oportuno lembrar-se de Beck, quando aduz, que a vida cotidiana, como nas ciências sociais e políticas, duas suposições sobre casais e famílias predominam no Ocidente. Em primeiro lugar, a família e a globalização são mutuamente exclusivas; segundo, redes de relações são anacronismos, demasiado pesados e imóveis em face de um capitalismo global que apela para o ser humano flexível - que, em última análise, é o ser humano que está em seus próprios dois pés.²⁰²

Ainda, na sequência, afirma que a conclusão preliminar é que o caminho da modernização da família visto no Ocidente - e, mais especificamente no Welfare State europeu - e declarou o que é a família funcional da modernidade, é apenas uma das várias opções. É sabido que as "famílias modernas" têm uma variedade de antecedentes históricos, e acredita-se que essas formas anteriores podem ser encontradas hoje em regiões fora da Europa. Em consequência, todos eles estão dispostos numa hierarquia evolutiva e analisados numa escala que vai do tradicional para a moderna, em que as formas tradicionais são considerados como sendo menos valiosas. Isso leva à previsão de que a força exercida por relações familiares e da economia no espaço transnacional irá garantir que, mais cedo ou mais tarde,

²⁰¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 21.

²⁰² In everyday life as in the social sciences and politics, two assumptions about couples and families predominate in the West. First, the family and the globalization are mutually exclusive; second, networks of relations are anachronisms, too cumbersome and immobile in the face of a global capitalism that calls for the flexible human being - who, ultimately, is the human being who stands on his or her own two feet. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). BECK, Ulrich. BECK-GERSHEIM, Elisabeth. **Distant love: personal life in the global age**. Translated by Rodney Livingstone. Cambridge: Polity Press, 2011. p.138.

essas famílias vão aproximar-se mais com o tipo ideal da família normal, a ser encontrada atualmente no Ocidente.²⁰³

Como já referido outrora, é de se destacar que o antigo diploma civil abarcou dos artigos 233 a 239 os direitos e deveres do marido, enquanto que estabeleceu nada mais do que quinze artigos, do 240 ao 255, os direitos e deveres da mulher. Nesse modelo, o patriarca era o chefe supremo da família matrimonializada e legítima. O marido era chefe da família e a mulher e os filhos eram hierarquicamente inferiores. Aliás, em todos os sentidos, o Direito de Família clássico assentou-se na desigualdade e nas presunções, a saber, a própria presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*²⁰⁴, pela qual se impedia a discussão da origem da filiação se o marido não a negasse em curto prazo, haja vista os preconceitos da hegemonia familiar patriarcal e matrimonializada, já explicitada nas linhas acima.

Dessa forma, é possível afirmar que a família do início do século caracterizava-se como heterossexualizada, matrimonializada, patriarcal, hierarquizada e patrimonializada. A doutrina clássica também se mantinha presa à codificação erigindo o matrimônio como a família legítima, no sentido de que o casamento seria o vínculo jurídico entre um homem e uma mulher, de base sexual, nascido do seu consentimento, do qual resultam direitos e deveres peculiares para os que o contraem e os que nascem dessa união.

Em suma, casamento é a união entre homem e mulher onde está legitimada a união sexual. Ressalte-se que Kant já afirmava que “a união sexual natural ocorre ou de acordo com a mera natureza animal (vaga libido, *venus volgivaga, fornicatio*) ou de acordo com a lei [...] se um homem e uma mulher desejam gozar os mútuos atributos sexuais, devem necessariamente casar [...]”.²⁰⁵

²⁰³ A preliminary conclusion is that the modernization path of the family seen in the West - and more specifically in the European welfare states - and declared to be the functional family of the modernity, is just one of several options. It is well known that "modern families" have a variety of historical antecedents, and it is believed that these earlier forms can be found today in regions outside Europe. In consequence, they are all arranged in an evolutionary hierarchy and analysed on a scale leading from the traditional to the modern, in which the traditional forms are regarded as less valuable. This leads to the forecast that the force exerted by family relations and the economy in the transnational space will ensure that, sooner or later, these families will approximate more closely to the ideal type of the normal family to be found at present in the West. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). BECK, Ulrich. BECK-GERSHEIM, Elisabeth. **Distant love: personal life in the global age.** Translated by Rodney Livingstone. Cambridge: Polity Press, 2011. p.139.

²⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** Texto disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>. Acesso em: 03 jan. 2017.

²⁰⁵ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes.** Tradução: Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003. p.122.

Portanto, percebe-se que a doutrina clássica não vislumbra a hipótese do casamento que não seja realizado entre homem e mulher com finalidades procriativas, o que, posteriormente, servirá de debate sobre quem eram os sujeitos clássicos de direito de família e quem estava excluído deste sistema.

A família codificada de 1916 estava totalmente centrada em valores heteropatriarcais, diminuindo o papel da condição feminina na direção familiar. Afirma Ana Carla Harmatiuk Matos que os papéis exercidos pelos membros da família já eram preestabelecidos, com funções já estipuladas para cada membro da família, onde “o homem e a mulher tinham suas atividades distintamente distribuídas em virtude do gênero”.²⁰⁶

Neste modelo codificado, percebia-se uma hierarquia entre as funções, a fim de distribuir-se aos homens o poder e às mulheres os deveres conjugais, isso porque o patriarcalismo vigente tutelava a união para os fins de produção, eis que compreendia a noção de família constituída em torno de um núcleo econômico.

Assim, ao patriarca eram destinados poderes superiores, traduzindo-se nesse papel que o poder tinha também nas relações fora da família, identificado com características predominantemente masculinas. Por tal fato, à mulher e aos filhos foram reservados os títulos de inferioridade em relação ao pai. Em vista disso, como já se aludiu, é que o casamento foi a única forma familiar tutelada pelo Código Civil de 1916, eis que o Direito optou por não legitimar as uniões que estivessem fora do matrimônio, o que seria imoral.

Buscando novamente o pensamento de Kant, encontra-se que o casamento não era uma faculdade para as pessoas, mas sim um contrato necessário. Mesmo que se suponha que a finalidade dos que se casam seja o prazer de usar mutuamente seus atributos sexuais, o contrato de casamento não lhes é opcional, sendo sim um contrato necessário por força da lei da humanidade, ou seja, se um homem e uma mulher desejam gozar os mútuos atributos sexuais, devem necessariamente, casar e isto é necessário de acordo com as leis de direito da razão pura.²⁰⁷

Com base no aludido, pode-se dizer que o Direito Civil de 1916 assentou no matrimônio o padrão do que é ser família. Em vista de toda a construção que foi

²⁰⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. São Paulo: Del Rey, 2004. p.8.

²⁰⁷ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003. p.122.

debatida sobre a formação patrimonial do Estado brasileiro, bem como de seus sujeitos é que se pode afirmar que a constituição de bens proporcionavam o desenvolvimento e realização da personalidade, o que influenciou diretamente o Direito de Família, por ser o patrimônio a afirmação desta entidade.

Logo, percebe-se que a família tutelada pelo Direito Civil clássico não era a família que buscava a realização pessoal dos seus membros, mas sim aquela que produzia, aumentando o seu patrimônio, para posteriormente poder transferi-lo segundo a ordem hereditária. Ter família era a ostentação de um nome, de um laço sanguíneo, de um conjunto de bens, regulados senão pela lei.

É como se a instituição família possuísse um desenvolvimento próprio com interesses superiores aos pessoais. A família não deveria servir para os seus membros, mas sim à sociedade, através do pacto matrimonial, que legitimava a sua principal função, qual seja, procriar, para se facilitar o trabalho e o maior acúmulo de riquezas. De tal forma, o casamento seria a única possibilidade de se reconhecer um laço familiar, codificando esta forma familiar, cerrando todas as portas para as diferentes constituições familiares, e traduzindo este fechar em tentativas de normas completas e fechadas ao longo do ordenamento jurídico. Ou seja, é a ideia do dogma da completude, onde o juiz estará apenas vinculado àquilo que a lei trazer como solução ao caso posto.

Todavia, não se pode olvidar que o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sempre se reconheceu que a lei, mesmo que pensada, não oportuniza uma solução para cada caso concreto, ou seja, “toda lei contém inevitavelmente lacunas”.²⁰⁸ A intenção do intérprete não é apenas desenvolver a norma, mas expressar o significado que está incluído no texto, que é a atitude típica do intérprete que deseja fazer com que o texto se comunique com seu receptor, desde que o mesmo compreenda a sua linguagem.

O conceito de lacuna da lei não assinala o limite do desenvolvimento do Direito em absoluto, mas sim o seu limite frente à lei, mediante a teleologia a ser alcançada por esta. Se assim fosse, poder-se-ia pensar que a lacuna só existe quando a lei não contenha regra para alguma determinada configuração fática, ou

²⁰⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 519.

seja, é quando a lei se mantém em silêncio. Mas há também, como traz Larenz²⁰⁹, um silêncio eloquente da lei, onde existem casos para os quais a lei contém uma regra aplicável segundo cada possível sentido literal, mas que não se enquadra segundo o seu sentido. A ideia de lacuna está intimamente ligada à Codificação do Direito dos séculos XVIII e XIX e existirá sempre que falte pelo menos uma regra para tutelar alguma questão.

Neste sentido, o juiz se vê obrigado a julgar as controvérsias que se apresentarem, a partir da norma pertencente ao sistema. Portanto, pelo dogma da completude, o ordenamento jurídico deve fornecer ao juiz uma solução, na ideia clara do positivismo jurídico.

Logo, aplicando-se esse raciocínio de completude à família, afirma-se que qualquer forma familiar que não estivesse contemplada nas linhas fechadas da norma, estava fora da alçada jurídica. Em outras palavras, a família enquanto estruturação social não encontra salvaguarda pelo Direito. Assim, ao se compreender o Direito como um sistema fechado de regras muitos sujeitos estarão excluídos da tutela jurídica, pois na hipótese de não previsão de determinada situação pelo Direito, aquele indivíduo não estará contemplado como um sujeito de direito a ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

A pessoa, conforme já trabalhado, era aquele sujeito que estabelece negócios jurídicos, o qual forma uma família pelo casamento, a fim de constituir um patrimônio, sendo um sujeito de direito de um sistema jurídico fechado. São as heranças de um Brasil colônia, o qual deixou uma herança cartorial baseada em normas instituidoras de formalidades e solenidades, seja no âmbito da vida privada, como no âmbito público.²¹⁰

Trata-se apenas do reconhecimento de uma sociedade desigual, onde a família acaba por espelhar essa desigualdade, estruturando-a apenas em aspectos políticos, sociais e econômicos, mas não afetivos e que realmente se importassem com o afeto entre as pessoas que desejavam unirem-se. Aliás, um direito que não se preocupava com as pessoas, ao passo que não reconhecia nem a mulher como um sujeito de direito.

²⁰⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 525.

²¹⁰ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.17.

Aqui, bem cabem as palavras de Rosana Fachin, a qual propõe uma interessante reflexão sobre as origens da família e o papel das pessoas e do direito frente ao contexto histórico em análise²¹¹:

Um Brasil cioso da solenidade (daí a importância do bacharelismo), da formalidade (o que reflete a celebração matrimonial profundamente influenciada pela Igreja Católica) e temente da autoridade judicial (no que avulta o papel central do Judiciário, desde o Brasil Colônia).

[...]

É inadmissível buscar os traços da família sem destacar, ao longo da história, a relevância da participação feminina, considerando-se, especialmente, a discriminação e a exclusão contra as quais as mulheres tiveram que lutar.

O reconhecimento do matrimônio como a formação familiar legítima foi por influência do papel que a Igreja desempenhou neste momento histórico, eis que pela ausência de um sistema jurídico uno, a partir do processo de colonização, o qual criou diversas situações em vista do choque entre as culturas que se apresentavam, o Estado e a Igreja acabaram por assumir a função de ditar as regras da vida privada.

Assim sendo, por concentrar todo o poder político e econômico à época, a Igreja acabou por rotular a família como célula de bases econômicas, formalizando o Direito para este sentido. Este modelo de família, portanto, acaba por ser um agente discriminador e que exclui todos aqueles que não se enquadrem em sua moldura, não tutelando os direitos dos diversos sujeitos de direito de família que constatada as suas existências, permaneciam às sombras de um Direito que lançava sobre as pessoas o olhar vendado, ou seja, aquele que apenas enxerga o que decide enxergar, longe de ser um olhar acolhedor, que busca integrar todas as pessoas na sociedade, consagrando-as como sujeitos cujos direitos devem ser respeitador por todos.

Novamente, traz-se à luz Rosana Fachin, quando observa que o laço social colonial foi tecido sob o jugo das relações parentais preponderantes e sob a união da Igreja com o Estado. Livros eclesiásticos governavam o ser e o estar em família; nascimentos, casamentos e óbitos eram ali registrados. Livres ou cativos também

²¹¹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.22.

eram as qualificações dos indivíduos registrados, propiciando-se, mediante os assentos cartoriais, também nessa seara, a manutenção de um *status quo*.²¹²

Justificado, portanto, o interesse e a importância do casamento como uma garantia de segurança e perenidade da família. Não importava o desejo de ser família, mas sim a condição de se pertencer a uma família. Torna-se tarefa assaz complicada analisar a família contemporânea, inseri-la no contexto da afetividade, que é o tema deste escrito, sem voltar-se ao passado para (re) descobrir que a sociedade ainda carrega em suas mãos as linhas do passado.

Este período da colonização que acabou por influenciar diretamente na construção do Direito de Família clássico demonstra como aludido no início deste capítulo, o quanto o Estado Brasileiro manteve-se preso à tradição, em especial a lusitana. Os próprios filhos não tinham o devido reconhecimento. Filho nada mais era do que força de trabalho e produção.

Este cenário começa a se modificar a partir da década de trinta, com as transformações sociais ocorridas no Estado brasileiro, com a crescente intervenção do Estado deslocando-se o modo de produção do campo (família rural) para a cidade, aumentando-se, neste sentido, os processos de industrialização com a conseqüente mudança do papel da mulher, de modo que o crescimento das revoluções sociais ocorridas neste período histórico obrigou o Estado a repensar o seu papel como provedor de direitos, a fim de diminuir as desigualdades existentes em épocas anteriores.

Destarte, onde outrora se via a mulher como algo pertencente ao marido, agora passa-se a enxergá-la como um sujeito de sua história, a qual modificou a sua própria vida com a sua libertação econômica, fruto do rumar do campo para a cidade. Antes, o trabalho da mulher era apenas possível se o marido autorizasse. Ao homem competia o labor fora de casa, enquanto que a mulher era vista como a provedora do lar, zelando o nome e a honra da família.

Desvelar esse processo histórico é buscar as raízes de um conservadorismo que acompanhou a legislação civil brasileira por nada menos que quarenta e seis anos. Ou seja, quase meio século reconhecendo que as pessoas e as relações

²¹² FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.34-5.

sociais seriam imutáveis. De forma poética, essa passagem é traduzida por Luiz Edson Fachin da seguinte forma:

Se o outono do Direito Civil tradicional vai cedendo espaço, superando o tempo embalado pelas décadas de estrito dogmatismo, talvez ao desenho jurídico da primavera se apresenta agora uma espécie de renascença que une, na crítica e na construção, as emissões da teoria e da prática no Direito Civil em movimento. Refletir “outros sentidos”, de forma e de fundo, a propósito do saber e da doutrina jurídica, arrostando o desafio de compreender limites e possibilidades no novo Código Civil brasileiro.²¹³

Neste passo é que o Direito de Família tem passado por consideráveis transformações, que começa a adentrar nos espaços deixados pelas fórmulas repetidas e que não respondem às situações sociais que se colocam na sociedade. É o momento em que o Direito de Família se afasta do dogma da completude, da era subsunção, do mero enquadramento de cada situação em um artigo de lei, mormente porque não se caracteriza mais como apenas uma unidade de produção, com funções materiais, assumindo uma função moral na formação dos membros que a compõem.

Carbonnier, neste contexto, destaca que a família não pode ser entendida apenas por aspectos materialistas. Ela tem, ela sempre teve, as funções de ordem moral, de natureza não-material. Os sociólogos enfatizam que as funções psicológicas realizadas pela família, mesmo nas sociedades contemporâneas, são insubstituíveis.²¹⁴ Para o entendimento de tal transformação, se coloca como imprescindível uma análise comparativa entre o modelo de sujeito patrimonialista e sujeito virtual, na perspectiva dicotômica entre o contrato de casamento do Código Civil de 1916 e o contrato de co-parentalidade das famílias *design*. Se o sujeito do Direito de Família clássico era caracterizado pela sua capacidade patrimonial, no modelo de análise da tese ele pode ser compreendido por diferentes nuances, como, por exemplo, testes genéticos, para dimensionar a saúde, e, até mesmo, a idade.

²¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 41.

²¹⁴ La famille ne peut pas se ramener uniquement à ces aspects matérialistes. Elle a, elle a toujours eu des fonctions d'ordre moral non matériel. Les sociologues insistent sur les fonctions psychologiques que remplit la famille, même dans non sociétés contemporaines, des fonctions psychologiques dans lesquelles, disent-ils, elle est irremplaçable, dans lesquelles la collectivité ne pourra jamais se substituer à elle. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). CARBONNIER, Jean. **Écrits**. Textes rassemblés par Raymond Verdier. Paris: Presses Universitaires de France, 2008. p. 71.

No caso do primeiro aspecto que é levado em consideração, tem-se que, embora os parceiros que estão se preparando para a gravidez em co-parentalidade possam ter passado algum tempo significativo para conhecer um ao outro, não há como certificar-se de que ambos os parceiros tiveram um exame completo de doenças sexualmente transmissíveis ou realizado testes genéticos. Partindo-se do princípio de que ambos os parceiros têm sido sexualmente ativos antes do processo de concepção, cada um deve insistir para que o outro tenha uma pré-triagem completa antes da inseminação. Além de testes de doenças sexualmente transmissíveis, os parceiros parentais devem ser rastreados para verificar se podem ser portadores genéticos de certos tipos de doenças transmissíveis ao futuro filho.²¹⁵

Quanto ao aspecto da idade, o *family by design* arrola uma série de ponderações que a faixa etária pode influenciar na formação desta pretensa relação familiar, baseada na co-parentalidade. Segundo dados disponibilizados no portal eletrônico, enquanto alguns adultos mais jovens na faixa dos vinte anos ficam em dúvida em considerar a co-parentalidade ou um relacionamento de "doador conhecido", cada vez mais adultos entre trinta ou quarenta anos consideram a possibilidade de uma parceria de co-parentalidade. Tendo em conta que o perfil da "família moderna" tende a incluir pais mais velhos do que a "família tradicional", adultos mais velhos estão pensando em ter filhos pela primeira vez.

Há considerações únicas - os prós e contras - que adultos mais velhos que estão pensando em se tornar pais devem considerar - tanto para si e para seus filhos. Os benefícios da co-parentalidade em um adulto mais velho destacam a

²¹⁵ While parenting partners who are preparing for pregnancy may have spent some significant time getting to know one another – and may feel very comfortable with one another – there is no substitute for making sure that both partners have had a full set of STD and genetic testing done. Assuming that both partners have been sexually active before coming together for the conception process, each should insist that the other have a full pre-insemination screening. Even if it has been several years since one's last sexual partner, STDs may exist without symptoms for very long periods of time. It is always better to be safe than sorry! What are the types of STD screenings that should be done? Tests should include: Chlamydia testing, Cytomegalovirus (CMV) antibody testing, Gonorrhea testing, Hepatitis B surface antigen, Hepatitis B core antibody, Hepatitis C viral antibody, HIV antibody (HIV is the virus that causes AIDS), HTLV-1 antibody, Syphilis testing (RPR test). In addition to STD testing, some parenting partners should be screened to see if they are genetic carriers of certain types of diseases that may pass on to their child. While there are dozens of diseases for which one might be a genetic carrier, few of them occur with enough frequency that they are commonly tested for. For example, a disease with a one-in-100,000 possibility of carrying is unlikely to be commonly tested. Furthermore, many such genetic-acquired diseases only occur if BOTH partners pass on the genetic condition. In other words, these genes are "recessive" and do not lead to disease if the genetic condition is only acquired from one parent – and therefore, if only one of the two parenting partners harbors the gene, it will not lead to disease in their child. Tradução para a língua portuguesa livre do autor). Disponível em: <http://www.familybydesign.com/content/learn/medical-info/co-parent-std-and-genetic-testing/>. Acesso em: 04 jan. 2017.

segurança emocional, no sentido que psicólogos postulam que as perspectivas mais amplas de pais mais velhos - resultado de uma maior quantidade de experiência de vida - fornece "recursos internos" mais fortes durante períodos de estresse tornando-os mais propensos a absorver experiências voláteis, sem passar essa volatilidade de emoções para seus filhos.

Pais mais velhos também são menos propensos a serem tão focados em "encontrar-se" como os pais mais jovens. Mães mais velhas tendem a ser mais calmas, mais racionais e são mais relaxadas com seus filhos. Como resultado, é provável que haja menos conflito e ansiedade na criança. A segurança financeira, eis que a maioria dos adultos mais velhos tende a ter mais recursos financeiros do que os pais mais jovens, o que significa que seus filhos terão uma maior probabilidade de obter oportunidades que os pais mais jovens podem não ter a capacidade de suportar. Ainda, o maior foco nas crianças, já que pais mais velhos tendem a se concentrar mais nas necessidades de seus filhos, e são mais engajados em cuidar deles, em comparativo com pais mais jovens.

Os inconvenientes da co-parentalidade em um adulto mais velho destacados pelo *family by design* concentram-se basicamente nos seguintes aspectos: falta de energia para os papéis tradicionais de parentalidade. Embora a prática de esportes ativos como tênis, futebol, basquete seja um papel típico do pai, alguns pais mais velhos podem ficar frustrados ou chateados com sua incapacidade de lidar com esse papel com o mesmo vigor de um pai mais jovem; a divisão de gerações nos valores e nas tendências sociais em vista da ampla diferença de idade que existe entre pais mais velhos e os seus filhos, que, por vezes, pode significar que os pais mais velhos podem ser menos ligados às tendências sociais do que seus colegas mais jovens.

Em outras palavras, o risco de pais mais velhos serem menos *cool* - e, portanto, menos ligados aos interesses da geração de seus filhos; a maior carga sobre os seus filhos em uma idade mais jovem, pois, enquanto os adolescentes tendem a ser envergonhados com os seus pais, independentemente da idade, adolescentes de pais mais velhos tendem a ser envergonhados sobre a questão da idade dos pais, mais especificamente, e eles podem se sentir menos conectados aos seus pais do que seus amigos com pais mais jovens. ²¹⁶

²¹⁶ THE PROS AND CONS OF CO-PARENTING AS AN OLDER ADULT. While some younger adults (in their twenties) may consider co-parenting or a "known donor" relationship, the majority of adults considering a parenting partnership are in their thirties or perhaps their forties – or older! Given that

Em comparativo com o modelo tradicional da família codificada de 1916, a única semelhança que se percebe entre a família matrimonializada e a relação co-

the profile of the “modern family” tends to include older parents than its “traditional family” counterpart, more and more older adults are thinking about having children for the first time – particularly those where the adults have created a co-parenting or “known donor” situation for themselves. There are unique considerations – both pros and cons – that older adults who are thinking about becoming parents should consider – both for themselves and for their children. The Benefits of Co-Parenting as an Older Adult: (1) Emotional security . Psychologists posit that the broader perspectives of older parents – a result of a greater amount of life experience – provide stronger “inner resources” during times of stress and make them more likely to absorb volatile experiences without passing along this volatility of emotions to their children. Older parents are also less likely to be as focused on “finding themselves” as younger parents. As put by Dr. Jerome Kagan, a psychology professor at Harvard University, “Older parents’ temperaments may benefit their children. Older mothers tend to be calmer, more rational and are more relaxed with their children. As a result, there is likely to be less conflict and anxiety in the child.” (2) Financial security . Most older adults are likely to have greater financial resources than younger parents, which means that their children will have a greater likelihood of being provided with opportunities that the parents may not have been able to afford as younger parents (for example, private schools, tutors, study and travel abroad, etc). Additionally, the lower emphasis on financial ladder-climbing means that decisions about the best interests of the family – and of the children – can be made with less consideration on financial needs. So, for example, while younger parents may decide to pull a child out of a school district so they can move to a less-desirable city in order to take an important job promotion, older parents may approach this decision with less of a need for the promotion (and may opt to stay local instead). (3) Greater focus on the children . Psychologists have found that older parents tend to focus more on the needs of their children, and are more engaged on taking care of their children, than younger parents. Older parents – particularly co-parents who have gone far out of their way to have their child – are less likely to take their children for granted at any point of the parenting process. The Drawbacks of Co-Parenting as an Older Adult: (1) Lack of energy for traditional parenting roles . While playing active sports like tennis, soccer, or basketball – or some rough-and-tumble games with your child – is a typical parenting role, some older parents may find themselves frustrated or upset at their inability to handle this role with the same gusto as a younger parent would be able. Children of older parents may also be disappointed by their parents’ inability to engage in the same level of energetic play as their friends’ parents. (2) A generational divide in values and trend awareness . The broad age difference that exists between older parents and their children can sometimes mean that older parents may be less connected to emerging social (and parenting) trends than their younger parenting counterparts. In other words, older parents risk being less “cool” – and therefore less connected to the interests of their children’s generation. However, given that co-parents tend to be progressive and aware of emerging social trends given their “modern family” structure, there’s probably a lower likelihood of older co-parents being “uncool” than their traditional married counterparts. (3) A greater burden on your children at a younger age. While teenagers are likely to be embarrassed about their parents regardless of their parents’ age, teens of older parents are likely to be embarrassed on the issue of their parents’ age more specifically, and they may feel less connected to their parents than their peers with younger parents. More problematic is the possibility that older parents may become a burden on their children more quickly than their peers. Children of older parents are much more likely to be faced with medical and other decision-making responsibilities for their parents at a much younger age than their peers. While most children may need to start caring for their parents during their 40s and later, children of older parents may be in their 20s when they need to spend time and emotional energy dealing with issues related to their aging parents – just at the point where their focus is on their jobs and relationships. They are also much more likely to be forced to deal with the emotional turmoil of losing their parents at a younger age than their peers (and certainly their grandparents). So while older parenting – an issue of particular relevance for many co-parenting relationships – has its ups and downs, the ultimate question is: is it better to be an older parent as opposed to not being a parent at all? Perhaps the famous photographer Annie Liebovitz answers this question best: “I was a really young fifty and didn’t have any trouble with my first child. At fifty eight, with three young children, I feel my age. Do it sooner if you can. I don’t regret a moment though. I’m the happiest I’ve ever been.” (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). Disponível em: <http://www.familybydesign.com/content/learn/psychological-info/the-pros-and-cons-of-co-parenting-as-an-older-adult/> Acesso em: 04 jan. 2017.

parental é a finalidade procriativa. Por certo, são interesses distintos, no sentido de que a procriação na família clássica se dava em razão de ser a família uma unidade de produção, ao passo que nas famílias *design* se dá, por assim dizer, para a realização individual de um projeto comum pautado em interesses individuais entre possíveis parceiros.

Desvela-se, desta forma, uma preocupação doutrinária e legislativa em se querer conceituar a família, como se fosse um instituto que se encerra em uma ou mais definições. Tanto é assim que o Projeto de Lei nº. 6.853, de 16 de outubro de 2013, de autoria do Deputado Anderson Ferreira Rodrigues pretende conceituar a família como “como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.²¹⁷ Tal Projeto, denominado de *Estatuto da Família*, intenta conceber a família como um vínculo heterossexualizado e nuclear. Diferentemente, é o Projeto de Lei do Senado nº. 470, de 12 de novembro de 2013, capitaneado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), com Relatoria da Senadora Lídice da Mata, denominado de *Estatuto das Famílias* e que considera o direito à família como um direito fundamental de todos, protegendo-se a família em qualquer de suas modalidades e pessoas que a integram.²¹⁸

²¹⁷ BRASIL. **Projeto de Lei nº. 6.583, de 16 de outubro de 2013.** Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013. Acesso em: 04 de janeiro de 2017. Em síntese, a justificativa apresentada para o Projeto se fundamenta em argumentos como o fortalecimento dos laços familiares a partir da união conjugal firmada entre o homem e a mulher, ao estabelecer o conceito de entidade familiar; a proteção e a preservação da unidade familiar, ao estimular a adoção de políticas de assistência que levem às residências e às unidades de saúde públicas profissionais capacitados à orientação das famílias. Entre outras temas de interesse da família, o projeto propõe ainda: que a família receba assistência especializada para o enfrentamento do problema da droga e do álcool; que o Estado preste apoio efetivo às adolescentes grávidas prematuramente; que seja incluída no currículo escolar a disciplina “Educação para família”; a prioridade na tramitação de processos judiciais e administrativos em demandas que ponham em risco à preservação e sobrevivência da entidade familiar; a criação do conselho da família no âmbito dos entes federados; o aperfeiçoamento e promoção à interdisciplinaridade das políticas voltadas ao combate da violência doméstica.

²¹⁸ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº. 470, de 12 de novembro de 2013.** Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: <file:///C:/Users/guilhermewuns/Desktop/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-20983.pdf>. Acesso em: 04 de janeiro de 2017. Tal Projeto tem o objetivo de reunir, num só instrumento legal, toda a legislação referente à área do Direito de Família, além de modernizá-la. Constam do projeto regras tanto do direito material como processual, para proporcionar às famílias brasileiras maior agilidade nas demandas jurídicas, rapidez essa indispensável quando se trata de direitos relacionados tão diretamente à vida das pessoas. Este projeto contempla a proteção de todas as estruturas familiares presentes na sociedade moderna, que não mais decorrem apenas do matrimônio. A união estável, entre pessoas do mesmo sexo ou não, famílias monoparentais, adoções e a comprovação de paternidade via testes de DNA atestam que as mais diversas formas de relação familiar tornam a vinculação afetiva mais importante na abrangência e nas novas definições do conceito de família.

O que se verifica, destarte, no modelo familiar clássico é justamente aquilo que a doutrina aponta como ponto de referência na mudança da estrutura das relações familiares. Como adverte Simone Tassinari Cardoso, o novo modelo de casamento e a superação da ética matrimonial procriativa refletem o fundamental processo de desmonização pelo qual passou a sexualidade na cultura ocidental, de onde a família passa de contrato à instituição, ponto em especial que será tratado no capítulo posterior da tese. Este novo modelo de compreensão é possibilitado pela recepção, no Brasil, de fenômenos denominados de constitucionalização, publicização e repersonalização do Direito Privado, mormente com o advento da CRFB/88.

3 A RECONSTRUÇÃO DE SENTIDO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO E O SEU REFLEXO NO MODO DE SER FAMÍLIA NO CONTEXTO CONSTITUCIONALIZADO E REPERSONALIZADO: DA EXCLUSÃO À INCLUSÃO DE MODELOS FAMILIARES COMO PROLEGÔMENOS DE UMA TAREFA HERMENÊUTICA

No capítulo anterior, refletiu-se no sentido de que o Direito Privado passou por uma profunda mudança com a quebra dicotômica entre este e o Direito Público, resultando em um novo olhar para o Direito Civil, notadamente marcado pela influência da CRFB/88. No entanto, vê-se que este Direito Civil-Constitucional encontra um espaço de indagação ainda não estudado pela doutrina. Como uma espécie de questionamento à constitucionalização do Direito, o presente capítulo intenta perquirir como este novo Direito Civil conseguirá responder aos desafios impostos pelos avanços biotecnológicos, e, mais do que isso, como influenciará no próprio modo de constituir-se a família neste novo espaço técnico. Para tanto, noções como conjugalidade e parentalidade necessitam ser profundamente desveladas dentro de um paradigma doutrinário e jurisprudencial que consagrou que o Direito de Família Contemporâneo é marcado pelo chamado princípio da afetividade.

3.1 O giro repersonalizante do Direito Privado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as (profundas) modificações nas (rasas) águas da tradição ou sobre a despatrimonialização do Direito pela perspectiva jusfilosófica do ser

No capítulo anterior, discutiu-se a formação da família clássica dentro do Direito Privado oriundo do Estado Liberal e a consagração do modelo de família matrimonial e patriarcal como reflexo daquela estrutura social. Inegavelmente, a família é um fato social, “a relação de adaptação do indivíduo à vida social, a uma, duas ou mais coletividades (círculos sociais) de que faça parte, ou dessas aos indivíduos, ou entre si”.²¹⁹ Tais círculos formam a família como uma adaptação que não se opera entre parte do ser e o meio, mas entre todo o ser e todo o meio. Por tal

²¹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo VII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. p.191.

fato é que Pontes de Miranda irá dizer que a sociedade humana se diferencia da animal, pois os processos adaptativos não se efetuam somente entre atos, mas entre pensamentos, porque os homens são seres pensantes e o meio, não é apenas a família ou o grupo profissional, mas a própria nação e humanidade.²²⁰ Desde a clássica doutrina do autor em análise, já se constatava que a palavra família nunca fora utilizada pelo Código Civil como uma forma de designação de um círculo social, conquanto tenha servido apenas para qualificar um ramo do Direito Civil.

Hodiernamente, porém, a CRFB/88 traduz, de forma bastante clara, ser a família a detentora de especial proteção do Estado, como se pode observar da leitura do artigo 226 da Carta, quando aduz no sentido de que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.²²¹ Trata-se de uma visão que rompe com a lógica de uma estruturação familiar sexual composta tão somente por pai-filhos ou mãe-filhos ou pai e mãe-filhos, considerando que não se define uma forma única de arranjo familiar. Tal visão igualmente quebra com a lógica Pontesiana quando apresenta que a família tem a sua evolução histórica pautada em três teorias, a da monogamia originária, da promiscuidade primitiva e das uniões transitórias.²²²

²²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo VII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. p.192.

²²¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 04 jan. 2017.

²²² Teoria da monogamia originária: pregada por muitos zoólogos e etnólogos, entre os quais Charles Darwin, em seus trabalhos sobre a origem do homem, A. Rauber, em seu livro *Urgeschichte des Menschen* (1884), H.E.Ziegler, Starcke, E. Westermarck, em sua *History of human marriage*, e Ernst Grosse, em notável estudo sobre as formas da família, *Die formender familie und die formen der Wirtschaft* (1896). Um deles, H.E.Ziegler, reduzindo o amor mútuo entre os casados e o amor dos pais quanto aos filhos a dados psicológicos irresistíveis, crê que esses impulsos instintivos regeram e hão de reger, sempre, o gênero humano. [...]. Se algum dado psicológico haveria de ser estudado para se investigar o elemento dinâmico, interior, das formas monogâmicas, seria o sexual e não o parental. Teoria da promiscuidade primitiva: seria o matriarcado o estado intermediário entre a anomia (ausência de regras) e o patriarcado. Antes do matriarcado, há promiscuidade. Por quê? Se a preponderância da mulher no terreno econômico-profissional leva à monogamia, é difícil aceitar-se que o matriarcado exija a promiscuidade como forma de que proveio. Teoria das uniões transitórias: isto é, o homem e a mulher permaneciam juntos algum tempo após o nascimento do filho. Tal explicação, confirmada, em parte, pela zoologia, tem contra si, em parte, a sociologia de certos grupos animais, nos quais não há tal permanência, ou o par sexual continua ligado, a despeito da separação ou do afastamento dos filhos. [...]. Em todo caso, toda unideterminação deve ser afastada: aqui, é o elemento religioso que sustenta uma forma; ali, é a economia que obriga a soluções novas ou à manutenção de hábitos que tiveram causas diferentes; acolá, são correntes moras, continentais ou de um continente para outro, que alteram as linhas gerais da instituição da família. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo VII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. p. 208-9.

Com efeito, o rompimento de uma visão tradicional da família significa a necessidade de uma releitura dos pilares do Direito Privado, especialmente a partir de um olhar constitucionalizado sobre os pilares que, classicamente, erigiram o Direito Civil como um dos principais ramos do Direito Privado. Como refere Fachin, o Estado Democrático de Direito, fundado na soberania e na dignidade da pessoa humana, tem, no Brasil, marco histórico inquestionável com o advento da CRFB/88, sendo fundamental imunizar, em toda a sua extensão, a proclamação constitucional, emanada do povo, por meio de seus representantes, para que seja possível, no respeito ao pluralismo e ao processo histórico e político, contruir uma sociedade justa e solidária.²²³

Operou-se, com a CRFB/88, uma inversão no rol de preocupações da dogmática tradicional, fazendo com o que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa como instrumento para o seu pleno desenvolvimento. Esta opção constitucional coloca a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, especialmente a partir do momento em que designa como fundamento da República o princípio da dignidade humana. Neste sentido, todo o sistema jurídico tem na CRFB/88 o seu fundamento e orientação, conferindo uma unidade ao ordenamento, blindando-se o texto constitucional que se desvela importante a partir do momento em que abandona a postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano como um valor expressamente consagrado em seu texto.

Projetando-se sobre as relações privadas, surge aquilo que a doutrina chamará de Direito Civil Constitucional, como um novo momento de compreensão daquilo que se propõe como eficácia do Código Civil sobre o trânsito jurídico, as titularidades e o projeto parental. Por tal razão, Fachin enumera aquilo que denomina de dez desafios que devem ser enfrentados pelo Direito Civil na contemporaneidade.²²⁴ Em primeiro lugar, apreender a pluralidade das fontes, vencendo o reducionismo codificador; tomar a questão jurídica como problema genuinamente constitucional, como fundamento do Direito em movimento; superar a divisão burguesa dos Poderes do Estado e admitir que jurisprudência e doutrina são fontes do Direito; compreender que um Código Civil é uma operação ideológica e

²²³ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.6.

²²⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.12-3.

cultural que deve passar por uma releitura principiológica, reconstitucionalizando o conjunto de regras que integra o corpo do discurso normativo; denunciar a manualística que fez dos Códigos o seu código de repetições, memorizações e metodologias simplificadoras; evitar o simplismo, adotando a clareza e a simplicidade para veicular as conquistas históricas em uma hermenêutica emancipatória e numa principiologia axiológica de índole constitucional, sem reduzir o que é complexo nem identificar o Direito à Lei; descobrir o Direito pela força criadora dos fatos, captando a verdadeira revolta dos fatos contra o Código, apreendendo que o caráter ôntico do Direito está no na sociedade e na realidade social; emancipar o Brasil do legado codificador da Idade Moderna e voltar-se para a dimensão espacio-temporal de uma sociedade plural, entendendo-se que a pior inutilidade de uma codificação é o seu descompromisso com a transformação social; apreender que a constitucionalização que retirou o Direito Civil tradicional de uma sonolenta imobilidade passa pela dimensão substancial da CRFB/88 e alcança uma visão prospectiva dos princípios constitucionais; e, por fim, não tomar desafios como propostas cegas a serem dogmaticamente seguidas e sim como problematização de um país que no século XXI ainda produz um Código que se preocupa, ao mesmo tempo, com a paternidade *post mortem* de embriões excedentários e com a enfiteuse.

Os desafios propostos por Fachin são substancialmente aprofundados por Lenio Streck quando reitera posicionamentos acerca da necessidade do resgate da doutrina como fonte do Direito, sem a aplicação daquilo que o autor chama de enunciados *self service*, entre outros adjetivos. Nas palavras de Streck:

O novo constitucionalismo — que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o Direito — ainda não aconteceu. Veja-se, nesse sentido, que: (a) continuamos a pensar que a lei é a única fonte, bastando, v.g., ver o que fizemos com o mandado de injunção, “exigindo” uma “lei regulamentadora”, ignorando que a própria Constituição é a nova fonte; (b) continuamos a acreditar no mundo ficcional das regras, ignorando que a (velha) teoria da norma necessita recepcionar a era dos princípios, que, fundamentalmente, introduzem no Direito a realidade escamoteada historicamente pelo mundo das regras do positivismo; (c) não nos damos conta de que o esquema sujeito-objeto, sustentador do modo dedutivo-subsuntivo de interpretar, sucumbiu em face do giro lingüístico-ontológico (em especial, a hermenêutica, sem olvidar a importância das teorias discursivas); (d) porque atrelados ao esquema sujeito-objeto, não conseguimos compreender a relação entre texto e norma, isto é, do objetivismo simplificador partimos em direção aos diversos axiologismos. Como

consequência, estabeleceu-se um “ceticismo hermenêutico”, cujo resultado é a arbitrariedade interpretativa.²²⁵

Mais do que a crise paradigmática apontada pelo autor, é importante salientar que assola o Direito, é preciso se compreender que o Direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante, que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto. Na verdade, o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade.²²⁶

Há um dos pontos elencados nos desafios de Fachin que merece especial consideração a fim de se evitar interpretações equivocadas: o Direito não deve ser reduzido à lei. Aduzir que o Direito não deve ser reduzido à lei, não significa afirmar argumentos de que a redução do Direito à lei traduz-se em uma lógica positivista. Novamente socorrendo-se de Streck, deve-se compreender que quando se fala em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o “lugar da fala”, isto é, sobre “o quê” se está falando. As críticas de Streck são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina. Acesso em: 04 jan. 2017.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina. Acesso em: 04 jan. 2017. Outro importante texto do autor destaca no seguinte sentido: Pindorama é incrível. O Direito de há muito já não interdita. Qualquer pessoa inventa princípios, fala de costumes (mesmo que seja proveniente de meia dúzia de adeptos) e, com isso, arruma um modo de o Estado lhe dar guarida. Sempre estoura no Estado, essa entidade metafísica. Mesmo que a CF e o Código Civil nem de longe tratem disso. Por exemplo, em nome da afetividade, dos costumes (?), etc, tudo é possível. Logo, logo, haverá união estável entre terráqueos e ET's (para dizer pouco). Explico o que quero dizer: Li que já estão registrando, em cartórios, uniões estáveis (que, como se sabe, segundo a CF são equiparadas ao casamento) de várias pessoas. Parece que o caso que li tem como fonte de Direito “um churrasco na casa de Rita ou Eustáquio”. Binguíssimo. Para quê votar em deputados? Não é necessário. O Direito nasce do costume. Trata-se de um “trisal” (em lugar de casal — adorei essa nomenclatura: tri-sal!). E eu vou estocar alimentos. E isso logo dará despesas para a Previdência. Quem paga? Simples: a patuleia. A combalida Viúva. Bingo de novo. Chamam a isso de união poliafetiva. Alvíssaras. Por que o resto do mundo não pensou nisso? Segundo a notícia, parece que a tabeliã que fez o registro (tudo indica que o Judiciário ainda não deu guarida a essa tese – ufa!) está fazendo doutorado na USP exatamente sobre esse tema. Ah, bom. Agora fiquei mais tranquilo. Só uma coisa: está fazendo pesquisa empírica às custas de uma violação ao Código Civil e à CF? Como assim? Uma tese inconstitucional? Sim, ela conta que já registrou uma união com cinco pessoas. O que dizer disso? Diz a matéria da FSP que, além do registro como união estável, o próximo passo “é acrescentar terceiros (ou quartos, quintos etc.) em planos de previdência e herança, por exemplo” (sic). Viva! Como eu me ufano do direito de Pindorama. Para quê Código Civil? Para quê /88? Viva “mores”. IN: STRECK, Lenio Luiz. **Drible da vaca em súmula, uniões poliafetivas... O que mais vem aí?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-28/senso-incomum-drible-vaca-sumula-unioes-poliafetivas-vem-ai>. Acesso em: 04 jan. 2017.

judiciais), pois o autor considera superado o velho positivismo exegético. Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o “juiz não é a boca da lei” e desta descoberta não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores (que foi “importada” de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um “positivismo fático”), a ponderação de valores (pela qual o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*).²²⁷

A codificação, para Streck, efetua a seguinte “marcha”: antes dos códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao Direito Romano. A ideia era simples, aquilo que não poderia ser resolvido pelo Direito Comum, seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o Direito Romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba “criando” um novo dado: os Códigos Civis (França, 1804 e Alemanha, 1900).²²⁸ Percebe-se que o que está escrito nos Códigos não cobre a realidade, eis que a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem o Código não é suficiente para resolver o problema da interpretação do Direito.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? IN: **Novos estudos jurídicos**. v.15. n.1. 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 04 jan. 2017. Explicando melhor: o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembremos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento. No âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno numa determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos). No que tange às experiências francesas e alemãs, isso pode ser debitado à forte influência que o direito romano exerceu na formação de seus respectivos direito privado. Não em virtude do que comumente se pensa – de que os romanos “criaram as leis escritas” – mas sim em virtude do modo como o direito romano era estudado e ensinado. Isso que se chama de exegetismo tem sua origem aí: havia um texto específico em torno do qual giravam os mais sofisticados estudos sobre o direito. Este texto era – no período pré-codificação – o *Corpus Juris Civilis*.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? IN: **Novos estudos jurídicos**. v.15. n.1. 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 04 jan. 2017. A partir de então, a função de complementariedade do direito romano desaparece completamente. Toda argumentação jurídica deve tributar seus méritos aos códigos, que passam a possuir, a partir de então, a estatura de verdadeiros “textos sagrados”. Isso porque eles são o dado positivo com o qual deverá lidar a Ciência do Direito. É claro que, já nesse período, apareceram problemas relativos à interpretação desse “texto sagrado”.

Entender a significação deste chamado Direito Civil-Constitucional é não cair na armadilha de pensá-lo como uma mera necessidade metodológica de releitura que compreenda o Direito Civil à luz da Constituição, pois não se está querendo entender este Direito como o conjunto de normas constitucionais que trata do Direito Civil, mas sim obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas. Segundo Schreiber, a ideia de promover a releitura do Direito Civil à luz das normas constitucionais ganhou corpo na Europa a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando diversas nações editaram Constituições novas, capazes de refletir seu comprometimento com a preservação da democracia, com a solidariedade social e com a proteção da dignidade humana.²²⁹ O Direito Civil-Constitucional nasce como uma resposta ao processo de codificação e neutralidade da dogmática civilista, que confiava ao Código um papel de abstração.

A convicção de que o Direito Civil-Constitucional não é neutro representa a ideia oposta da codificação burguesa que intentava manter a segurança e a estabilidade dos negócios, em que o Direito Civil protegeria a autonomia da vontade. No entanto, essa construção se confronta radicalmente com o ideal solidarista que acompanha as Constituições, fazendo com que o Direito Civil seja reformulado à luz dos valores constitucionais erigindo uma verdadeira transformação e reconstrução do Direito Privado.²³⁰

O estudo do Direito Civil-Constitucional se deve, em especial, a Pietro Perlingieri, a partir dos seus estudos sobre o Direito Civil na legalidade constitucional. Para Perlingieri, uma visão moderna, que queira analisar a realidade sem enclausurá-la em esquemas jurídico-formais, requer uma funcionalização dos institutos do Direito Civil, sendo dever do jurista, mormente do civilista, reler todo o sistema do Código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais e comunitários, de forma a individuar uma nova ordem científica que não freie a aplicação do Direito e seja mais aderente às escolhas da sociedade

²²⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p.7.

²³⁰ Como refere Schreiber, o Direito Civil brasileiro continua a exigir e continuará a exigir permanente releitura à luz dos valores constitucionais, como único caminho seguro para a realização do projeto de sociedade traçado pela Constituição Federal de 1988. É claro que o problema se impõe, em alguma medida, em todos os ramos do Direito. A situação do Direito Civil é, contudo, extremamente peculiar, pois não se limita a alterações pontuais de postura, mas impõe a reconstrução do próprio papel do Direito Civil e da codificação na realidade contemporânea, colocando em xeque noções fundamentais da ciência jurídica, como o direito subjetivo, a autonomia privada e a própria distinção entre o direito público e o direito privado. SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p.11.

contemporânea.²³¹ Desvinculando-se de dogmas historicamente superados, abre-se maior espaço para institutos que desvelam a realidade atual, reservando-se menor atenção aos já ultrapassados.

A norma constitucional eleva-se a justificação da norma ordinária, que deve se compatibilizar e harmonizar com ela, aproveitando totalmente a sua potencialidade. Neste contexto, a norma constitucional pode ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de Direito Civil, reconhecendo-se a preeminência da norma constitucional e de todos os valores nela expressos, compatibilizando-se em um ordenamento jurídico unitário, baseado em tais conteúdos.

Ao ratificar tal possibilidade, Perlingieri entende que a norma constitucional sempre será utilizada pois torna-se a razão primária e justificadora da relevância jurídica das relações, constituindo parte integrante da normativa, que, de um ponto de vista funcional, se concretiza. A norma constitucional não deve ser considerada somente como regra hermenêutica, mas como norma que incide sobre o conteúdo das relações entre situações intersubjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.²³²

Neste novo contexto, o civilista deverá entender este ramo do Direito com suas individualidades, mas harmonizá-lo com princípios fundamentais e com as necessidades existenciais da pessoa, redefinindo o fundamento e a extensão dos seus institutos jurídicos, destacando os seus perfis funcionais, modernizando a sua interpretação, dando uma nova feição ao Direito Civil, em prol do fortalecimento de um Direito Civil-Constitucional.

No Brasil, Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino foram os precursores da apresentação de tal doutrina para o Direito Civil, mormente a partir da publicação de dois textos, quais sejam: *A caminho de um Direito Civil Constitucional* e *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, respectivamente.

É com Maria Celina Bodin de Moraes que se passa a compreender que o Direito Civil foi identificado com o próprio Código Civil, que regulava as relações

²³¹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.137.

²³² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 590. Para o autor italiano, a relação direta entre intérprete e norma constitucional tenta evitar o isolamento desta última do restante sistema normativo, confirmando a unidade do ordenamento e a conseqüente superação da tradicional contraposição entre público e privado.

entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. Neste universo jurídico, as relações do direito público com o direito privado apresentavam-se bem definidas, em que o Direito Privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, ao passo que o Direito Público se apresenta como aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos.²³³

Consoante já estudado anteriormente, o sustentáculo fundamental do liberalismo pressupunha a separação entre o Estado e a sociedade civil, relegando ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, para que atuassem livremente. Porém, esta visão entrou em crise desde que o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia, e, diante de um Estado intervencionista e regulamentador, o Direito Civil viu modificadas as suas funções, não sendo mais estimado segundo os moldes do Direito individualista dos séculos anteriores.

Trata-se de uma mudança na própria estrutura do Direito Civil, alterando-se as suas relações com o Direito Público, pois os Códigos Civis perderam a posição central que desfrutavam no sistema, verdadeiras constituições em que se configuravam, acarretando a redução do espaço reservado ao contrato e à propriedade, institutos-chave do liberalismo. Ademais, a concepção de proteção da vida individual deu lugar à noção de integração do homem na sociedade, substituindo-se a figura do indivíduo isolado aquela da associação. Reconhece-se, portanto, que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de Direito Privado, a partir da tomada de consciência da unidade do sistema²³⁴ e do respeito à

²³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Publicado originalmente em: Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991. Disponível em: <http://www.grupoddp.com.br/resources/A%20Caminho%20do%20Direito%20Civil-Constitucional%20-%20Maria%20Celina%20Bodin%20de%20Moraes.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017. Nas palavras da autora, tal realidade não é nada mais diverso da concepção moderna: irreconhecível seria para os intérpretes do *Code* a nova feição do direito civil, atualmente considerado, simplesmente, como uma série de regras dirigidas a disciplinar algumas das atividades da vida social, idôneas a satisfazer os interesses dos indivíduos e de grupos organizados, através da utilização de determinados instrumentos jurídicos. Afastou-se do campo de direito civil (propriamente dito) aquilo que era a sua real nota sonante, isto é, a defesa da posição do indivíduo frente ao Estado (hoje matéria constitucional), alcançável através da predisposição de um elenco de poderes jurídicos que lhe assegurava absoluta liberdade para o exercício da atividade econômica.

²³⁴ Importante salientar que para Maria Celina Bodin de Moraes, A unidade do ordenamento é característica reconhecidamente essencial (*rectius*, lógica) da estrutura e da função do sistema

hierarquia das fontes normativas, especialmente para a CRFB/88, base única dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Diante de todas as alterações apontadas, o Direito Privado e o Público se viram modificados em relação aos seus significados originários, no sentido de que o Direito Privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o Direito Público não mais se inspira na subordinação do cidadão. Neste sentido, leciona Gustavo Tepedino que, com o apogeu das classificações, no Século XIX, sabe-se quão diminuto foi o papel das Declarações de Direitos Políticos e dos textos constitucionais nas relações de direito privado. “Por um lado, pode-se dizer que a completude do Código Civil, que caracteriza o processo legislativo com pretensão exclusivista, descarta a utilização de fontes de integração heteronômicas, forjando-se um modelo de sistema fechado, auto-suficiente, para o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhe diziam respeito”.²³⁵ A Escola da Exegese, aduz o civilista, re-elaborando o princípio da completude de antiga tradição romana medieval, levou às últimas conseqüências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações.²³⁶

jurídico. Ela decorre da existência (pressuposta) da norma fundamental (Grundnorm), fator determinante de validade de toda a ordem jurídica, e abrange a intolerabilidade de antinomias entre as múltiplas proposições normativas (constituindo-se, assim, em um sistema.) A relação entre a norma fundamental e a /88, quanto à questão do fundamento de validade do ordenamento, é também lógica, configurável através do mecanismo do silogismo jurídico; possibilita que se considere o documento constitucional como conjunto de normas objetivamente válidas, e, concomitantemente, coloca-o como a instância a que foi dada a legitimidade para "revalidar" a ordem jurídica. Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela /88, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em conseqüência, inaceitável a rígida contraposição direito público - direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um "mondo in frammenti", logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário. Conseqüentemente, a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação. MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Publicado originalmente em: Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991. Disponível em: <http://www.grupoddp.com.br/resources/A%20Caminho%20do%20Direito%20Civil-Constitucional%20-%20Maria%20Celina%20Bodin%20de%20Moraes.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²³⁵ TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição**: premissas para uma reforma legislativa. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²³⁶ Assinala-se o fetichismo da lei e, mais ainda, o fetichismo do Código Civil para as relações de direito privado: o caráter peculiar da escola de admiração incondicional pela obra do legislador por meio da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, em definitivo a crença que o Código, uma vez emanado, basta completamente a si próprio. Trata-se da imagem da codificação como completude: uma regra para cada caso. O Código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir

No Estado Democrático de Direito, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a dicotomia entre público e privado perde sentido, já que os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Assim sendo, refere Bodin de Moraes que é correta a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de despatrimonialização do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.²³⁷

Partindo-se das premissas apresentadas, tem-se que qualquer norma ou cláusula contratual deve se coadunar com a normativa constitucional. Desta forma, as normas do direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais, em que a regulamentação da atividade privada igualmente deve se constituir na expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da humana. Como resultado, opera-se uma transformação no Direito Civil, em que, da regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, passa a se importar com a regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

infallivelmente e do qual não pode se afastar. TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição:** premissas para uma reforma legislativa. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²³⁷ Para a autora, configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. São exemplos marcantes dessa nova perspectiva os dispositivos constitucionais que abrem os capítulos do Título dedicado à ordem econômica e financeira. Assim, o art. 170, regulando os princípios gerais da atividade econômica, dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. O art. 182, relativamente à política de desenvolvimento urbano, afirma que esta tem por objetivo garantir o bem estar dos habitantes das cidades. E, no mesmo sentido, os arts. 184, 186 e 192 da CF. Ao intérprete incumbirá, pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais. MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional.** Publicado originalmente em: Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991. Disponível em: <http://www.grupoddp.com.br/resources/A%20Caminho%20do%20Direito%20Civil-Constitucional%20-%20Maria%20Celina%20Bodin%20de%20Moraes.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

Como entende Tepedino, as leis desafiam o civilista, já que possuem características inteiramente diversas da legislação codificada, a começar pela técnica peculiar, por meio de expressões setoriais, não guardando o caráter universal e a precisão lingüística de outrora. Se o idioma agrega, a cada dia, termos do cotidiano, nada mais natural que as novas situações jurídicas, sempre mais especializadas, sejam disciplinadas por expressões – quando não jargões – colhidas na mutante realidade social. De outra forma, porém, o legislador deixa de atuar de maneira genérica e neutra, mediante suportes fáticos considerados como estruturas formais e abstratas. Diversamente, define os objetivos de política legislativa – tônica do Estado Social – delineando-se o que se nomeou, de função promocional do Direito.²³⁸

Todas essas circunstâncias indicam tempos marcados por um equilíbrio das fontes normativas e pela necessidade, daí decorrente, de fornecer aos intérpretes-aplicadores novos parâmetros interpretativos. Em atenção ao que já fora referido por Lenio Streck, quando compreende a necessidade de se resgatar a importância da doutrina para o desenvolvimento da Ciência Jurídica, Tepedino igualmente irá colocar que esta visão recupera o papel da doutrina, em que se afasta o pretense caráter abstrato do legislador e, no plano metodológico, das bases interpretativas meramente formais, em favor de um conteúdo normativo flexível, mas objetivamente indicado pelo Poder Legislativo.²³⁹ Para o autor, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, facilita-se pela compreensão do papel dos

²³⁸ Para corroborar a sua lição, Tepedino vale-se de Erik Jayme, Professor de Heidelberg, que, no Curso Geral de 1995, ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia, sob o significativo título *Identité Culturelle et Intégration: L'ê Droit International Prive Postmoderne*, sustentou a existência de uma cultura jurídica pós-moderna, caracterizada por quatro fenômenos: o pluralismo, a comunicação, a narrativa e o retorno aos sentimentos (*retour aux sentiments*), cujo leitmotiv seria “o papel primordial dos direitos humanos. Os dois primeiros fenômenos apontados, o pluralismo e a comunicação, falam por si. Observou-se, a propósito, as inúmeras manifestações do pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes indeterminados (como nos interesses difusos), pluralismo dos agentes ativos a quem imputar a responsabilidade (como no caso dos fornecedores que se organizam em cadeias), em relações extremamente despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas. A comunicação, por sua vez, é tida como valor máximo da pós-modernidade, associado à valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, como valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar. TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição:** premissas para uma reforma legislativa. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²³⁹ Nas palavras de Tepedino, consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição. TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição:** premissas para uma reforma legislativa. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

princípios constitucionais nas relações de direito privado, reconhecendo-se o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, norteadores de uma eficácia imediata nas relações de intersubjetivas do Direito Civil.

A tensão da dicotomia entre o Direito Público e Privado foi uma das características marcantes da formação do Direito na modernidade e o apogeu do Direito Civil-Constitucional bem serve como marco do fim de tal ruptura, a partir de uma nova divisão utilizada pela doutrina civilista a partir das terminologias do *ter* e *ser*. Neste sentido, leciona Perlingieri que a ordem social pode ser analisada sob dois perfis: o *ter*, que pertence à estrutura econômica e produtiva, ao aspecto patrimonial e mercantil da organização social; o *ser*, que resguarda o aspecto existencial da pessoa com os seus direitos e deveres. Para o autor, a primeira categoria inclui a problemática da propriedade, da iniciativa econômica privada e da empresa e, em parte, do trabalho como elemento de produção; a outra, a problemática dos direitos fundamentais da pessoa: direito ao trabalho, à educação, a uma vida livre e digna, à igualdade substancial frente aos outros cidadãos, ao respeito da própria dignidade.²⁴⁰

Na clássica divisão entre o público e o privado, o Estado exercia apenas o papel de garantidor dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, se atendo de participar da regulação direta das relações privadas, ao mesmo tempo em que os homens, agora considerados como sujeitos de direito, passam a contar com uma limitação protetiva da vontade arbitral proveniente do poder emanado pelo Estado. Canotilho, em tal contexto, aduz que a consideração do indivíduo como sujeito da autonomia individual, moral e intelectual (essência da filosofia das luzes), justificará a exigência revolucionária da constatação ou declaração dos direitos do homem, existentes *a priori*,²⁴¹ como a reafirmação de uma *teoria da tolerância*, ou seja, de. É neste período que se verificava o primado do direito privado sobre o direito público, o qual deveria apenas garantir a não interferência do Estado no exercício da autonomia privada dos indivíduos.²⁴² Tal situação perdura até o advento do

²⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 177.

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p.110.

²⁴² FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Livraria do Advogado: 2003. p.20.

constitucionalismo social e do conseqüente maior intervencionismo estatal, fruto das concepções do *Welfare State*, como já se havia referido anteriormente.

É importante se considerar que, a partir de tal cenário, o Estado passa a cumprir a sua função social de garantidor de direitos mínimos a serem observados pelos sujeitos, repousando-se em uma fase notadamente marcada pela busca da igualdade material, mediante a criação de meios e modos para o exercício pleno dessa igualdade dentro da sociedade, e que ratifica a necessidade contemporânea de superação da cisão entre público e privado pela Ciência Jurídica, já que Código Civil e Constituição devem andar juntos e não mais em um modelo de incomunicabilidade. Sobre este modelo tradicional, Judith Martins-Costa refere que

Essa concepção deixou profundos sulcos em nossa mentalidade, na maneira de compreendermos a extensão do campo jurídico e, por consequência de relacionarmos a Constituição e o Código Civil, os Direitos Fundamentais e o espaço das relações privadas. Um dos mais profundos sulcos - o verdadeiro marco divisório nesse relacionamento - pode ser denominado de "*o modelo da incomunicabilidade*": Constituição e Código Civil andavam paralelos, como mundos que não se tocavam senão sob o aspecto formal, em razão do princípio da hierarquia das leis e dos cânones que guiam a vigência da lei no tempo e espaço. (grifado no original)²⁴³

Como se observa, a constitucionalização do Direito Civil traduz uma ideia associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico²⁴⁴, de tal forma que se passa a defender a aplicabilidade imediata da Constituição e do rol de direitos fundamentais nela nas relações entre particulares, havendo uma produção normativa que especifique a existência dessa pretensa vinculação.²⁴⁵

Paulo Nalin enumera sete premissas metodológicas para se compreender esse fenômeno chamado de constitucionalização do Direito Civil. Segundo o autor,

²⁴³ MARTINS COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Livraria do Advogado: 2003. p.65.

²⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. IN: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 244.

²⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p.1287. Ademais, como aduz Paulo Lôbo, esse dualismo exerceu uma força de sedução que persiste até os nossos dias, no senso comum dos juristas, sendo que, como se verá a seguir, segundo o autor, o processo de interpenetração entre o direito público e privado somente começa a ocorrer no Brasil "a partir da última década do século XX, entre os juristas preocupados com a revitalização do direito civil e a sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição de 1988, como expressões das transformações sociais. IN: LOBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. IN: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p.18.

o primeiro passo para a compreensão desta nova metodologia está na própria regra jurídica, em sentido mais amplo, passando a técnica legislativa do tipo hermético (preceito e sanção), às cláusulas gerais, abrangentes e abertas.²⁴⁶ Ocorre que, na verdade, entende-se que o modelo estratificado da regra jurídica não se coaduna com a necessária plasticidade das normas às tendências sociais, o que se desvela na própria CRFB/88, a qual possui diferentes dispositivos ávidos por sua concretização a partir de uma experiência hermenêutica.

Ainda, como segundo balizador, tem-se a redução do contexto técnico da linguagem empregada nos textos legais, visando o legislador, com isto, promover um atendimento às especificidades dos setores destinatários da regra elaborada, como a informática, a economia, entre outros, pois, para Nalin, o comprometimento legislativo com uma linguagem que se distancie do apuro técnico e específico do Código Civil, implica maior eficácia das regras constitucionais e infraconstitucionais, realizando-se o comando constitucional do Estado Democrático de Direito, a partir da funcionalização da linguagem técnico-jurídica.²⁴⁷

Como terceira premissa, o autor considera que a regra constitucional, enquanto vocacionada à programação das atividades do Estado e ao encaminhamento de um comportamento social desejado está vinculada a uma função promocional do Direito, o que não se configurava no âmbito do Código Civil de 1916, uma vez que seu texto “é fruto do movimento codificador, em que tal estrutura normativa ainda não era concebida, detectando-se verdadeiro hiato, nesta passagem, entre a nova vocação constitucional e o revogado Código Civil”.²⁴⁸

A quarta premissa metodológica para a constitucionalização do Direito Civil reside na tendência de se condicionar a efetividade dos direitos patrimoniais dos atos jurídicos à realização de valores superiores do ordenamento²⁴⁹, tal como a

²⁴⁶ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.34.

²⁴⁷ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.34.

²⁴⁸ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.35.

²⁴⁹ Paulo Nalin considera que o enfoque interpretativo da Carta há de ser outro, que signifique uma verdadeira mudança de atitude, pois o jurista deve interpretar o Código Civil à luz da /88 e não o contrário. Para o autor, a suma divisão do Direito, nos seus ramos do Público eo Privado, tornou órfãos os civilistas dos pais do constitucionalismo moderno, por conta de que pouca ou nenhuma importância está sendo atribuída ao princípio (constitucional) da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, de relevante significado no cenário geral da interpretação das leis, na medida em que a presença da Constituição se torna cada vez mais evidente na solução das

dignidade da pessoa humana, até porque este valor jurídico, dentre outros, encontra-se no vértice da estrutura legal. Assim, inicialmente, deve-se indagar se o contrato celebrado resguarda tais valores existenciais, para, em seguida, decidir sobre sua eficácia patrimonialista.

Como quinta proposição à constitucionalização do Direito Civil, alude-se à compreensão de um novo olhar para as fontes do Direito e a reafirmação da prevalência da Constituição em face do Código Civil. Para o autor em análise, tal premissa é corolário direto da anterior, quando reafirmada a interpretação da regra civil conforme a Constituição.

Na sua leitura, tal visão não pretende diminuir ou aniquilar o relevante papel do Código Civil na sociedade, mas conservar e renovar os institutos civilísticos, em um momento de modificações legislativas, introduzidas pelo novo Código Civil. Seguindo-se, o sexto elemento metodológico reside no próprio novo contratualismo, “que revela a fórmula pela qual a sociedade exterioriza os seus interesses sociopolíticos por intermédio da negociação legislativa”.²⁵⁰ Por fim, o sétimo enunciado metodológico, que, segundo Nalin, explica o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil é a possibilidade de direta aplicação das normas constitucionais às relações interprivadas, na medida do reconhecimento de um ordenamento jurídico unitário e da normativa constitucional como regra de conduta, posta no sentido da funcionalização dos institutos jurídicos preexistentes e aberto às novas tendências sociais.²⁵¹

A constitucionalização do Direito colocou no centro dos sistemas jurídicos contemporâneos documentos jurídicos como as Constituições que, contendo princípios éticos, devem ser interpretadas evolutivamente de acordo com o modificar-se dos valores ético-políticos no bojo da comunidade a que se refere. Neste mesmo sentido, a CRFB/88 deve ser lida, em várias de suas normas, de acordo com um perfil solidarista, na busca de mecanismos capazes de suprir as necessidades dos cidadãos.

questões jurídicas. IN: NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.38.

²⁵⁰ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.43.

²⁵¹ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.49.

Resta individuar uma nova sistematização do Direito, para que haja a superação da mentalidade segundo a qual o Direito Privado é a liberdade dos particulares de cuidar dos próprios interesses, enquanto que o Direito Público oferece as estruturas e serviços sociais, a fim de permitir ao interesse privado a sua livre e efetiva realização.²⁵²

A superação dessa mentalidade conduziu à chamada despatrimonialização dos bens jurídicos ou do Direito Civil²⁵³, que vê confluir a proteção a direitos como a integridade física, nome, imagem, entre outros imanentes à esfera existencial da pessoa, em direta derivação constitucional. Insiste-se, portanto, sobre a relevância da tutela dos interesses da personalidade no Direito Privado, reconstruindo-se o Direito Civil, não com uma redução ou um aumento de tutela de situações patrimoniais, mas com uma proteção qualitativamente diversa.

É com Fachin que sempre se relembra a ideia de que o movimento de publicização do Direito Privado emanava desde o Pós-II Guerra Mundial, mas a Constituição-cidadã “salientava-o de maneira dramática, afetando, frontalmente, os pilares das Codificações Oitocentistas Privadas, fazendo com que o Código Civil perdesse a centralidade de outrora para o texto constitucional”.²⁵⁴ Trata-se da aceitação da ideia de que o Direito Civil não pode ser analisado apenas através dele próprio, senão com o influxo do Direito Constitucional, já que o Código não se torna mais a espinha dorsal do Direito Privado, conquanto o advento da CRFB/88 e o surgimento de microsistemas tenham modificado tal concepção.

Como já referido anteriormente, as fronteiras entre o público e o privado cada vez mais se tornam menos claras, e, assim, a CRFB/88 passa a se incorporar na seara privada, demonstrando, dentro da práxis jurídica, a sua força em institutos tipicamente de Direito Privado. O contrato, a propriedade, a família, a função social, a boa-fé, tudo passa, agora, pelo crivo constitucional, balizando a releitura dos institutos privados à luz da Carta.

²⁵² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.150.

²⁵³PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.121. Com este termo, individualiza-se uma tendência normativo-cultural: evidencia-se que no ordenamento fez-se uma opção, que lentamente vai se concretizando entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)

²⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. IN: CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. (coord.). **Direito privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p.20.

Segundo Fachin, dos institutos jurídicos de Direito Privado, sobretudo civis, alguns deles, notadamente, foram alterados de maneira intensa. O Direito de Família e o Direito dos Contratos foram profundamente rejuvenescidos pela Constituição.²⁵⁵ Para o autor, a Carta Magna passou a ter uma função promocional nos contratos, com o Poder Público interferindo nas relações contratuais, definindo limites e constitucionalizando este ramo, que, até então, não sofria ingerência do Direito Público. Da mesma forma, o Direito de Família constitucionalizou-se, impondo uma radical reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de família. A questão da propriedade, igualmente passa por transformações, haja vista que a função social da propriedade torna-se figura essencial para a compreensão deste instituto.

Logo, o Direito Contemporâneo necessita superar a crise que pode ser atribuída à fragilidade dos pilares da modernidade, porque pautava o sujeito enquanto individualidade e autonomia, para possibilitar o respeito à diferença e aos direitos fundamentais. Nas palavras de Fachin, é “tempo, pois, de operar criticamente e “reinventar” o Direito Civil.”²⁵⁶ E é assim que se inicia uma concepção de sociedade em função do homem e não o contrário. O homem se realiza nas comunidades em que atua.

Entender a guinada do Direito Civil-Constitucional, e sua conseqüente aplicação nas relações intersubjetivas, não deve ser compreendida como uma espécie de autorização normativa de subjetividade do intérprete. Da mesma forma, defender que a aplicação desta teoria necessita ser refletida em cada caso concreto igualmente não conduz ao entendimento de que uma postura destas seria chamada de positivista, no sentido kelseniano.

O positivismo jurídico de Hans Kelsen procura trazer um caráter científico ao Direito, como se este se constituísse em um sinônimo de norma jurídica. Para o atingimento de tal desiderato, Kelsen desvincula o Direito de questionamentos ligados ao seu aspecto valorativo, como, por exemplo, se a norma é justa ou verdadeira, substituindo esses questionamentos por outro mais objetivo: se a norma é válida ou inválida, pois para ele, o sistema de normas que se apresenta como uma

²⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. IN: CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. (coord.). **Direito privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p.23.

²⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 86

ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo ou porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada, fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, aduz Kelsen, “pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”.²⁵⁷

Embora o positivismo continue sendo o paradigma adotado para a formulação dos ordenamentos jurídicos, mormente nos países da *Civil Law*, ele se mostra como um modelo insuficiente diante da constitucionalização do Direito, justamente porque a lei não pode mais ser lida como algo estático, mas como a expressão da harmonia entre os princípios positivados na legislação infraconstitucional com a Constituição. A Constituição passa a assumir uma força normativa²⁵⁸, em que “a solução de cada controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas a luz de todo o ordenamento, em particular dos princípios fundamentais, como escolhas de fundo que o caracterizam”.²⁵⁹

Sobre tal mudança paradigmática, Leonel Severo Rocha compreende que a hermenêutica representa um avanço da crítica jurídica, aprofundando a questão da interpretação normativa. Para o autor, num primeiro momento, na modernidade, o normativismo surge como um sistema jurídico fechado, em que as normas válidas se relacionam com outras normas, formando um sistema dogmático hierarquizado; e, num segundo momento, na globalização, surgem hermenêuticas que dizem que as normas jurídicas, no sentido Kelseniano, no sentido tradicional, não são mais possíveis, que é preciso haver uma noção mais alargada, uma noção mais ampla que inclua regras, princípios, diretrizes políticas, com uma participação maior da sociedade. Deste modo, nas palavras de Leonel Severo Rocha “a hermenêutica é, um avanço da crítica jurídica porque aprofunda a questão da interpretação normativa, dando uma função muito importante aos juízes, advogados, e aos operadores do Direito em geral”.²⁶⁰

²⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 139.

²⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1150.

²⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 175.

²⁶⁰ ROCHA, Leonel Severo. **Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II**. Florianópolis, 22 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/da->

No mesmo sentido, Lenio Streck ensinará que a hermenêutica no Estado Democrático de Direito trata de um novo paradigma fundado na autonomia do Direito, afirmando que o Direito que exsurge do paradigma do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional forjado a partir do segundo pós-guerra) deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do direito, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. A Constituição é, assim, a manifestação desse grau de autonomia do direito, isto é, deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral. Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições sociais, compromissórias e dirigentes do segundo pós-guerra.²⁶¹

Estas Constituições dirigentes apontadas por Streck assumiram o caráter normativo dos princípios e a sua relação com as demais regras e valores do sistema, reformulando a argumentação jurídica a partir da possibilidade de uma nova hermenêutica constitucional, que possibilite o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais sob a base do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio foi objeto de expressa previsão legal no texto constitucional vigente mesmo em outros capítulos da Carta, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, *caput*) seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, *caput*). Mais adiante, no artigo 230, ficou consignado que "a família, a sociedade e o Estado

epistemologia-jur%C3%ADdica-normativista-ao-construtivismo-sist%C3%A2mico-ii-leonel-severo-rocha>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²⁶¹ Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional (compromissório e dirigente), o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. Ou seja, a sua autonomia passa a ser a sua própria condição de possibilidade. Se foi diminuída a liberdade de conformação do legislador, através de textos constitucionais cada vez mais analíticos e com ampla previsão de acesso à jurisdição constitucional, portanto, de amplo controle de constitucionalidade, o que não pode ocorrer é que essa diminuição do "poder" da legislação venha a representar um apequenamento da democracia, questão central do próprio Estado Democrático de Direito. STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? IN: **Novos estudos jurídicos**. v.15. n.1. 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 04 jan. 2017.

têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo a sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.²⁶²

A positivação do princípio da dignidade humana se irradia por todo o ordenamento, momento em que surge a “obrigação - não mais livre escolha - imposta ao jurista de levar em consideração a prioridade hierárquica das normas constitucionais, sempre que se deva resolver um problema concreto”.²⁶³ Com o retorno do ser humano ao centro do ordenamento jurídico tem-se que, se antes os indivíduos poderiam exercer a sua autonomia da vontade sem a observância de direitos fundamentais em suas relações, com o advento do constitucionalismo social e desta nova hermenêutica apontada por Lenio Streck, abandona-se a ética do individualismo partindo-se para uma ética da solidariedade, ratificando-se e acentuando-se a proteção da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, como refere Barroso “é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição”.²⁶⁴ As novas temáticas de Direito Civil-Constitucional vinculam-se e convidam o intérprete a uma reflexão sobre a tutela da pessoa humana, a partir de um processo de despatrimonialização do Direito Civil, que busca realizar ao ser humano uma real proteção visando ao reestabelecimento de uma igualdade material, respeitando a hierarquia de valores do ordenamento jurídico, no qual a Constituição ocupa lugar proeminente, já que a dignidade passa a ser uma norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional e material e, como tal, inequivocadamente carregado de eficácia, alcançando, portanto a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.²⁶⁵

Para Luiz Edson Fachin, há um cenário que se apresenta ao Direito Civil Contemporâneo, que demonstra seus limites e possibilidades, a partir de um novo horizonte no qual se deve observar a incidência franca da Constituição nos diversos

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 72.

²⁶³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução aob direito civil-constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 5.

²⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. IN: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 252.

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 80.

âmbitos das relações entre particulares, mormente nos contratos, nas propriedades e nas famílias, à luz de comandos inafastáveis de proteção à pessoa. Ainda, para o autor, há criativas tensões entre a aplicação de regras e princípios constitucionais e o ordenamento privado codificado, em que os Códigos Civis são reinterpretados pelas Constituições do Estado Social de Direito.²⁶⁶ No mesmo sentido, Perlingieri:

Não existem, portanto, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte de uma relação jurídica de direito civil. Essa solução é a única permitida se se reconhece a preeminência das normas constitucionais - e dos valores por ela expressos - em um ordenamento unitário, caracterizado por estes conteúdos. [...] A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (ainda que não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam.²⁶⁷

Eis, portanto, que neste Direito Civil-Constitucional os três pilares de base do Direito Privado (propriedade, família e contrato) recebem uma nova leitura sob a centralidade da CRFB/88, redirecionando-os ao Direito Civil preocupado em ser um instrumento de realização dos direitos fundamentais e da liberdade substancial da pessoa, funcionalizando-se tais institutos, dentro daquilo que Luiz Edson Fachin chamará de *Virada de Copérnico*.²⁶⁸ Para o civilista, essa virada se registra desde o princípio das raízes históricas e sociológicas da vida privada captada pelos Códigos. As transformações se dão no tríptico vértice do Direito Civil, em que o contrato passa a ser visto em uma relação de obrigação como processo²⁶⁹ e a propriedade passa da titularidade singular ao significativo plural, assim como o sentido de família que acompanha a pluralização de significados.

²⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.10-1.

²⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 589.

²⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.57.

²⁶⁹ A terminologia *obrigação como processo* se deve a Clóvis do Couto e Silva, para quem a crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionais considerados metajurídicos no campo da ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o *corpus júris* vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinação. COUTO E SILVA, Clóvis V, do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.65.

Ocorre, porém, que esta *Virada Copernicana* não pode e nem deve significar uma ameaça ao Estado Democrático de Direito, proveniente de discricionariedade e arbitrariedade das decisões judiciais e do conseqüente decisionismo que pode exsurgir. Tal paradoxo é entendido por Lenio Streck no sentido de que depois dessa revolução copernicana, representada pelo acentuado grau de autonomia do Direito conquistado no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma crescente perda da sua autonomia, que pode ser interpretada simbolicamente, nestes tempos duros de pós-positivismo, a partir das diversas teses que apostam na análise econômica do direito, no interior das quais as regras e os princípios jurídico-constitucionais só têm sentido funcionalmente. Como refere o autor, o Direito deve apenas servir para “satisfazer”, de forma utilitária, às necessidades “sociais”, em que o “Direito é visto essencialmente indeterminado, no que tais posturas se aproximam, perigosamente, dos diversos matizes positivistas, que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito.”²⁷⁰

Propõe Lenio Streck, desta forma, a resistência através da hermenêutica, apostando na Constituição como instância da autonomia do Direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais, já que se a grande conquista do século XX foi o alcance de um Direito transformador das relações sociais, será um retrocesso reforçar ou acentuar formas de exercício de poder fundados na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, que leva a arbitrariedades, em relação à própria Constituição, em que a superação do positivismo dar-se-á a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, alcançando-se uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição a partir do exame de cada caso.

Justamente neste ponto a tese necessita refletir, dentro do contexto Civil-Constitucional, que a reconsideração do *ser* como centro do ordenamento jurídico não é apenas um discurso em prol e justificado pela dignidade humana. É mais do que isso, é a valorização do ser a partir da hermenêutica filosófica. Na teoria civilista, a visão abstrata de pessoa, fundada na dogmática tradicional, tornou o sistema jurídico clássico um estatuto patrimonial do homem, atribuindo-se ao sujeito um determinado objeto, na medida em que este representa o meio destinado à

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? IN: **Novos estudos jurídicos**. v.15. n.1. 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 04 jan. 2017.

satisfação da necessidade humana. Nos dias atuais, entretanto, como refere Jussara Meirelles, a crescente multiplicação de problemas e desafios da sociedade industrial e tecnológica ultrapassou o alcance das disposições contidas no Código Civil, desvelando novas contingências que conduzem à readequação dos pilares tradicionais.²⁷¹

Foi no século XX, ao lado de ter proporcionado uma evolução tecnológica, que também se verificou o abalo de valores que sustentaram ética e juridicamente os valores da civilização ocidental. O jurista do novo século não encontra valores consagrados e definidos para ditar os rumos da ordem jurídica contemporânea, nem critérios válidos e permanentes para imprimir-lhe eficácia e coerência. Por tal razão, o direito positivo vai se transformando em uma colcha de retalhos.²⁷²

O progresso científico ocasionou para o legislador dificuldades que se iniciaram com a identificação da inexistência de previsão legal para a solução de diversos conflitos, culminando com a leitura inadequada dos institutos do Direito. Diante disso, os modelos teóricos que consagravam o fenômeno jurídico quedaram-se insuficientes diante da nova realidade, questionando-se os próprios fundamentos do sistema jurídico na contemporaneidade.

Tais considerações demandam do intérprete-aplicador um novo agir para a busca de uma resposta constitucionalmente adequada, a qual se subsidia na hermenêutica filosófica de Martin Heidegger. O fator determinante para o pensamento de Heidegger foi o seu encontro com a fenomenologia. Segundo Stein, foi a descoberta da fenomenologia que desencadeou os novos recursos que o conduziram às regiões distantes de um pensamento que se afirmava em confronto com toda a tradição filosófica ocidental. Assim, analisar sua posição dentro do

²⁷¹ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. IN: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.109.

²⁷² JUNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. IN: **Revista da EMERJ**. v. 9, n. 35, 2006. p.15. Assevera o autor que com técnicas de direito público, de acendrado teor socializante, sempre mais e mais, se coacta a liberdade individual, sem embargo de o Estado Ocidental se declarar fundado na livre iniciativa individual. Por isso, questiona onde localizar a dignidade da pessoa humana quando o indivíduo não consegue se libertar da intromissão constante e intensa nas esferas não apenas econômicas, mas até mesmo íntimas, personalíssimas. Cada vez mais se exige que o direito se faça presente com força cogente e inarredável, a tal ponto que, em nome do gigante aterrorizante do social e do coletivo, nem mais se consegue separar o direito público do direito privado.

movimento fenomenológico é, portanto, destacá-lo como um pensador que ultrapassou a situação concreta da corrente fenomenológica que recebera.²⁷³

A fenomenologia veio, antes de tudo, abrir horizontes para a elaboração das instituições e experiências metafísicas dos que a ela aderiram. E, assim, já na introdução de *Ser e Tempo*, Heidegger irá apresentar o conceito de fenômeno como um mostrar-se em si mesmo, um modo privilegiado de encontro e o de fenomenologia, como “a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir o tema da ontologia. A ontologia só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados”.²⁷⁴

A questão que se coloca como um ponto de partida é a compreensão de que o novo trazido pela teoria hermenêutica de Heidegger, que é aquilo que se chama de fenomenologia hermenêutica é que ele acrescenta um aspecto prático na medida em que descreve o ser humano como um ser-no-mundo, que, desde sempre, já se compreende a si no mundo, mas só se compreende a si mesmo no mundo porque já se antecipou sempre uma compreensão do ser. Essa compreensão do ser não é um ser objetivo, objeto, mas totalidade. Se antes a hermenêutica era o compreender de textos, ou seja, determinados objetos; agora, o compreender é um compreender que se constitui como totalidade, porque é um compreender do mundo, que é a própria transcendência. Como refere Stein, “estamos envolvidos com os objetos do mundo e descrevemos o mundo no qual se dão os objetos”.²⁷⁵

Nesse contexto, Heidegger assume uma tarefa decisiva: a questão do sentido do ser. Essa compreensão da vida fática do homem é que o Heidegger vai chamar terminologicamente de *Da-sein*. Torna-se importante chamar a atenção para esse ponto, uma vez que ao lado desses conceitos, Heidegger definirá a transcendência como o modo em que o *Da-sein* existe, a saber, finitamente.

O problema central de Heidegger é o problema do ser, o fenômeno da existência na sua faticidade. É necessário compreender que Heidegger identificará o conceito de ser com a noção de presença, aquilo que subsiste, razão pela qual

²⁷³ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001. p.135.

²⁷⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p.75.

²⁷⁵ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p.61.

Vattimo explicará que essa obra começa com uma análise preparatória do ser do homem.²⁷⁶

Heidegger reconhece que o essencial a toda compreensão é certa pré-compreensão, certo horizonte preliminar, aberto, que, em vez de limitar a liberdade da compreensão, a torna possível. Aquilo que é procurado na questão do ser não é completamente desconhecido, embora, à partida, nos seja inconcebível. Assim, é possível questionar como se resolve este paradoxo entre o desconhecido e inconcebível. O filósofo o fará a partir da distinção entre *ser* e *ente*.

O questionado é o ser, o que determina o ente como ente, aquilo em direção ao qual o ente, qualquer que seja a explicação, é já, a cada instante, compreendido. O ser do ente não é ele próprio. Essa distinção permitirá que se faça ontologia e não história. Chama-se ente a uma multiplicidade de coisas e de modos: aquilo que se fala pensa, os comportamentos, o que se é e o modo como se é. Quanto ao ser, reside no *que*, no *quem*, naquilo que subsiste, no que existe, nesse ente particular que é o *Da-sein*, porque ele é o único ente capaz de se interrogar sobre o seu ser.

Por essa razão é que se pode afirmar que a filosofia presente em *Ser e Tempo* não é uma filosofia do sujeito, mas uma filosofia do ser do ente que existe: o *Da-sein*. E, assim, na obra em análise é que Heidegger definirá existência ao próprio ser com o qual a presença pode relacionar-se dessa ou daquela maneira e com a qual ela sempre se relaciona de alguma maneira. A presença sempre se compreende a si mesma a partir de sua existência, de uma possibilidade própria de ser ou não ser ela mesma. A questão da existência só poderá ser esclarecida sempre pelo próprio existir. Ao lado desse conceito, Heidegger chamará de existencialidade o conjunto dessas estruturas. A existencialidade que possui o caráter uma compreensão existencial.²⁷⁷

Ao se analisar tais aspectos da hermenêutica fenomenológica de Heidegger, é necessário destacar que Streck explica que o filósofo será o corifeu da postura que se caracterizará por explicar a compreensão como forma de definir o *Da-sein* (o ser-áí). O que nos é dado a entender acerca da existência humana, com sua finitude,

²⁷⁶ VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Rio de Janeiro: Edições 70, 1987. p.23.

²⁷⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p.48-49.

sua mobilidade, sua projeção para o futuro e sua precariedade, tudo isso pertencerá à forma primordial do compreender.²⁷⁸

Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, para a qual a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Da-sein* (ser-aí ou pre-sença), em que o Da (aí) é como as coisas, ao aparecerem, chega ao ser, não sendo, desse modo uma propriedade do ser. A questão sobre o sentido do ser só é possível quando se dá uma compreensão do ser. O sentido articula-se simbolicamente. Encontra-se o *Da-sein* na estrutura simbólica do mundo. O *Da-sein* se comporta compreendendo. A compreensão do ser pertence ao modo de ser deste ente denominado *Da-sein*. Quanto mais originária e adequadamente se conseguir explicar esse ente, maior a segurança do alcance na caminhada rumo à elaboração do problema ontológico fundamental. O conceito de ser, vai dizer Lenio Streck, é o mais universal e mais vazio, resistindo a toda tentativa de definição. Por ser o mais universal dos conceitos, prescinde de definição.

Por tal razão é que a fenomenologia é a possibilidade de pensamento, porque vai ser o método de acesso à coisa. A fenomenologia é o modo de acesso ao que deve tornar-se tema da ontologia, ela é o método que permite determinar o objeto da ontologia, legitimando-o. O ser do ser-aí é a existência. O ser é, em si mesmo, hermenêutico, enquanto nele reside uma pré-compreensão. A partir dessa estruturação existencial do *Da-sein*, que, igualmente, terá a sua compreensão a partir da tradição histórica, é que irá importar a contextualização da faticidade.

Já que para Heidegger é preciso entender o *Da-sein* do homem, então se está falando na hermenêutica da faticidade, que foi substituída, no século XX, pela filosofia hermenêutica. O *Da-sein* do homem, a ontologia como hermenêutica da faticidade. Ontologia e hermenêutica eram aproximadas pela primeira vez, e, assim, Heidegger daria início a uma tarefa enfrentada em *Ser e Tempo* como ontologia fundamental e que significaria uma mudança na concepção de fenomenologia de Husserl, com a introdução da fenomenologia hermenêutica.

Como explica Stein, a faticidade trata o ser daquele ente que Heidegger privilegia e ao qual dá lugar especial em meio aos entes. Assim, introduz um terceiro nível: e ente enquanto ente, o ser do ente e o nível do ente que somos nós, o *Da-*

²⁷⁸ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.248.

sein.²⁷⁹ A faticidade é a denominação para o caráter ontológico do nosso próprio *Da-sein*. Fático é aquilo que é articulado como *Da-sein*, que é estruturado desde ele mesmo, sobre um caráter ontológico, assim constituído, e, então, dessa maneira, é. Por exemplo, a vida como um modo de ser, então vida fática significa o nosso próprio *Da-sein* enquanto aí, em alguma expressão ontológica de seu caráter de ser.

Assim, na hermenêutica se forma para o *Da-sein* uma possibilidade de se tornar compreendente para si e ser assim, de modo que hermenêutica e faticidade se juntam em uma recíproca implicação. Por isso, em Heidegger se compreende que o modo como se apresenta o *Da-sein* é a sua faticidade, porque o existir é sempre fático, mas a existencialidade é que se determina através da faticidade. Assim, a manifestação hermenêutica que o homem realiza do ser enquanto fenômeno é a própria mensagem que ele recebe do ser e o que determina a vinculação hermenêutica do homem com o acontecer do ser, enquanto fenômeno é a linguagem.

Se já se compreendeu que a questão do ser significa tornar transparente um ente em seu ser, então se entende que esse ente que cada um de nós é e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, e será designado pelo termo pre-sença. O homem é definido, pois, como existência, como poder-ser.

Heidegger mencionará que o ente em que há a tarefa de analisar *somos nós mesmos*. O ser deste ente é cada vez mais meu. *Ser* é o que neste ente está sempre em jogo. A essência do ente está em ter de ser. A *essentia* deste ente, na medida em que dela se possa falar, há de ser concebida a partir de seu ser, de sua existência. Neste sentido, é tarefa ontológica mostrar que se escolhe a palavra existência, para designar o ser do ente.

Em tal visão filosófica, Lenio Streck compreende que no confronto entre a hermenêutica (filosófica) e as diversas teorias da argumentação, fica patente a não preocupação destas com o problema do relativismo. Conseqüentemente, quem se preocupa com a possibilidade de respostas corretas é a hermenêutica, exatamente pelo seu caráter antirelativista. Negar a possibilidade de que possa existir uma resposta correta pode vir a se constituir em uma profissão de fé no positivismo e, portanto, na discricionariedade judicial, uma vez que o caráter marcadamente não-relativista da hermenêutica é incompatível com a existência de múltiplas respostas.

²⁷⁹ STEIN, Ernildo. **Nas proximidades da antropologia**: ensaios e conferências filosóficas. Ijuí: Unijuí, 2003. p.55.

Como refere o autor, corre-se o risco de conceder ao juiz “uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), acreditando, ademais, que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras).”²⁸⁰

Desta procura pela resposta constitucionalmente adequada a partir da compreensão do ser tanto pela teoria civilista quanto pela hermenêutica filosófica, um ponto fundamental da tese se desvela: a família, hoje, é composta por indivíduos que assumiram seu lugar no centro do ordenamento jurídico, e, portanto, deve voltar-se à realização destes. Reconstruir a noção jurídica de pessoa é o desafio que se impõe dentro deste Direito Civil-Constitucional. Abandona-se a pessoa como um sujeito abstrato das relações jurídicas predominantemente patrimoniais.

O desafio é apreender o sentido de possibilidade da constitucionalização como uma ação permanente, viabilizada na criação dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação, na jurisprudência, emergindo um compromisso com a ressignificação das titularidades, do trânsito jurídico e do projeto parental. Como refere Luiz Edson Fachin, trata-se de uma superação subjetiva e objetiva dos conceitos tradicionais de partes e de objeto em que o ordenamento jurídico de caráter civil-constitucional não se cinge a seguir diretivas constitucionais como se fossem meros conselhos, tampouco edificam uma nova *fattispecie* hermenêutica. É preciso interrogar-se para que e para quem serve o Direito.²⁸¹

Da pessoa codificada, abre-se espaço à pessoa da Constituição, aquela que assume seu papel como centro gravitacional do ordenamento jurídico. O ser não é mais um dado formulado pelo sistema, mas compõe-se de um valor que está representado na dignidade humana. Mais do que a discussão *ser e ter*, que demarca a diferenciação entre o Direito Privado codificado e o Direito Privado existencial, pensa-se que os avanços do Direito Civil, quando considerada a pessoa, o ser, devem se dar a partir de uma relação não conflitante, mas complementar, entre *ser e valer*. Não basta *ser*, é preciso entender a pessoa como um *ser realizado constitucionalmente*, a partir do valor dignidade. Não dentro da perspectiva criticada por Lenio Streck, mas sim como uma revisão da categoria jurídica pessoa a partir de desafios que se colocam ao Direito Privado, notadamente pelas novas tecnologias.

²⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? IN: **Novos estudos jurídicos**. v.15. n.1. 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20.

Aqui, as famílias *design* representam um ponto sem resposta ainda. Deve-se questionar quem é o ser desta família, como reconhecer como *ser*, a pessoa dentro de uma relação familiar que não se sabe, de início, com quem se estabelecerá. Esse conflito fica muito claro quando no *family by design* os internautas que buscam a coparentalidade podem encaminhar questionamentos aos especialistas em coparentalidade indicados pelo site. A seguir, foi efetuado o levantamento de todos os questionamentos já encaminhados pelos indivíduos cadastrados no site. Em primeiro lugar, houve um questionamento sobre efeitos da guarda na coparentalidade.

Caro Bill: eu estou pensando sobre a coparentalidade, mas caso o pai queira buscar a guarda total da criança, eu poderia fazê-lo assinar um documento afirmando que ele nunca irá pedir a guarda?

Cara Lilly: admiro-a pela seriedade na sua consideração a todas as possibilidades antes de embarcar em uma parceria de coparentalidade. Se o seu parceiro de parentalidade tiver status legal como um pai, ele terá direitos iguais para guarda e visitação. Geralmente, o direito de guarda inclui decisões quanto ao local onde a criança vive, questões de saúde, educação e escolhas religiosas. Quando você pergunta se o seu parceiro parentalidade poderia entregar o seu direito de guarda, você quer dizer o direito de ter a criança viver com ele ou você quer dizer toda a extensão de todas as decisões sobre a criação dos filhos? Um tribunal determina a guarda com base no melhor interesse da criança. O tribunal não está vinculado por um acordo que não é no melhor interesse da criança. Você precisa considerar que as decisões sobre a criação dos filhos, devem ser compartilhadas com o pai da criança. Então, você e o pai podem construir um acordo que reflita essas escolhas. Fazer uma cópia de tais decisões com fatos e uma justificativa com base nos melhores interesses da criança irá aumentar significativamente a chance de que um tribunal irá respeitá-los. Assim, a resposta curta para sua pergunta é que em um tribunal é improvável fazer cumprir um acordo de que um pai nunca vai pedir a guarda, mas com um acordo bem documentado, um juiz pode considerar seriamente as decisões tomadas pelos pais.²⁸²

²⁸² Dear Bill: I'm thinking about co-parenting but concerned the father could seek full custody. Could I have him sign a document stating he will never ask custody? Dear Lilly: I admire you for giving serious consideration to all possibilities before embarking on a co-parenting partnership. If your parenting partner will have legal status as a parent, he will have equal rights for custody and visitation. Generally, a right to custody includes decisions as to where the child lives, health issues, educational and religious choices. When you ask if your parenting partner could surrender his right to custody, do you mean the right to have the child live with him or do you mean the full extent of all decisions about child rearing? A court determines custody based on the best interest of the child. A court will not be bound by an agreement that is not in the best interest of the child. You need to consider what decisions about child rearing, if any, that you are willing to share with the child's father. Then, you and the father can construct an agreement which reflects those choices. Backing up those decisions with facts and a rationale based on the child's best interests will significantly increase the chance that a court will respect them. So, the short answer to your question is that a court is unlikely to enforce an agreement that a father will never seek custody. But with a well-documented, fact based agreement, a judge might seriously consider the decisions made by the parents. (Tradução para a língua

Ademais, questionou-se a relação entre tentativas falhas de engravidar e a depressão.

Cara Dorothy: meu co-pai e eu fizemos 6 tentativas de engravidar sem sorte. Como posso saber se estou ficar deprimida por esses esforços falharem?

Cara Sarah: se você está deprimida, você não está sozinha - esta é uma ocorrência comum com tentativas falhas de fertilidade. Há coisas que devem ser vistas como sentimentos de isolamento/solidão, uma mudança em seus padrões de comer ou dormir, perdendo o interesse em suas atividades regulares e constantemente pensando em questões relacionadas com a sua fertilidade todo o tempo. Você também pode experimentar mudanças na forma como você se comunica com o seu co-pai (e outros). Se você sente que você está tendo alguns ou todos estes sintomas de depressão, uma consulta com um especialista poderia revelar-se muito interessante. Boa sorte!²⁸³

Foi possível encontrar um questionamento sobre a melhor forma de se programar a gestação co-parental, se através de inseminação natural ou artificial:

Caro Michael: qual é o melhor método de concepção para a co-parentalidade, NI ou AI?

Caro Drake: decidir pela inseminação natural ou artificial como o método certo para você e sua co-mãe dependerá de muitos problemas. Você pode encontrar uma comparação dos diferentes métodos de concepção para os parceiros de co-parentalidade nas opções: concepções do *family by design*. Boa sorte.²⁸⁴

Há também um questionamento acerca da diferença entre o acordo de co-parentalidade e a possibilidade de ser um doador anônimo de material genético:

Caro Bill: qual é a diferença entre um acordo de co-parentalidade e um contrato de doador de esperma?

portuguesa livre do autor). Disponível em: http://www.familybydesign.com/content/q_and_a/co-parenting-custody-agreement/#.VsUG7vkrLIU. Acesso em: 04 jan. 2017.

²⁸³ Dear Dorothy: My co-parent and I have made 6 attempts to get pregnant with no luck. How can I tell if I'm getting depressed by these failed efforts? Dear Sarah: If you are depressed, you're not alone – this is a common occurrence with failed attempts at fertility. Things to look out for include feelings of isolation / loneliness, a change in your eating or sleeping patterns, losing interest in your regular activities and constantly thinking about issues relating to your fertility all the time. You may also experience changes in how you communicate with your co-parent (and others), even if you may not be aware of it. If you feel like you're having some or all of these symptoms of depression, a meeting with a counselor could prove to be very worthwhile. Good luck! (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). Disponível em: http://www.familybydesign.com/content/q_and_a/co-parent-depression-from-failed-pregnancy-efforts/#.VsUKxfkrLIU. Acesso em: 04 jan. 2017.

²⁸⁴ Dear Michael: What's the best method of conception for co-parents, NI or AI? Dear Drake: whether you decide that Natural Insemination (NI) or Artificial Insemination (AI) is the right method for you and your co-parent will depend on many issues. You can find a comparison of the different methods of conception for co-parenting partners in FamilyByDesign's Conception Options Chart. Best of luck! (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). Disponível em: http://www.familybydesign.com/content/q_and_a/whats-the-best-method-of-conception-for-co-parents/#.VsUMRvkrLIU. Acesso em: 04 jan. 2017.

Caro ser ou não ser: a resposta para a sua pergunta é determinar se o doador de esperma quer ser um pai ou não. Se o doador tem a intenção de desempenhar um papel como pai, você precisa de um acordo de co-parentalidade. Se o doador quer ficar livre de todos os direitos e responsabilidades, é necessário um acordo de doação de esperma, com a extinção clara de qualquer reclamação pelo doador ou contra o doador. Note, no entanto, que a execução de um acordo de doação de esperma não significa que o doador conhecido não possa desempenhar um papel na vida da criança.²⁸⁵

Por fim, o questionamento que envolve o conflito na aplicação da legislação de um caso em que os co-pais residem em Estados diferentes:

Caro Anthony: Eu moro na Califórnia, mas minha co-mãe e nosso filho vivem em Nova York. Quando se trata de obrigações financeiras de um pai, a lei de qual Estado deve ser aplicada?

A resposta depende de quanto tempo seu filho vive em Nova York. Há uma lei federal que atribui competência "exclusiva e continuada" para a questão da guarda dos filhos e, para os efeitos desta questão, ao "estado de origem" da criança. Este é definido como o estado onde a criança viveu continuamente durante os últimos 6 meses. Então, se o seu filho viveu continuamente em Nova York durante os últimos 6 meses, as leis de Nova York serão aplicadas para determinar as suas obrigações de apoio.²⁸⁶

O que se revela com essas possibilidades do *family by design* é que as novas tecnologias abriram espaço para a redefinição de conceitos que envolvem a própria formação da família: mãe, pai, filhos, que passam a ser co-mãe, co-pai e co-filho. Surge um novo modelo de família, que não se encerra na clausura do Código Civil oitocentista, mas igualmente não deve ser tratada como mais um modelo albergado no Direito Civil-Constitucional, pois como já se pode perceber, falar dos valores

²⁸⁵ Dear Bill: What's the difference between a co-parenting agreement and a sperm donor agreement? Dear To Be or Not To Be: The answer to your question is determining whether the sperm donor wants to be a parent or not. If the donor has the intention of playing a role as parent, you need a co-parenting agreement. If the donor wants to be released from all rights and responsibilities, you need a sperm donor agreement explicitly extinguishing any claim by or against the donor. Note, however, that executing a sperm donor agreement doesn't mean that the known donor cannot play a role in the child's life. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). Disponível em: http://www.familybydesign.com/content/q_and_a/difference-between-a-co-parenting-agreement-and-a-sperm-donor-agreement/#.VsUOYvkrLIU. Acesso em: 04 jan. 2017.

²⁸⁶ Dear Anthony: I live in California, but my co-parent and our child live in New York. When it comes to financial obligations as a parent, which state's laws will apply? The answer depends on how long your child has lived in New York. There is a federal statute, the Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act of 1997 which gives "exclusive and continuing" jurisdiction to a child custody matter and, for the purposes of this question, a support obligation issue, to the "home state" of the child. This is defined as the state where the child has lived continuously for the last 6 months. So if your child has lived continuously in New York for the last 6 months, the laws of New York will apply in determining your support obligations. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). Disponível em: http://www.familybydesign.com/content/q_and_a/which-state-financial-obligations-as-a-co-parent/#.VsUP4PkrLIU. Acesso em: 04 jan. 2017.

existenciais do ordenamento jurídico não é uma autorização para a discricionariedade interpretativa. A família que exsurge das relações virtuais se coloca como um verdadeiro desafio à constitucionalização do Direito, pois é um espaço que ainda não foi alcançado pelo Direito Civil Contemporâneo, qual seja, como cotejar o desenvolvimento existencial da pessoa como o desenvolvimento científico, um questionamento que se coloca como fundamental para a construção da tese, considerando que a ressignificação do papel dos membros da família passa pela própria ressignificação do seu conceito.

3.2 *Um barco que veleje nesse informar, que aproveite a vazante da informaré: como a tecnologia transforma o homem e suas relações sociais em um espaço que a constitucionalização do Direito não consegue chegar – lacunas da constitucionalização ou porque não se pode justificar tudo no ferrolho da dignidade*

Já é possível se vislumbrar que a consideração da pessoa enquanto sujeito de direito é o vértice axiológico da constitucionalização e da repersonalização do Direito Privado. Porém, tal categorização merece um aprofundamento no sentido de se refletir como estes efeitos que transformaram o Direito Civil encontram espaço em um novo cenário onde a tecnologia abre um espaço até então desconhecido, questionando paradigmas e provocando ao intérprete-aplicador a adoção de uma nova postura diante de tais desafios. Em outras palavras, quem é a pessoa, sujeito de direito repersonalizado, em um espaço cada vez mais moderno, tecnológico e virtual, como no caso das famílias *design*. Neste contexto, em que Bioética, técnica e Direito se entrelaçam, é que a tese busca defender que as *famílias design* ou co-parentais induzem a uma nova categorização de família que a dogmática jurídica não consegue cerrar os olhos quando se coloca diante deste fenômeno: a *família biotecnológica*.

Ao adotar-se a concepção de modernidade, tem-se, com Bauman, que os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, é o tempo que importa. A liquidez e a fluidez são as metáforas adequadas quando se quer captar a natureza do presente²⁸⁷. O chamado derretimento do sólido adquiriu uma nova concepção na

²⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p.9.

modernidade, eis que afeta as instituições existentes, as molduras que circunscrevem o domínio das ações e escolhas possíveis. Por um lado, a modernidade transgride e rompe fronteiras, mas os indivíduos continuaram sendo padronizados em referenciais tão duros e indomáveis como sempre.²⁸⁸

Umberto Galimberti alude à existência de uma chamada idade da técnica vivenciada pelo homem. Tal idade, poderia se constituir em uma das representações figurativas de Bauman no sentido dos poderes de derretimento da modernidade, porque é uma era cujo tempo torna-se cada vez mais fluído, evasivo, desintegrado socialmente. Assim, se o poder da técnica não for corretamente compreendido ele não significará o rompimento de barreiras, mas, em sentido contrário, será a representação do desengajamento e da fuga.

Com o termo técnica entende-se tanto o universo dos meios, ou seja, as tecnologias, quanto a racionalidade que preside o seu emprego, em termos de funcionalidade e existência. A técnica nasceu não como uma expressão do espírito humano, mas como um remédio à sua insuficiência biológica.²⁸⁹ Assim, ela é a essência do indivíduo, porquanto este não consegue sobreviver sem aquela. Isso implica, inclusive, uma mudança de pensamento, no sentido de superação da visão tradicional que via o ser humano como sujeito e a técnica como um instrumento à sua disposição. Hoje, a técnica é o ambiente dele, o local que o rodeia e o constitui.

Hottois ensina que “se o homem tem de moderar sua atividade tecnocientífica, é essencial que ele não seja afetado por essa própria medida.”²⁹⁰ A tecnociência adquiriu e aumentou o seu poder para modificar e manipular a natureza e a natureza humana, oferecendo possibilidades futuras e uma visão de futuro, segundo as quais o indivíduo e o mundo natural são radicalmente transformáveis. Assim, em lugar de um simples meio ou ferramenta – já que antes de tudo a técnica moderna não é uma ferramenta e não tem nada que ver com ferramentas – a técnica é já o meio, o microcosmo planetário, em constante evolução, em que passamos do nível mais concreto (o conforto doméstico, por exemplo) ao mais

²⁸⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p.13.

²⁸⁹ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne**: o homem na idade da técnica. Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p.9.

²⁹⁰ Si el hombre ha de moderar su actividad tecnocientífica, es indispensable que él no se vea afectado por aquello mismo que mide. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). HOTTOIS, Gilbert. **El paradigma bioético**: una ética para la tecnociencia. Barcelona: Anthropos editorial, 1999. p.53.

abstrato (as últimas informações sobre a expansão e origem do universo, por exemplo; informações conseguidas e difundidas graças à técnica).²⁹¹

A tecnociência transforma, portanto, o mundo e a chamada ordem natural. Essa transformação pareceu relativamente benéfica enquanto que não se a colocou em jogo frente ao próprio ser humano. Todavia, agora, a tecnociência igualmente se centra na sua condição ou na sua essência. Hoje aproxima-se a passos largos o dia em que o corpo humano não poderá ser considerado como imutável. O indivíduo será capaz de remodelar não apenas cada corpo, um a um, mas também a raça humana em seu conjunto.

Aduz Galimberti que o humano, pois, é originariamente dedicado à técnica para compensar a insuficiência dos próprios órgãos, para intensificar as capacidades que possui e para facilitar o trabalho de construção do mundo do qual a sua existência depende.²⁹² É novamente a consideração da técnica como um espelho do ser humano, já que o agir técnico é a condição da existência humana, a condição da própria inauguração de sua história.

O que se percebe é, na verdade, a existência de um desnível entre as inovações tecnológicas e a capacidade de resposta social, o cenário para a afirmação da bioética como uma forma de reflexão epistemológica interdisciplinar.²⁹³ A partir dessa afirmação ocorre uma demanda cada vez maior da sociedade de avaliações bioéticas abalizadas. No entanto, nem sempre para todos os casos a bioética estará pronta para responder de maneira completa aos problemas que são apresentados.

De acordo com Muraro, o fato de as descobertas científico-tecnológicas liberarem na espécie humana novas formas de ser é de tão enorme importância, que constitui uma das maiores preocupações do pensamento contemporâneo, de modo

²⁹¹ En lugar de un simple medio o herramienta – ya que ante todo la técnica moderna no es una herramienta y no tiene nada que ver con herramientas – la técnica es ya el medio, el microcosmo planetario, en constante evolución, en el que pasamos del nivel más concreto (el confort doméstico, por ejemplo) al más abstracto (las últimas informaciones sobre la expansión y origen del universo, por ejemplo; informaciones conseguidas y difundidas gracias a la técnica (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). IN: HOTTOIS, Gilbert. **El paradigma bioético: una ética para la tecnociencia**. Barcelona: Anthropos editorial, 1999. p.54.

²⁹² GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne: o homem na idade da técnica**. Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p.174.

²⁹³ D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito**. Tradução: Luisa Raboline. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 183.

que toda tecnologia nova tende a criar um novo ambiente humano.²⁹⁴ É que a técnica, ensina Galimberti, foi promovida pela exigência humana de se dominar a natureza. O domínio, segundo ele, é a intenção básica e, ao mesmo tempo, o horizonte a partir do qual se dá a compreensão do mundo e o sentido dele. Como vontade de domínio, a técnica só pode alcançar o seu objetivo se for capaz de exercer um controle sobre o que acontece, no sentido de fazer acontecer e de fazer ser aquilo que está de acordo com o que foi projetado.²⁹⁵

O desmedido crescimento da técnica tornou-se uma das preocupações do homem do século XX. A ameaça da técnica desmedida e independente pode constituir-se em um problema à medida que se o homem já não domina a técnica que criou, mas é dominado por ela, pode destruir-se a si mesmo mediante suas obras. Em tal contexto, referem Stork e Echevarría que o desenvolvimento da maquinaria técnica torna a ação do homem menos relevante até torná-lo um objeto desta cadeia. O homem se converte em um instrumento de produção, sendo transformado por um processo de possibilidades técnicas. É em tal relação que o conflito entre o homem e a tecnologia se desvela em sua crueza.²⁹⁶

É comum ouvir-se falar que o homem vive atualmente na era tecnológica. Convém, todavia, apresentar algumas especificações sobre tal terminologia, mormente pautando-se pelos estudos de Álvaro Vieira Pinto, para quem, o conceito de era tecnológica encobre, ao lado de um sentido sério, outro tipicamente ideológico, em que se faz crer que hoje se vive a felicidade de se estar nos melhores tempos jamais desfrutados pela humanidade.²⁹⁷ A abordagem do autor foca no

²⁹⁴ MURARO, Rose Marie. **Os avanços tecnológicos e o futuro da humanidade: querendo ser Deus?** Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p.50.

²⁹⁵ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne: o homem na idade da técnica.** Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p.381.

²⁹⁶ STORK, Ricardo Yepes. ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. **Fundamentos de antropologia: um ideal de excelência humana.** Tradução: Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2005. p.126. Além da relação apresentada pelos autores, importa referir, a título de informação, que estes também utilizam a terminologia *tecnocracia* como o poder de uma técnica que aprisiona o homem e à atitude prepotente de se fazer uso dela contra a natureza. É um termo que designa a técnica como força dominadora, sendo um funcionamento autônomo do plexo de instrumentos que não reconhece a pessoa singular. É um uso excessivo da técnica por parte da vontade de poder, a qual usa a hegemonia da ação esquecendo-se das atitudes de respeito, ajuda ou amor. Com a tecnocracia, aparece a pretensão de converter a natureza em um puro objeto de domínio a serviço dos ditames humanos.

²⁹⁷ Para Álvaro Vieira Pinto, esta impressão é ocasionada pela existência de diversos sofismas. Um deles consiste na conversão da obra técnica em valor moral. A sociedade capaz de criar as estupendas máquinas e aparelhos atualmente existentes, desconhecidos e jamais sonhados pelos homens de outrora, não pode deixar de ser certamente melhor do que qualquer outra precedente. As possibilidades agora oferecidas aos possuidores dos recursos para a conservação da vida, a aquisição de conforto e meios para ampliar a formação cultural não encontram paralelo no passado.

estudo do homem dentro de seu processo de hominização, a partir de dois preceitos fundamentais: o primeiro, que trata da aquisição, pela espécie humana, da capacidade de projetar e o segundo é a conformação de um ser social, condição necessária para que se possa produzir o que foi projetado. Destes dois conceitos, surge uma definição filosófica de técnica como a arte de fazer surgir sempre algo novo.

Tal definição é proposta pelo autor em análise a partir do seu apontamento de que o problema filosófico da técnica é a consciência viva dos efeitos da acumulação tecnológica, sua multiplicação e grandiosidade dos produtos. Como alude Álvaro Vieira Pinto, com o advento da Revolução Industrial e do modo capitalista de produção, as técnicas, gerando uma produção abundante e fortalecendo um poder econômico nas mãos de uma fração social, tornaram-se objeto de consideração entre otimistas que enxergavam a possibilidade da realização de melhores condições de vida para a humanidade, assim como por aqueles que na procura de causas dos males atormentadores da maioria dos homens, começaram a “investigar o significado dos maquinismos e das técnicas a fim de descobrir se não seriam acaso eles os agentes da patente miséria do povo”.²⁹⁸ Assim, se reconhece que em todas as ações humanas há uma técnica enquanto manifestação da vida, eis que a capacidade humana de invenção, do qual a técnica é a sua manifestação exterior, define um produto de vida, que existe no homem.

Verifica-se que as visões de Galimberti e Vieira Pinto não são convergentes a partir do momento em que se considera que a técnica faz parte da essência do homem tem-se uma clara superação da ideia de que o homem é o sujeito e a técnica é o instrumento à sua disposição. Por tal razão é que Umberto Galimberti proporá uma ressignificação de categorias humanistas como indivíduo, identidade, comunicação, entre outros, que permitam ao homem a exata compreensão do que seja a idade da técnica.²⁹⁹

Logo, esta época é superior a todas as outras, e qualquer indivíduo hoje existente deve dar graças aos céus pela sorte de ter chegado à presente fase da história, onde tudo é melhor que nos tempos antigos. Com esta cobertura moral, a chamada civilização técnica recebe um acréscimo de valor, respeitabilidade e admiração, que, naturalmente, reverte em benefício das camadas superiores, credoras de todos esses serviços prestados à humanidade, dá-lhes a santificação moral afanosamente buscada que, no seu modo de ver, se traduz em maior segurança. PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. v.1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. p.41.

²⁹⁸ PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. v.1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. p.143.

²⁹⁹ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne: o homem na idade da técnica**. Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p.19 *et. seq.*

A noção de indivíduo, tipicamente ocidental, tem, na idade da técnica, a sua previsibilidade a partir do momento da morte. Morre o sujeito que a partir da consciência da própria individualidade pensa-se autônomo, independente e livre até os limites da liberdade alheia, e, por efeito de tal reconhecimento, é igual aos demais. Não há a morte do indivíduo empírico, mas de um sistema de valores singular e histórico. Quanto á identidade, Galimberti reconhece que, na idade pré-tecnológica, era possível reconhecer a identidade de um indivíduo pelas suas ações, porque estas eram tidas como manifestações da alma. Hoje, as ações do indivíduo já não são mais lidas como a expressão da sua identidade, mas como possibilidades calculadas por um aparato técnico, em que a identidade pessoa se resolve como pura e simples funcionalidade.

Já o conceito de liberdade se modifica na era tecnológica porque na sociedade tecnologicamente avançada se oferece um espaço para a liberdade de modo superior do que em outros tempos. A técnica cria um sistema aberto, que amplia as opções de competência desenvolvidas pelos indivíduos. No entanto, aqui merece uma ressalva efetuada pelo próprio Umberto Galimberti de que se determina, pela primeira vez na história, a possibilidade para o indivíduo de entrar em relação com outros indivíduos, e, portanto, 'fazer sociedade', sem que isso comporte qualquer vínculo de natureza pessoal. Privados de uma experiência de ação comum, os indivíduos reagem ao senso de impotência que experimentam desdobrando-se sobre si mesmos e, na impossibilidade de reconhecer-se comunitariamente, terminam por considerar a própria sociedade em termos puramente instrumentais.³⁰⁰

Remodelando-se o conceito de liberdade, altera-se também a visão sobre o conceito tradicional de cultura de massa, considerando que se desarticulam as noções de social e individual, e, assim, aquilo que outrora era conhecido como concentração de muitos, passa a ser visto como qualidade de milhões de indivíduos, em que todos produzem, consomem e recebem as mesmas coisas, porém de modo solitário. Cada indivíduo atribui-se uma própria massificação, com uma ilusão de privacidade e individualidade.

A idade da técnica modifica o conceito de meios de comunicação eis que não coloca mais os indivíduos em contato com o mundo, mas com a representação

³⁰⁰ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne**: o homem na idade da técnica. Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p.20.

mediática do mundo, que torna “próximo o longínquo, presente o ausente, disponível aquilo que, de outra forma, estaria indisponível”.³⁰¹ Com os milhões de imagens e vozes que envolvem a atmosfera torna-se impossível se falar em uma comunicação na primeira pessoa, pois os meios de comunicação não são mais ‘meios’ à disposição do homem, mas sim verdadeiras experiências que o modificam. Por fim, a era tecnológica modifica o conceito de psique, eis que o próprio conceito de mundo é modificado pelos meios de comunicação, tornando o indivíduo incapaz de compreender o que verdadeiramente significa viver na idade da técnica, especialmente quando há a necessidade de potencializar-se as faculdades intelectuais sobre as emotivas, para se observar a “cultura objetivada nas coisas que a técnica exige, em detrimento e à custa daquela subjetiva dos indivíduos”.³⁰²

A mudança em conceitos ocasionados pela técnica não transformam apenas a relação entre os indivíduos, mas a relação entre eles e o Direito. Compreender que o Direito e a técnica participam de uma mesma cultura e avançam em um mesmo ritmo evita que se feche o debate em torno do vínculo que une as duas Ciências. Não se trata de uma mera relação, conquanto seja, na verdade, a própria representação de um conflito entre uma concepção jusnaturalista do Direito e de uma concepção instrumental do Direito.

É neste sentido que Alain Supiot afirma quando considera que nessa diferenciação, opõe-se a concepção transcendental ou jusnaturalista que vê no Direito a expressão de princípios universais e intemporais, e, de outro, uma concepção instrumental, que vê no Direito uma pura técnica. Como refere o autor em análise,

Para uns, o problema está em submeter as técnicas aos grandes princípios que o Direito revelaria, ao passo que, para outros, o Direito seria como que uma carroça, capaz de transportar qualquer conteúdo normativo que seja, de sorte que tudo que é tecnicamente realizável deveria acabar sendo juridicamente permitido.³⁰³

É interessante observar que Alain Supiot considera que essa relação entre Direito e técnica, mormente quando se considera o Direito Civil e os influxos provocados pelas biotecnologias, já se dava na relação com o Direito do Trabalho,

³⁰¹ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne**: o homem na idade da técnica. Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p.21.

³⁰² GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne**: o homem na idade da técnica. Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p.22.

³⁰³ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.140.

sendo umas de suas representações mais precoces e claras. Dividida essa relação em três tempos, tem-se, em um primeiro momento, a Revolução Francesa com o assentamento das bases jurídicas da economia de mercado e da revolução industrial. Já no segundo momento, tem-se o maquinismo industrial como fonte das condições de trabalho desumanas e degradantes, com a exploração do trabalho da mulher e das crianças, e, em um terceiro momento, tem-se o desenvolvimento do Direito do Trabalho servindo aos países industriais como forma de limitação da sujeição do ser humano às ferramentas, com a sua proteção física, fazendo do trabalho um instrumento de bem-estar.

Seja em relação ao Direito do Trabalho ou ao Direito Civil, é inegável que a relação entre Direito e técnica não ratifica apenas uma relação pautada pela conjunção 'e'. Não se trata de aqui estudar apenas o Direito e a Técnica, mas sim constatar que o Direito é parte da própria técnica. O Direito serve como forma de proteger o "homem das fantasias de onipotência geradas pela potência das máquinas".³⁰⁴ O que se verifica é a existência de questionamentos levantados pelas novas tecnologias, que provocam o Direito, sem fazê-lo desaparecer neste cenário, senão pelo contrário, a provocação da técnica ao Direito evidencia que ele se encontra atrasado em definições relativamente ao progresso técnico e que não pode querer submeter os avanços científicos a princípios jurídicos de caráter imutável. Agora já não mais falando em Direito e técnica, mas sim *Direito enquanto técnica*, desvela-se a necessidade de tornar o seu conteúdo um reflexo dos avanços tecnológicos a partir de valores humanos.

Eis assim a possibilidade de afirmação da técnica como um horizonte último a partir do qual se descobre todos os campos da experiência, não no sentido procedimental, mas como uma condição que decide o modo de se fazer experiência. Ou seja, a mudança daquela condição homem-sujeito e técnica-instrumento para a técnica que dispõe da natureza e do ser humano, que agora encontra-se nesse horizonte já desvelado pela técnica, que decide a forma como ele irá perceber, pensar, sentir e projetar as coisas.

O problema dessa concepção é quando se filia a uma corrente de pensamento que entenda que a ciência não tem o direito de mudar as qualidades

³⁰⁴ SUPLOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.144. Como refere Supiot, o Direito cumpre uma função dogmática, de interposição e de proibição. Essa função confere-lhe um lugar singular no mundo das técnicas: a de uma técnica de humanização da técnica.

humanas, no sentido de que haveria um limite, que é a própria natureza da pessoa humana, à ciência para que ela não seja utilizada incorretamente por aqueles que não partilham de determinados valores comuns, ou seja, uma abordagem de ordem política sobre o que é feito com e pela ciência.³⁰⁵ Uma interpretação nestes termos levaria à conclusão de que a ciência possui o direito de incentivar o crescimento da características humanas de valor, eliminando aquilo que é prejudicial. Isso porque a motivação da ciência seria o exercício de um controle sobre os processos que interferem na vida humana e no seu desenvolvimento, já que o seu objetivo, é, regra geral, a contínua melhoria da qualidade de vida. Ocorre que ao lado de uma concepção destas caminha a convicção da responsabilidade pelos atos praticados.

Essas reflexões bioéticas, afirma Volnei Garrafa, são emanadas de diferentes setores da sociedade e mostram, hoje, duas tendências antagônicas.³⁰⁶ De um lado, há uma bioética racional e justificativa, em que tudo aquilo que pode ser feito, deverá ser feito, ao passo que, em sentido oposto, existiria uma tendência conservadora baseada no medo de que o futuro seja invadido por tecnologias ameaçadoras, a serem imputadas a algum culpado. Assim, o fenômeno jurídico não se desvincula desta evolução tecnocientífica, que lança as suas vertentes e desdobramentos para dentro do próprio fenômeno de ser e estar em família, o que constitui no próprio questionamento da tese.

Há a necessidade de resgatar-se Alain Supiot neste aspecto, tendo em vista que o Direito, para além de ter participado do desenvolvimento da técnica, serviu para deixá-la humanamente suportável.³⁰⁷ Logo, a questão essencial que se coloca ao jurista no cenário das novas tecnologias de informação e comunicação é justamente identificar que riscos elas fazem o ser humano correr. No caso do Direito Civil, e, aqui já o considerando na sua ramificação do Direito de Família, verifica-se que o *Direito enquanto técnica* ultrapassa os limites da consideração apenas de relações industriais, porque alcança as possibilidades abertas pelas biotecnologias em matéria de relações pessoais.

³⁰⁵ E mais do que isso, não se pode olvidar o encontro de abordagens como, por exemplo, de que a ciência não poderia intervir na vida humana, pois seria sagrada. Para tanto, sugere-se a leitura de BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e início da vida. IN: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. (coord.). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr, 2010.

³⁰⁶ GARRAFA, Volnei. **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p.105.

³⁰⁷ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.162.

Assim como a revolução industrial modificou as relações de trabalho, a revolução genética, utilizando-se a terminologia de Alain Supiot, permite hoje dar efeito ao desmantelamento do estatuto de filho legítimo. Neste ponto, merece a transcrição do texto:

Assim como a revolução industrial havia permitido dar pleno efeito ao desmantelamento dos estatutos corporativos inicialmente desejado pela lei, assim também a “revolução genética” permite hoje dar pleno efeito ao desmantelamento do estatuto do filho legítimo, no início empreendido em nome do princípio jurídico de igualdade. Mas nós ainda não estamos, em questão de filiação, nesse terceiro tempo da história do direito do trabalho, em que surgem novos tipos de estatutos para jugular os efeitos desumanos de um sistema em que a técnica faz lei. Estende-se assim uma “concepção açougueira da filiação”, cujos efeitos destrutivos não são tão imediatamente perceptíveis como puderam ser as devastações da industrialização sobre o estado físico da classe operária. Nenhuma classe social está aqui especialmente envolvida, pois não é a constituição física dos operários, mas o equilíbrio psíquico dos indivíduos que está ameaçado em primeiro lugar por uma redução da identidade humana a uma suposta verdade biológica. Os valores de verdade científica, de liberdade individual e de igualdade das filiações se conjugam, assim, para deixar incongruente a ideia de um Terceiro garante das filiações, e inúmeros juristas hoje têm por uma evidência que, quando todas as partes interessadas estão de acordo para louvar-se na perícia biológica a fim de modificar a identidade de uma criança, contradizê-lo seria a marca de uma insuportável arbitrariedade.³⁰⁸

Uma das questões que se coloca com esse desmantelamento do instituto da filiação frente às novas tecnologias é até qual ponto os indivíduos são livres e autônomos para decidirem questões que envolvem a própria manipulação genética na escolha das características que os filhos terão. Michael Sandel, neste contexto, entende que as descobertas da genética apresentam a um só tempo uma promessa e um dilema.³⁰⁹ A promessa é que em breve haverá a possibilidade de tratar e prevenir-se uma série de doenças debilitantes. Já o dilema é que o recém descoberto conhecimento genético também pode permitir a manipulação da natureza humana, com a melhoria de músculos, humor, escolha de sexo, altura e outras características. O argumento da autonomia parece ser aquele mais utilizado para captar a inquietude humana no anseio de dominação das técnicas que influenciam nas escolhas do processo de viver. Valendo-se novamente de Sandel

³⁰⁸ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.177.

³⁰⁹ SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Tradução: Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013. p.19.

tem-se o posicionamento de que quando a ciência avança mais depressa do que a compreensão moral, homens e mulheres lutam para articular o seu mal-estar, de tal sorte que a revolução (bio)tecnológica impõe uma espécie de vertigem moral.³¹⁰

No caso das famílias *design*, a vertigem moral que refere Sandel parece tocar profundamente, quando o filho concebido pela internet pode se colocar muito mais como uma ambição, um produto da vontade dos pais, do que uma dádiva. Não como algo que pode ser escolhido, mas como um inesperado que, ainda assim, pode ser controlado, de alguma forma, como uma forma de procura pela perfeição. No entanto, no entendimento que se coloca nesta tese, a escolha possibilitada pelo *family by design* não se assemelha às escolhas possibilitadas por um melhoramento genético, porquanto não se procure a concepção de um filho melhorado geneticamente, mas sim um filho que será desenhado tecnologicamente, concebido biologicamente, mas sem conhecer uma estrutura familiar. Mas em um ponto estes aspectos se assemelham, que são as escolhas morais que serão decididas pelos pais para moldar este filho.

É como se este molde, esta identidade fosse toda construída a partir de um computador. Os co-pais podendo escolher dentre uma infinidade de opções quais serão aquelas mais desejáveis para este filho, tal qual um computador que se coloca como uma infinidade de dispositivos materiais e de programas que se relacionam em interface uns com os outros, abertos para novas conexões, ao imprevisível, que transformam, de forma radical, conceitos e significados que passam a envolver o Direito pelo manto da técnica.

A infinidade de opções que apresenta o *family by design* é como uma infinidade de interfaces que surgem pelos computadores. Da codificação das relações privadas, passa-se a uma codificação digital, que representa o domínio da digitalização, atingindo as técnicas de comunicação e processamento de dados, dentro da matriz que Pierre Lévy explica no sentido de uma inexistência de identidade estável na informática, porque os computadores são redes de interfaces abertas a novas conexões, imprevisíveis, que podem transformar radicalmente seu significado e uso.³¹¹ Neste contexto, a digitalização conecta a informática, as telecomunicações, o jornalismo, a música, e, agora, também, a família, que passa a

³¹⁰ SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Tradução: Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013. p.22.

³¹¹ LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. Tradução: Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993. p.102.

ser encontrada em um substrato maleável, atento a metamorfoses, com todas as suas variações possíveis. É dizer, a mesma leveza e mobilidade da interface digital, atua e faz surgir este novo modelo de família, que se denomina de biotecnológica.

Esta família torna-se a imagem da emergência de um novo modelo que não suporta uma definição simples como aquela pretendida pela codificação clássica. Torna-se imperioso reconhecer que a família biotecnológica não corresponde aos critérios e definições que se constituiu e herdou da tradição. O que ocorre é que a família biotecnológica, exemplificada no *family by design*, representa apenas um dos múltiplos circuitos de comunicação e de estrutura complexa, mas que está armazenada em uma rede que se caracteriza por comunicações simples e suscetíveis de mudança a qualquer momento.³¹² Trata-se de uma forte ambiguidade

³¹² Embora não seja objeto específico de estudo, a noção de tempo se entrelaça com esta nova realidade virtual que proporciona o *family by design* e que provoca o sistema jurídico a apresentarem respostas dentro de um contexto complexo, mutável, e, sobretudo, que não se encerra na perspectiva dogmática da codificação. É com François Ost que se compreende que, o tempo é antes do mais uma construção social - e, logo, uma questão de poder, uma exigência ética e um objecto jurídico, no sentido de que O verdadeiro detentor do poder é aquele que está em posição de impor aos outros componentes sociais a sua construção temporal, como o mercado, por exemplo, que hoje impõe o tempo e dita o compasso para todos os Estados do planeta no âmbito de uma economia mundializada e privatizada. O tempo social é uma questão de ritmos específicos, de durações particulares, de ciclos regulares, de velocidades diferenciadas, impostas, predominantemente, pelo mercado. O coletivo tende ao mecanicismo, à homogeneização, apesar de sua fragmentação contemporânea que desintegra a sociedade. Vive-se sob o império do provisório permanente, da urgência, das medidas paliativas. Para o autor, contra o peso do determinismo histórico, é preciso abrir a brecha da iniciativa e da alternativa, mas contra as temporalidades manifestas de sociedades hiperindividualistas, é preciso imaginar mecanismos de concordância dos tempos. Como questão nuclear da construção jurídica do tempo, percebe-se a vibração de um ritmo que nos reconduz diretamente à figura da temperança, que é a mistura harmoniosa de todos os componentes do tempo e do compasso justo do seu desenrolar – a sabedoria do tempo. Em sua obra, François Ost indica quatro categorias de tempos normativos e temporais, quatro figuras da retemporalização: memória, perdão, promessa, questionamento. A memória liga o passado, assegurando a identidade histórica: registro, fundação e a transmissão. É seletiva, criadora, é tanto esquecimento quanto comemoração. A tradição é evolutiva e histórica. O perdão desliga o passado, imprimindo-lhe um sentido novo. Desliga-se do passado, nem por isso se aniquila. A promessa liga o futuro por meio dos comprometimentos normativos. O questionamento desliga o futuro com objetivo de assegurar as revisões necessárias para que sobrevivam as promessas na hora da mudança. Cada categoria é uma condição necessária para uma temporalização bem sucedida, mas, nenhuma delas é condição suficiente. A dialética temporal opera no presente e a dialética opera no núcleo de cada categoria: há muito esquecimento na memória e muita memória no perdão; da mesma forma, há muita indeterminação na promessa e muita fidelidade na revisão. A justa medida destes quatro tempos, sistematicamente misturados, constrói o ritmo do tempo que se desenvolve no presente, a que François Ost refere como enigma central do tempo. O presente opera como grande embreagem do tempo, garantindo o acoplamento eficaz de suas forças, a tração de umas pelas outras. É em virtude da força suprema do presente que se tem o direito de interpretar o passado e de inventar o futuro. A temporalização é o tempo das construções sociais. Temporalizar o tempo é reconstruí-lo à nossa medida e à medida de nossa cultura. O direito afeta a temporalização e o tempo determina a força instituinte do direito, seu elemento fundante. O direito temporaliza, ao passo que o tempo institui. Para aprofundamento, recomenda-se, em especial, a seguinte leitura. OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. São Paulo: Instituto Piaget, 1999. p. 12-50.

que a realidade virtual coloca: a estruturação de relações pessoais complexas dentro de um espaço em que o tempo é totalmente maleável.

Na verdade, a família biotecnológica sugere até mesmo um repensar da definição de Direito Privado. Se a doutrina já apresentada coloca o Privado como a divisão científica do Direito que traduz a relação entre particulares, hoje já se pode dizer que o Direito Privado seria a materialização jurídica da individualidade em uma ordem institucional da identificação particular do indivíduo, que se relaciona com outro indivíduo, dentro de espaço público nacional ou transnacional, físico ou cibernético, que permite o acesso a informações instantâneas, representando um novo nível de socialização.

Tem-se uma dimensão biopolítica do que venha a ser a família neste Direito Privado remodelado, em que os indivíduos assujeitam-se ao controle mais íntimo de suas vidas pela realidade virtual. Quanto mais o espaço virtual controla, mais os sujeitos querem se tornar ingovernáveis. Como refere Slavoj Žižek, a biopolítica designa a constelação na qual os dispositivos não geram mais sujeitos, mas apenas administram e regulam a vida nua dos indivíduos.³¹³

Ademais, dentro desta perspectiva, não se pode olvidar das lições de Michel Foucault e Giorgio Agamben. Uma das mais importantes preocupações de Michel Foucault refere-se às formas concretas de manifestação do poder, as limitações produzidas no regime de saber, nas verdades produzidas pelo conhecimento, as quais se ligam diretamente a formas de controle e doutrinação de corpos, domesticados em prol de condutas desejáveis e esperadas pelo corpo social. Assim, o objeto de investigação foucaultiana é a inter-relação entre o poder e a constituição de sujeitos aptos a seguir os preceitos de uma sociedade a qual regula comportamentos esperando por uma homogeneização quase absoluta.³¹⁴

A análise da circulação social do poder é analisada por Foucault a partir da noção de norma, cuja utilização integra as tecnologias positivas do poder que vão se

³¹³ ŽIŽEK, Slavoj. **Vivendo no fim dos tempos**. Tradução: Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 305-6. Importante colocar que o autor entende que, “por um lado, no domínio das liberdades pessoais e da tecnologia científica, o impossível se torna cada vez mais possível, ou assim dizem: nada é impossível, podemos gozar o sexo em todas as suas versões pervertidas, há arquivos inteiros de músicas, filmes e séries disponíveis na internet, as viagens espaciais estão ao alcance de todos, podemos aprimorar nossas capacidades físicas e psíquicas com intervenções no genoma humano e até realizar o sonho tecnogóstico da imortalidade, transformando nossa identidade num programa de computador que podemos transferir de um equipamento para outro.”

³¹⁴ LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e norma: Michel Foucault e a aplicação do direito**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p.17-18.

integrando ao aparelho do Estado, passando-se de uma tecnologia do poder que expulsa, que exclui, bane, marginaliza e reprime a um poder que é, enfim, positivo, que observa e sabe e um poder que se multiplica a partir de seus próprios efeitos. Esse poder normativo amoldaria os sujeitos e suas condutas para que eles permaneçam qualificadamente corrigidos, aptos a permanecer e integrar determinado corpo social, pois autores de condutas coletivamente aceitas; assim, o poder normativo produz um sujeito sem patologias sociais, autorizado a viver de acordo com regras sociais vigentes.³¹⁵

Uma das formas de operacionalizar essa vida em normalidade é através do discurso, estabelecendo-se aquele que se pretende dominante, constituindo-se em um saber determinado e permeado pelo poder, que produz efeitos de verdade, a fim de condicionar novos saberes, canalizando a possibilidade de produção do discurso científico. É no sujeito, objeto da norma, que incide e circula o poder.³¹⁶

No discurso das ciências médicas do século XIX vai dizer Foucault que este se caracterizava menos por seus objetos ou conceitos do que por um certo estilo, um constante caráter de enunciação.³¹⁷ Para o filósofo, pela primeira vez, a medicina não se constituía mais em um conjunto de tradições, mas de um conhecimento que supunha uma mesma visão sobre as coisas, uma análise do fato patológico segundo o espaço visível do corpo, e, todas essas alterações conduziram ao limiar de uma nova medicina, depositando-se, lentamente, no discurso médico no decorrer do século XIX. Desse saber percebe-se que, a partir do século XIX, o agente do poder vai ser aquele que constitui o saber. Tem o poder quem detém o saber e poderá exercê-lo sobre a sociedade, sobre a espécie humana e a sua existência.

O poder sobre a vida desenvolve-se a partir do século XVIII por dois pólos: o primeiro centrou-se no corpo como máquina, o seu adestramento e a ampliação de suas aptidões, no crescimento de sua utilidade, tudo assegurado por procedimentos de poder que caracteriza a disciplina anátomo-política do corpo humano. Já o segundo pólo, formado por volta da metade daquele século, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte de

³¹⁵ LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e norma: Michel Foucault e a aplicação do direito.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.p.21.

³¹⁶ LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e norma: Michel Foucault e a aplicação do direito.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.p.41.

³¹⁷ FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber.** Tradução: Luiz Felipe Baeta Neves. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p.41.

processos biológicos, tais como, nascimentos, mortalidade, o nível e saúde, a duração da vida, entre outros, os quais são assumidos mediante uma série de intervenções e controles reguladores : uma biopolítica da população.³¹⁸ Eis aqui o aparecimento do termo biopolítica na relação entre as disciplinas do corpo e as regulações da população que constituem os dois pólos nos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida.

Nesta mesma linha, outra expressão cunhada por Foucault é importante, no sentido do surgimento de uma era do biopoder, em que se vislumbra o conhecimento de técnicas diversas de sujeição dos corpos e controle das populações. Quando os corpos e o biológico passam também a interessar à atuação de políticas que regulam a vida, está-se diante da noção de biopoder cunhada por Foucault como uma série de fenômenos, um conjunto de mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar em uma política, numa estratégia política, numa estratégia geral de poder. É o estudo de como as sociedades ocidentais modernas, a partir do século XVIII, voltaram a levar em conta o fato biológico fundamental de que o ser humano constitui a espécie humana.³¹⁹

A análise dos mecanismos de poder não é, de modo algum, uma teoria geral sobre o que é o poder. O poder não se funda em si mesmo e não se dá a partir de si mesmo e os seus mecanismos são parte intrínseca de todas as relações; são, circularmente, o efeito e a causa delas e podem ser encontradas nas relações de produção, familiares, ou quaisquer outras em que se possa apreendê-los em um determinado momento, período e lugar.

Foucault vai referir que com o capitalismo não se deu a passagem de uma medicina coletiva para uma medicina privada, mas justamente o contrário, no sentido de que o capitalismo, desenvolvendo-se, em fins do século XVIII e início do século XIX, socializou um primeiro objeto que foi o corpo, enquanto força de trabalho e produção. O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera apenas por uma consciência ou ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Como aduz o filósofo, “foi no biológico, no somático, no corporal, que, antes de tudo, investiu a

³¹⁸ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: a vontade de saber**. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque. J.A. Guilhon Albuquerque. 21.ed. São Paulo: Edições Graal, 2011.p.152.

³¹⁹ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.3.

sociedade capitalista. O corpo é uma realidade biopolítica. A medicina é uma estratégia biopolítica.”³²⁰

O corpo se torna aquilo que está em jogo numa luta entre filhos e pais, entre a criança e as instâncias de controle. A revolta do corpo sexual é o contrafeito desta ofensiva. Nada é mais material, mais físico, mais corporal que o exercício do poder. Por tal razão, Foucault reflete que do século XVIII ao século XX acreditou-se que o investimento do corpo pelo poder devia ser denso, rígido, constante e meticuloso, razão pela qual terríveis regimes disciplinares se encontraram nas escolas, nos hospitais, nas oficinas, cidades e famílias. Restaria, assim, estudar de que corpo necessita a sociedade atual.³²¹

Com os conceitos de biopoder e biopolítica observa-se que no pensamento de Foucault passa-se a analisar as ações sobre os corpos e para a existência biológica do ser humano. A vida e a morte são tematizadas pelo poder e o seu controle torna-se fundamental para a política. A vida humana como um objeto político surge na atuação do saber e do poder, portanto, o biopoder. Eis o momento em que o biológico torna-se refletido no campo político, sujeitando-se ao saber e às intervenções do poder.

Sobre isto, explica Ribeiro que a lei deixa de ter um caráter apenas jurídico e por função regular as relações sociais de um modo aparentemente racional e isento, para se mostrar como artifício do poder para a condução e implementação de políticas absolutamente vinculadas a interesses biológicos e de outras naturezas os quais possam produzir como resultado o controle sobre a vida dos sujeitos. Assim, os Códigos e as Constituições nada mais são do que modos de tornar aceitável o poder normalizador.³²²

Ao lado de Foucault quem também desenvolveu um conceito de biopolítica foi Giorgio Agamben, a partir de quatro diretrizes da política ocidental: o poder soberano, a vida nua, o estado de exceção e o campo de concentração. Como

³²⁰ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 28. reimpressão. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010. p.80-83. De acordo com Foucault, entre os séculos XVIII e XIX houve a implantação, especialmente na Alemanha, de uma polícia médica, a qual consistia em um sistema muito mais completo de observação da morbidade do que os simples quadros de nascimento ou morte. Trata-se de um fenômeno importante de normalização da prática e do saber médicos Procura-se deixar às universidades e aos próprios médicos o encargo de decidir em que consistirá a formação médica. Assim, o médico foi o primeiro indivíduo a ser normalizado.

³²¹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 28. reimpressão. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010. p.149.

³²² LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e norma: Michel Foucault e a aplicação do direito**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p.44.

refere Marcelo Andrade, se coube a Foucault a descoberta do caráter biopolítico da política moderna, a partir do século XIX, Agamben observa que ele não teria se concentrado na principal instância biopolítica do século XX, os campos de concentração dos regimes totalitários.³²³

A política como biopolítica constitui-se naquilo que Agamben chama de vida nua, a vida que cai na esfera da política na medida em que dela pode ser eliminada sem mais, sem que isto se caracterize um crime.³²⁴ Explica o autor que Michel Foucault orientou as suas pesquisas para a definição de biopolítica enquanto crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e cálculos de poder, investigando os processos de subjetivação que, na passagem do mundo antigo para o mundo moderno, levam o indivíduo a objetivar o próprio eu e a constituir-se como sujeito, vinculando-se, ao mesmo tempo, a um poder de controle externo.³²⁵

Assim, o poder soberano será para Agamben a instância jurídico-política a partir da qual se traça e determina o limiar entre a vida protegida e aquela exposta à morte por meio de uma politização da própria vida, numa relação de inclusão e exclusão daquela instância referida. Vai trabalhar o autor então com a noção de vida que não merece viver.³²⁶ O conceito de vida sem valor ou vida indigna de ser vivida aplica-se aos indivíduos considerados como incuravelmente perdidos e que irá suscitar o debate entre a vida e a morte, especialmente nos casos em que não mais se deseja viver. Por tal motivo, entende Agamben que há um limiar além do qual a vida cessa de ter um valor jurídico e pode, portanto, ser morta sem que se cometa um homicídio. Esta vida indigna de ser vivida e sua categorização jurídica corresponde à vida nua do *homo sacer*.³²⁷ Logo, a politização da vida implica em uma decisão na qual a vida deixa de ser politicamente relevante e pode ser impunemente ser eliminada.

³²³ DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p.273.

³²⁴ Para Agamben, a produção de um corpo biopolítico é a contribuição original do poder soberano. A biopolítica é, neste sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não fez mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua. In: AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução: Henrique Burigo. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p.14.

³²⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução: Henrique Burigo. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p.116.

³²⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução: Henrique Burigo. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p.132.

³²⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução: Henrique Burigo. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p.135.

O *family by design*, ao mesmo tempo em que questiona e ressignifica a estrutura do ser família no contexto do Direito Civil brasileiro, evidencia que, na prática, se está adentrando em um território absolutamente novo da genética, a partir de uma incursão tecnicista repleta de possibilidades técnicas, bioéticas, e, como já referido, biopolíticas. Desvendam-se tecnologias genéticas, mas olvida-se que nem tudo que pode ser feito, efetivamente, deve ser feito. Como refere Alexandre Quaresma, há sempre o risco iminente de práticas tecnicistas “se acirrarem e se sofisticarem cada vez mais, com o passar do tempo, descambando inevitavelmente para a manipulação genética indiscriminada”.³²⁸ O ser humano é o resultado inexorável das múltiplas interações genéticas oriundas das pequenas e sutis diferenças que cada um possui e leva adiante geneticamente esta diversidade.

É neste quadro que a própria filiação igualmente muda o seu sentido de ser, pois o próprio processo reprodutivo passa por uma espécie de tecnicização. Independentemente da bagagem genética que se carrega, há uma transformação nos resultados afetivos e sociais do que significa ser o autor da própria vida ou apenas o resultado de uma manipulação tecnocientífica. Quando se fala no modelo de família biotecnológica, deve-se ir além das questões de manipulações genéticas, pois nem este é o objeto da tese, mas sim em considerar que o *family by design* proporciona que se forme, de antemão, e, contratualmente, a identidade da pessoa que nascerá, a partir de um contrato bilateral, violando, de certa forma, a plena liberdade do nascimento. A técnica potencializa a perda da forma de vir a ser-no-mundo, pois poderá ser utilizada para qualquer fim. Utilizando-se da técnica, o ser humano abre e fecha as portas que quiser e o fruto disso é o filho de concepção virtualizada.

³²⁸ QUARESMA, Alexandre. O injustificado imperativo genético. IN: QUARESMA, Alexandre. (coord.). **Engenharia genética e suas implicações sociológicas, antropológicas, filosóficas, simbólicas, econômicas, tecnicistas, médicas, legais, ecológicas, bioéticas, alimentares, magnéticas, lúdicas, fantásticas, fantasmáticas, críticas, epistemológicas, biopolíticas, humanísticas e filogenéticas**. Madrid: Common Ground, 2014. p.9. O autor compreende que como um gigantesco ouroboros tecnocientífico de dimensões planetárias a humanidade empoderada tenta – inadvertidamente – devorar a sua própria cauda, assim como faz a figura mítica do dragão ou serpente que iconiza o mito ourobórico. E neste afã acrítico e acéfalo, o ser humano se torna vulnerável e frágil diante de suas próprias condições tecnicistas, diante também do extremado poder de controlar, intervir, explorar e instrumentalizar. Não há mais julgamento ou Mão Divina para guiar ou punir, não há milagres a se esperar, enfim, não existe mais nada nem ninguém que possa julgar as atitudes praticadas, nem para amparar o indivíduo, enquanto se vê a perplexidade diante do poder de controlar e interferir no universo. O que resta apenas é o desamparo e o vazio, pois se criou um universo órfão e tecnicizado, onde o criador, a presa, o predador, a natureza, o sistema, o controle e a própria criação são, irreversível e aterrorizantemente, o próprio ser humano.

Alerta Alice Fátima Martins que, nas últimas décadas do século XX, as utopias projetadas pela tecnociência foram deslocadas no tempo e no espaço, penetrando o próprio corpo humano em vários campos, como o da engenharia genética, biogenética, entre outros, em nome de uma “suposta melhoria nas condições biopsíquicas da humanidade”.³²⁹ É de se destacar que a engenharia genética abre campos para discussões morais, culturais, sociais cujo enfrentamento se torna inescapável em um novo cenário científico e tecnológico, eis que problematiza os limites e possibilidades da intervenção científica na criação da própria vida humana e no seu desenvolvimento.

Ronald Sandler encara o a inovação tecnológica a partir da presunção de liberdade, otimismo e inevitabilidade. Para o autor, a avaliação ética das tecnologias emergentes tende a se concentrar no que pode ser problemático acerca delas. A razão para isso não é tipicamente lúdica, mas sim porque existe uma presunção a favor de novas tecnologias. Dada esta presunção, a questão não é "Por que devemos prosseguir ou permitir esta nova tecnologia?", Mas sim "Quais as boas razões para não desenvolvê-la existem?" e "Quais preocupações precisam ser abordadas em seu desenvolvimento e divulgação?"³³⁰

Tais repostas são elaboradas pelo mesmo autor, a partir de uma tríplice vertente. A primeira é a liberdade. Esta é a ideia de que as pessoas devem ser autorizadas a fazer o que quiserem, desde que não seja prejudicial aos outros ou de outra forma socialmente ou ecologicamente problemáticas. A segunda base para a presunção da inovação é o otimismo tecnológico. As inovações tecnológicas, em geral, aumentam a longevidade, saúde, conforto e oportunidade na vida de quem tem acesso a elas e é por isso que as pessoas estão tão interessados em adotar novas tecnologias. Assim, parece que não se deve apenas permitir, mas também incentivar a inovação e adoção tecnológica. Quanto menos obstáculos à invenção e

³²⁹ MARTINS, Alice Fátima. Engenheiros da genética e “filhos do amor”: embates além da ficção. IN: QUARESMA, Alexandre. (coord.). **Engenharia genética e suas implicações sociológicas, antropológicas, filosóficas, simbólicas, econômicas, tecnicistas, médicas, legais, ecológicas, bioéticas, alimentares, magnéticas, lúdicas, fantásticas, fantasmáticas, críticas, epistemológicas, biopolíticas, humanísticas e filogenéticas**. Madrid: Common Ground, 2014. p.50.

³³⁰ Ethical evaluation of emerging technologies tends to focus on what might be problematic about them. The reason for this is typically not luddism, but rather that there is a presumption in favor of new technologies. Given this presumption, the question is not "Why should we pursue or permit this new technology?", but rather "Are there any good reasons not to develop it?" and "Are there any concerns that need to be addressed in its development and dissemination? (Tradução livre do autor para a língua portuguesa). SANDLER, Ronald. L. **Ethics and emerging Technologies**. Boston: Palgrave Macmillan, 2014. p.5.

divulgação, quanto mais cedo, mais inovações tecnológicas podem melhorar a vida das pessoas.

A terceira base para a presunção da inovação é o determinismo tecnológico. A inovação tecnológica é crucial para o modo de vida cultural. Além disso, a evolução tecnológica ocorre em taxas aceleradas e sem renúncia. Se isso estiver certo, então não faz sentido perguntar se deve apoiar ou restringir a inovação tecnológica, uma vez que ela é inevitável.³³¹ Diante de tal inevitabilidade do progresso científico, as ameaças e perigos do poder da tecnologia sobre o homem também cresceram de forma contínua, desde que se passou da sociedade industrial para a sociedade de risco. Eis a razão pela qual Bauman compreende que a questão a qual envolve o desenvolvimento tecnológico é a de como prevenir, minimizar ou questionar os riscos e ameaças produzidas de maneira sistemática como parte da modernização.³³²

Em tal contexto até aqui apresentado, se o cenário de desenvolvimento tecnológico se mostra inevitável, observa-se a necessidade, no Direito, de rompimento com aquele paradigma estanque, superando-se a chamada dicotomia entre o Público e o Privado.³³³ Ao se recepcionar na CRFB/88 temas que antes compreendiam apenas ao estatuto privado, provocam-se transformações no sistema do Direito Civil clássico, ou seja, a adaptação a uma nova realidade econômico-

³³¹ The first is liberty. This is the idea that people ought to be permitted to do as they like, so long as it is not harmful to others or otherwise socially or ecologically problematic. The second basis for the innovation presumption is technological optimism. Technological innovations have, in general, increased the longevity, health, comfort and opportunity in the lives of those who have access to them. This is why people are so keen to adopt new technologies. Given this, it seems as if we ought not only allow, but also encourage technological innovation and adoption. The fewer impediments to invention and dissemination, the sooner further technological innovations can improve human lives. The third basis for the innovation presumption is technological determinism. As discussed earlier, technological innovation is crucial to our cultural way of life. Moreover, the rate of technological innovation has continually accelerated, and there are historically very few cases of relinquishment. If this is right, then it makes little sense to ask whether we should support or restrict technological innovation, since it is inevitable. (Tradução livre do autor para a língua portuguesa). SANDLER, Ronald. L. **Ethics and emerging Technologies**. Boston: Palgrave Macmillan, 2014. p.5.

³³² BAUMAN, Zygmunt. **Ética posmoderna: en busca de una moralidad en el mundo contemporáneo**. Buenos Aires: Siglo Veinteuno, 2011. p.227.

³³³ A superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado significa, segundo Carmem Lúcia Silveira Ramos, a retomada pelo Direito Privado de sua vocação original de direito do cidadão, em oposição ao sentido de direito burguês, voltado para a proteção de interesses individuais, que lhe foi atribuído a partir da Revolução Francesa, a cidadania deixa de ser considerada apenas uma relação política entre o indivíduo e o Estado, para se fazer presente em outros níveis e espaços sociais e econômicos, como, por exemplo, na empresa, onde, superando o poder patronal a que tradicionalmente ficava submetido o trabalhador, passa ele a ter direito de expressão, de informação, de participação. RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. IN: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.9.

social, que obrigou o intérprete do Direito a repensar os valores ideologicamente consagrados no ordenamento jurídico e as influências interdisciplinares sofridas por ele nessa mutação.

Por tais razões, Fachin elucida que o problema que se refere às fronteiras da ciências e aos eventuais limites éticos, morais ou jurídicos de um desenfreado progresso científico, alavancam uma outra visão de mundo, emancipatória e contra o dogmatismo.³³⁴ Mais do que isso, o autor destaca que se deve perguntar “a que” e “a quem” serve a biotecnologia, conquanto seja necessário um olhar crítico sobre o tempo, para que no corpo do Direito não ingresse tão simplesmente um novo estatuto do corpo humano a título de artefatos de mercantilização.

O importante aspecto levantado por Fachin é objeto de profundos questionamentos efetuados por Patricia Palermi, quando sintetiza indagações no sentido de que, nestes tempos, como pode a ética enfrentar os poderosos interesses econômicos que estão em jogo no setor industrial da saúde e que conduza à realização, a qualquer preço, de certas aplicações da investigação biomédica? Além disso, deve-se lembrar a boa notícia: o mundo dos negócios agora tem suas próprias ética, *ética nos negócios*. Por que, então, apresentar o setor de saúde para as injunções de outros organismos éticos, especialmente aqueles de comitês de ética em que foram estabelecidas para definir padrões éticos nesta área? O que seria, de qualquer maneira, temer padrões éticos de saúde industrial? É fácil perceber que, num contexto marcado pela crescente desregulamentação do campo econômico, os fabricantes têm tudo a ganhar com uma regulação ética do seu setor. Dificilmente, pode representar algo diferente de um convite amável para eles, para um pouco mais de altruísmo.³³⁵

³³⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.252. Discorre Fachin que deve haver uma reflexão sobre a contenda para que não se amplie o fosso que separa aqueles que portam convites ao ingresso das titularidades de direitos e obrigações e aqueles que se encontram à margem da vida e das satisfações de suas necessidades básicas, pão para alimentar-se, abrigo para morar e um palmo de terra que seja fonte de vida e não disputa de morte.

³³⁵ De nous jours, que peut l'éthique face au puissants intérêts économiques qui sont en jeu dans le secteur industriel de la santé et qui poussent à la mise en oeuvre à tout prix de certains applications de la recherche biomédicale? Du reste, il faut rappeler cette bonne nouvelle: le monde des affaires a désormais sa propre éthique, la Business ethics. Pourquoi faudrait-il alors soumettre les industriels de la santé aux injonctions d'autres instances éthiques, en particulier celles des comités d'éthique qui ont été institués pour définir des normes éthiques dans ce domaine? Qu'auraient de toute façon à redouter les industriels de la santé de normes éthiques? On comprend aisément que, dans un contexte marqué par la dérégulation croissante du champ économique, ces industriels ont tout à gagner à une régulation éthique de leur secteur. Celle-ci ne peut guère représenter autre chose pour

Como o fenômeno social e o ordenamento jurídico são únicos, exige-se o estudo de cada um dos seus institutos tanto na perspectiva privada quanto nos aspectos publicistas, resolvendo-se a dicotomia. Mas, como pontua Perlingieri, se em uma sociedade com uma nítida distinção entre liberdade do privado e autoridade do público é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se árdua, se não impossível, individualizar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente e isolado do interesse chamado público.³³⁶

Pierre Lévy leciona que há um movimento geral de virtualização que afeta não apenas a informação e a comunicação, mas também os corpos, o funcionamento econômico, os quadros coletivos de sensibilidade ou o exercício da inteligência. A virtualização atinge mesmo as modalidades do estar junto, a constituição do *nós*.³³⁷ No uso corrente, a palavra virtual é empregada com frequência para significar a pura e simples ausência de existência, a realidade. O real seria a ordem do *ter*, enquanto que o virtual, a ordem do *terás*, da ilusão. O virtual não se opõe ao real, mas ao atual. Segundo Lévy, o virtual é como o complexo problemático, o *nós* de tendências ou de forças que acompanha uma situação, um acontecimento, um objeto ou uma entidade qualquer, e que chama um processo de resolução: a atualização.³³⁸

Trata-se de compreender a virtualização como o movimento inverso ao da atualização, consistindo em uma passagem do atual ao virtual, como uma mutação de identidade, um deslocamento do centro de gravidade ontológico do objeto considerado. Virtualizar uma entidade qualquer consiste em descobrir uma questão geral a qual ela se relaciona, em fazer mutar a entidade em direção à interrogação e em redefinir a atualidade de partida como uma resposta a uma questão particular.

eux qu'une aimable invitation à un peu plus d'altruisme. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). PALERMINI, Patricia. **Misère de la bioéthique**. Bruxelles: Éditions Labor, 2002. p.11-2.

³³⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.143-144.

³³⁷ LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Tradução: Paulo Neves. 2.ed. São Paulo: Ed.34, 2011. p.11. O autor considera que a virtualização constitui justamente a essência, ou a ponta fina, da mutação em curso. Enquanto tal, a virtualização não é nem boa, nem má, nem neutra. Ela se apresenta como o movimento mesmo do "devenir outro" – ou heterogênesse – do humano. Antes de temê-la, condená-la ou lançar-se às cegas a ela, Lévy propõe que se faça o esforço de aprender, de pensar, de compreender em toda a sua amplitude a virtualização.

³³⁸ LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Tradução: Paulo Neves. 2.ed. São Paulo: Ed.34, 2011. p.16. A atualização aparece então como a solução de um problema, uma solução que não estava contida previamente no enunciado. A atualização é criação, invenção de uma forma a partir de uma configuração dinâmica de forças e de finalidades.

Assim, Pierre Lévy aduzirá que o próprio corpo é uma categoria que passa a ser virtualizada, ao considerar que a constituição de um corpo coletivo e a participação dos indivíduos na comunidade física serviu-se, por muito tempo, de mediações puramente simbólicas ou religiosas, tais como, *isto é meu corpo, isto é meu sangue*. Hoje, essa participação recorre a meios técnicos, uma vez que os indivíduos se associam virtualmente em um só corpo, com os que participam das mesmas redes técnicas e médicas. Nas palavras do autor, “cada corpo individual torna-se parte integrante de um imenso hiper corpo híbrido e mundializado”³³⁹, que se estende entre as epidermes, espécies, fronteiras e oceanos, de uma margem a outra do rio da vida.

Bauman refere que os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, é o tempo que importa. A liquidez e a fluidez são as metáforas adequadas quando se quer captar a natureza do presente³⁴⁰. Esse derretimento do sólido adquiriu uma nova concepção na modernidade, eis que afeta as instituições existentes, as molduras que circunscrevem o domínio das ações e escolhas possíveis. Por um lado, a modernidade transgride e rompe fronteiras, mas os indivíduos continuaram sendo padronizados em referenciais tão duros e indomáveis como sempre.³⁴¹

Caberá ao homem, portanto, a missão de compensar a fenda que se formou e isso significa que com o auxílio da razão prática deverá dar uma resposta a um estado de coisas que ele próprio, com fundamento na razão técnica, criou. Trata-se, como o próprio Karl-Otto Appel refere, de uma representação da problemática

³³⁹ LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Tradução: Paulo Neves. 2.ed. São Paulo: Ed.34, 2011. p. 27-31 *passim*. Nessa visão, o autor considera que se está ao mesmo tempo *aqui e lá*, graças às técnicas de comunicação e telepresença. Os equipamentos de visualização médicos tornam transparente nossa interioridade orgânica. Os enxertos e as próteses nos misturam aos outros e aos artefatos. No prolongamento das sabedorias do corpo e das artes antigas da alimentação, inventamos hoje cem maneiras de nos construir, de nos remodelar: dietética, *body building*, cirurgia plástica. Alteramos nossos metabolismos individuais por meio de drogas ou medicamentos, espécies de agentes fisiológicos transcóporais ou de secreções coletivas e a indústria farmacêutica descobre regularmente novas moléculas ativas. A reprodução, a imunidade contra as doenças, a regulação das emoções, todas essas performances classicamente privadas, tornam-se capacidades públicas, intercambiáveis, externalizadas. Da socialização das funções somáticas ao autocontrole dos afetos ou do humor pela bioquímica industrial, nossa vida física e psíquica passa cada vez mais por uma exterioridade complicada na qual se misturam circuitos econômicos, institucionais e tecnocientíficos.

³⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p.9.

³⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p.13.

“actual da coeva situação de crise da humanidade no que diz respeito à situação ética do homem em geral.”³⁴²

Diferentemente deste filósofo, é Habermas que “não mais constroi aprioricamente, e, sim, reconstroio racionalmente de seu alter ego filosófico Karl-Otto Appel”.³⁴³ Para ele, se se quiser reconquistar a verdade da ciência, o homem deve abrir mão de toda pretensão da verdade própria, superior ou precedente à ciência, e associar-se com as ciências sociais. Ao escrever *o futuro da natureza humana*, Habermas pretendeu que os avanços espetaculares da genética molecular conduzem aquilo que o ser humano é por natureza, cada vez mais ao avanço das intervenções biotécnicas.

Essa tecnicização da natureza humana “simplesmente dá continuidade à conhecida tendência de tornar progressivamente disponível o ambiente natural”.³⁴⁴ Habermas defende que do ponto de vista sociológico, a aceitação social não deverá diminuir no futuro, enquanto a tecnicização da natureza humana puder ser fundamentada pela Medicina com a expectativa de uma vida mais saudável e mais longa. Como refere Huxley, “as ciências da matéria podem ser aplicadas de tal modo que destruam a vida ou a tornem irreversivelmente complexa e desconfortável.” E prossegue, “essa revolução verdadeiramente revolucionária deverá ser realizada, não no mundo exterior, mas sim na alma e na carne dos seres humanos”.³⁴⁵

Nesse sentido, no que concerne às tentativas de uma moralização da natureza humana, o olhar da medicina histórica exorta ao ceticismo. A partir dessa perspectiva, as intervenções legislativas surgem na liberdade da pesquisa biológica e no desenvolvimento da técnica genética como tentativas que vão se opor à tendência de liberdade que domina a modernidade social.³⁴⁶ A técnica é, hoje, o empreendimento mais significativo da espécie humana, em que a conquista do domínio sobre as coisas e sobre as pessoas torna-se uma espécie de destino o qual a humanidade encontra-se vocacionada.

³⁴² APPEL, KARL-OTTO. **Ética e responsabilidade**; o problema da passagem para a moral pós-convencional. Lisboa: Instituto Piaget, 1988. p.19.

³⁴³ BRUNKHORST, Hauke. Jürgen Habermas. IN: JANSOHN, Heinz. HENNIGFELD, Jochem. **Filósofos da atualidade**. Tradução: Ilson Kayser. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p.271.

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução: Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.33.

³⁴⁵ HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. Tradução: Vidal de Oliveira. 21.ed. São Paulo: Globo, 2012. p.25-6.

³⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução: Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.35.

Como refere Hans Jonas, “a tecnologia assume um significado ético por causa do lugar central que ela agora ocupa subjetivamente nos fins da vida humana”.³⁴⁷ Neste sentido, um dos contextos apontados pelo autor, em relação às dimensões que o progresso das ciências biomédicas apresenta, é o controle de comportamento, em que se discute que tipo de indivíduos tornam valiosa a existência da sociedade como um todo, a partir do momento em que se vislumbra a possibilidade de manipulação social em detrimento da autonomia individual.

É deste viés que se pode enquadrar o *family by design* como um mecanismo tecnológico de controle de comportamento e que desvela um paradoxo: as descobertas científicas liberaram na espécie humana uma nova forma de ser, criando um inovador ambiente humano, em uma velocidade cada vez mais crescente, porém, tornaram o humano o seu próprio objeto. Ainda que se fale no humano como sujeito da técnica, verifica-se o homem como objeto da técnica a serviço de alguns sujeitos. Diante disso, pode-se pensar na família biotecnológica como uma família em que os sujeitos co-parentais valem-se da técnica (encontro virtual) para a pactuação de um objeto *jurídico* (contrato de co-parentalidade) para a gestação do próprio objeto *técnico* (o filho). Este último terá sido utilizado tão somente como meio de satisfação parental de quem detinha a autonomia privada para o controle da técnica.

Este novo tipo de relação que se pretende investigar se é ou não uma verdadeira formação familiar ganha espaço em um tempo cujo atual imperativo é a conexão. As redes sociais conectam, os aparelhos móveis conectam, o GPS conceta, logo, o indivíduo parece se acostumar a reduzir as suas relações a níveis de conexão, dentro de uma nova realidade virtual, trivializada, mas que multiplica as suas possibilidades de relacionamento. Como refere Roy Ascott, “à medida que interajo com a rede, reconfiguro a mim mesmo; minha extensão-rede me define exatamente como meu corpo material me definiu na velha cultura biológica; não tenho peso nem dimensão em qualquer sentido exato, sou medido pela minha conectividade”.³⁴⁸

³⁴⁷ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução: Marijane Barbosa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto – PUC RIO, 2006. p.43.

³⁴⁸ ASCOTT, Roy. Cultivando o hipercórtex. In: DOMINGUES, Diana (Org.). **A arte no século XXI**: a humanização das tecnologias. São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 336-344,

Um ponto importante de se observar é que o modelo da família *design* não encontra nenhuma espécie de regulamentação jurídica no Brasil, o que torna de pouca expressividade uma análise do artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conquanto trate tão somente de aplicação de regras atinentes ao casamento e aplicação da legislação brasileira.³⁴⁹ Porém, tendo em vista tratar-se de uma relação que invoca a um contrato de co-parentalidade, é de se cogitar a possibilidade de aplicação do artigo 9º desta Lei, caso a temática fosse examinada apenas pela ótica contratual.³⁵⁰ Neste caso, a obrigação resultante do contrato de co-parentalidade ocorreria no Brasil, na hipótese de o seu proponente ser cidadão brasileiro, pois para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-ia a legislação norte-americana, considerando ser o país que desenvolveu o *site* do *family by design*. Assim, trata-se de mais uma lacuna a ser preenchida por este modelo civil-constitucional, intensamente provocado pelas novas tecnologias e que não oferece respostas únicas a tais dilemas.

³⁴⁹ Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. § 1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração. § 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957). § 3º Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal. § 4º O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal. § 5º O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977) § 6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais. (Redação dada pela Lei nº 12.036, de 2009). § 7º Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda. § 8º Quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre. BRASIL. **Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº. 12.376, de 2010). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 04 jan. 2017.

³⁵⁰ Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. §1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. §2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. BRASIL. **Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº. 12.376, de 2010). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 04 jan. 2017.

Eis assim que um novo tipo de materialidade se coloca na família biotecnológica, aquela em que o indivíduo deixa de se colocar como um ser presencial e passa a se desvelar como um ser telepresencial, que dá a ele um novo sentido. Eis assim, como refere Paula Sibila, “as redes globais de telecomunicações e suas diversas aparelhagens de conexão oferecem acesso às novíssimas ‘experiências virtuais’ que hoje proliferam, dispensando tanto a organicidade do corpo presente quanto a materialidade do espaço e a linearidade do tempo”. (grifo no original).³⁵¹ Na família biotecnológica, os co-pais se conhecem virtualmente, por informações prestadas ao site *family by design*, concebem a gestação virtualmente, para, então, o encontro real, se for esta a escolha entre os parceiros parentais. Trata-se de uma verdadeira zona cinzenta, em que o parceiro virtual poderá ou não se tornar real.

Dentro de tal perspectiva, impõe-se, sobremaneira, questionar se tal desenho familiar encontra espaço na teoria do direito civil-constitucional que trabalha com a perspectiva de funcionalização dos pilares do Direito Privado, em que os sujeitos envolvidos nas relações jurídicas se reconhecem em tal condição. É bem verdade que no caso das famílias biotecnológicas, se pode inferir um espaço lacunoso do direito civil-constitucional. Os limites éticos impostos pelo desenvolvimento tecnológico colocam em xeque a leitura de que qualquer relação privada espelhada na dignidade humana deve ser aceito pelo Direito, diante da sua matriz constitucionalizada.

O Direito Civil-Constitucional procura se enquadrar como uma teoria da norma jurídica e uma teoria da tomada de decisão jurídica, assumindo um compromisso com a realização da dignidade humana, como princípio fundamental da ordem jurídica. Por tal compromisso, justificou-se uma leitura funcionalista das situações jurídicas patrimoniais, que passam a estar a serviço de valores existenciais. Assim, a doutrina civil constitucionalizada assenta-se sobre a centralidade da CRFB/88, vista como o centro do ordenamento e os seus princípios fundamentais como os garantidores da ordem e unidade que conferem caráter sistemático ao conjunto de elementos que compõem o direito. Em tal concepção, o sistema jurídico revela-se como um todo composto por uma pluralidade de fontes normativas, em que deixa de se estruturar em torno da dicotomia entre o público e o privado, que se torna sem

³⁵¹ SIBILA, Paula. **O homem pós-orgânico**. A alquimia dos corpos e das almas à luz das tecnologias digitais. 2. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2015. p. 61.

sentido a partir do momento em que se consolida a posição central e privilegiada da CRFB/88.

Segundo Anderson Schreiber, o Direito Civil-Constitucional não é um conjunto de normas constitucionais que cuidam do Direito Civil, ou até mesmo, não se constitui em uma tentativa de esvaziar o Direito Civil, mas trata-se de remodelar os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em que “o que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas”.³⁵² Diante de tal conceito, percebe-se que tal matriz se fundamenta em uma tríplice estrutura: a normatividade da Constituição, a complexidade e unidade do ordenamento jurídico, e a renovação de teoria interpretativa considerando as múltiplas fontes do Direito.

Inobstante todo o desenvolvimento que tal doutrina encontra no Direito Civil brasileiro, não se pode olvidar que ela não serve como uma espécie de ferrolho para qualquer situação existencial. Ou seja, não se pode querer justificar qualquer instituto do Direito Civil sob o prisma da leitura constitucionalizada, como se fosse imune a críticas. Já se observou aqui que no caso das famílias biotecnológicas, a matriz civil-constitucional não deve ser lida como uma autorização a sua inserção como modelo familiar protegido pela CRFB/88 apenas por haver o princípio da dignidade humana na Constituição. É mais do que isso, é verificar onde se encontra o suporte metodológico constitucional para que as famílias biotecnológicas sejam verdadeiramente reconhecidas como família.

Diante disso, cabe referir as objeções que tal teoria encontra, mormente a partir dos estudos efetuados por Fernando Leal, para quem decidir com base em regras contidas em textos legislativos não é “um empreendimento que satisfaz plenamente as diretrizes normativas da teoria da interpretação sugerida pelo direito civil constitucional.”³⁵³ Para o autor, além da aplicação de regras incidentes em casos concretos, existe um dever permanente de aferição da adequação da resposta fornecida pelas regras com valores ou princípios constitucionais, que devem ser sempre considerados.

Consoante refere Leal:

³⁵² SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. IN: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p.1-23.

³⁵³ LEAL, Fernando, *Seis objeções ao Direito Civil Constitucional*. IN: **Direitos Fundamentais & Justiça**. n.1. out-dez 2007. Porto Alegre: HS Editora, 2007. p.123-165.

A necessidade de consideração constante de elementos constitucionais nos processos de justificação de decisões, apesar do apelo evidente a supostas vantagens relacionadas à busca pelas melhores soluções para cada caso, à afirmação frequente da superioridade e da centralidade da Constituição e à promoção da efetividade constitucional, conduz a uma teoria da tomada de decisão jurídica bastante problemática, ao conjugar (i) o aumento de variáveis no processo decisório, (ii) escaladas de justificação até os mais rarefeitos compromissos constitucionais e (iii) particularismo decisório, *i.e.* a visão de que decisões jurídicas devem ser tomadas levando sempre em consideração todas as propriedades relevantes do caso concreto e as normas a ele relacionados. Uma vez implementados, esses três fatores aumentam a complexidade dos processos jurídico-decisórios e contribuem para a diluição das fronteiras entre casos fáceis e difíceis, o que afeta drasticamente a possibilidade de controle das amplas margens de discricionariedade judicial exercidas na solução de problemas pontuais.³⁵⁴

Neste contexto afirmado pelo autor em análise, existe um dever permanente de examinar a conformidade constitucional, o qual exige que participantes de processos argumentativos do Direito manipulem não só a legislação infraconstitucional, como também os referenciais vagos da CRFB/88 como dignidade humana, função social e solidariedade, em busca de uma solução constitucionalmente adequada para o caso concreto.

Ademais, aponta-se a necessidade de o Direito Civil Constitucional oferecer um método de decisão capaz de manter sob controle as incertezas relacionadas à necessidade de manipulação de regras infraconstitucionais e princípios constitucionais na solução de cada caso concreto, especificando os ônus de argumentação que devem ser superados nos processos de justificação de juízos normativos singulares e garantir, no mínimo, algum grau de previsibilidade dos resultados e de controle da discricionariedade judicial.³⁵⁵ Nas críticas tecidas por

³⁵⁴ Refere Leal que Construir a melhor solução para casos específicos não passa a depender, como já anunciado, apenas da subsunção de fatos aos predicados fáticos de regras, por exemplo, do Código Civil. Ao contrário, questões concretas de direito civil são vistas, na verdade, como oportunidades para o empreendimento de esforços de concretização da /88, considerados custosos na medida em que exigem do juiz a superação de ônus como os (i) de identificação dos elementos constitucionais incidentes no caso, (ii) de determinação de sentido dos valores ou princípios constitucionais envolvidos e, na hipótese de divergência entre a resposta legislativa e a resposta constitucional fornecidas para o caso, (iii) de harmonização das tensões estruturais e institucionais envolvidas quando há percebido descompasso entre uma regra e um princípio. LEAL, Fernando, Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. IN: **Direitos Fundamentais & Justiça**. n.1. out-dez 2007. Porto Alegre: HS Editora, 2007. p.123-165.

³⁵⁵ Para Fernando Leal, dada a quantidade de variáveis que tomadores de decisão deveriam levar em consideração para a construção da resposta adequada para um caso concreto, seria possível, antes de tudo, problematizar a viabilidade de métodos capazes de garantir satisfatoriamente o alcance daqueles objetivos quando aplicados por pessoas de carne e osso. Se a aplicação consistente de

Leal, um dos pontos chama a atenção, quando o autor reflete a trivialização da dignidade humana, que, utilizada em processos decisórios, reduzem-na a um valor moral desprovido de aplicabilidade jurídica. Nas suas palavras:

Especialmente problemático, porém, revela-se o incentivo fornecido pela doutrina civil constitucional para que juízes e advogados evoquem frequentemente a dignidade humana em processos de justificação de decisões. Isso ocorre porque a doutrina civil constitucional conjuga, como visto, um modelo particularista de tomada de decisão jurídica – sustentado pela necessidade de consideração de princípios incidentes em cada caso concreto – com a afirmação da primazia da dignidade e funcionalismo. Assim, parece natural crer que a busca pela melhor resposta constitucional para a solução de um problema específico tenha que passar pela dignidade humana e se localize exatamente na seleção da alternativa decisória que realiza no caso concreto, na maior medida possível, esse princípio. O que o direito civil constitucional acaba por estabelecer é, no fundo, uma pressão sobre tomadores de decisão por legitimação de suas decisões naquela que é considerada a norma mais importante do sistema constitucional. Neste ponto, a amplitude da expressão aliada às dificuldades de operacionalização adequada do princípio à luz de certas sugestões metodológicas propostas por autores do movimento (como o caráter imponderável da dignidade e a sua função de servir como norte da ponderação entre outros direitos fundamentais) tende a conferir à dignidade humana o mesmo papel vazio que se atribuía ao conceito de vontade no século XIX. Ela está em todo o lugar, mas não se sabe o que ela significa; ela serve para explicar tudo, mas é incapaz de orientar efetivamente processos de interpretação e aplicação do direito privado. A dificuldade de se definir o que prescreve a dignidade humana não é uma novidade. [...]³⁵⁶

Destarte, os problemas decorrentes desta pressão pela utilização da dignidade humana como elemento legitimador de decisões, não pode ser incentivada pelo Direito Civil Constitucional a uma redução desorientada e ao uso retórico de tal princípio.³⁵⁷ Há a necessidade de se propor um modelo de tomada de

métodos capazes de garantir níveis aceitáveis de controle da subjetividade do juiz e de previsibilidade das suas respostas depender de condições ideais ou de capacidades sobre-humanas, o problema relevante deixa de ser de falta de racionalidade do método, mas de excesso de racionalidade. Para que se possa, porém, problematizar as pretensões de racionalidade, em qualquer sentido, de métodos de decisão, é preciso que critérios de interpretação sejam previamente fixados. Sem isso, não há o que se criticar. No caso do direito civil constitucional, as apostas costumam ser feitas em expressões vagas ou métodos já conhecidos, contra os quais já foram formuladas críticas, que, por sua vez, não são enfrentadas pelos autores do movimento. LEAL, Fernando, Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. IN: **Direitos Fundamentais & Justiça**. n.1. out-dez 2007. Porto Alegre: HS Editora, 2007. p.123-165.

³⁵⁶ LEAL, Fernando, Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. IN: **Direitos Fundamentais & Justiça**. n.1. out-dez 2007. Porto Alegre: HS Editora, 2007. p.123-165.

³⁵⁷ Destaca-se, aqui, o posicionamento de Fernando Leal, para quem o tipo de particularismo incentivado pelo direito civil constitucional tende a criar um excesso de /88 e a estabelecer uma

decisão judicial funcionalista, que possibilite um contexto de teoria de decisão judicial propícia para que a dignidade humana apareça nos casos a serem decididos, mas não como algo corriqueiro. Tratar-se-ia de acreditar que a resposta constitucionalmente adequada, para se valer da expressão já cunhada por Lenio Streck, outrora apresentada se justificaria na crença de que tudo está na Constituição e que, por isso, o papel das instituições democráticas seria apenas o de descobrir o sentido das disposições constitucionais.

O Direito Civil Constitucional, nesta concepção, criaria condições para que o Direito fosse tomado por padrões de moralidade, frutos da maximização do conceito de dignidade e da concepção que vincula a tarefa do Direito à sua máxima proteção, corroendo-se, por completo, o lado formal do Direito. Acreditar em sentido contrário, significaria o risco de se compreender o Direito Civil Constitucional como uma espécie de portal em que se estaria autorizando o juiz a lançar mão de concepções decisionistas, contanto que se mantivesse no esquadro, no campo de visão da dignidade humana. Ou seja, seria o risco de se desfuncionalizar os institutos funcionalizados pela matriz constitucionalizada caso não seja corretamente aplicada.

Neste sentido, a metodologia civil constitucional passa a exigir que a pessoa seja valorizada na sua condição humana, de tal modo que haja uma funcionalização do ter ao ser, sob pena de uma inversão sistemática e axiológica. Como tarefa imposta na análise do enquadramento do *family by design* como um modelo de família biotecnológica, necessita-se o equilíbrio entre o legalismo estrito, reproduzidor de normas e o subjetivismo que impede o intérprete-aplicador de encontrar o seu verdadeiro projeto constitucional dentro da sociedade, fundado na primazia dos

onipotência judicial. Essa, porém, não é uma conclusão necessária. Não, pelo menos, do ponto de vista do desenho institucional. Se se entende que a busca por conformidade constitucional apenas reforça a possibilidade de controle concreto e difuso de constitucionalidade das leis, o direito civil constitucional não prescreve nada de excepcional. O problema, porém, pode estar no tipo de “controle obrigatório que o intérprete deve fazer da legitimidade constitucional de qualquer disposição, seja esta recente seja antiga, que seja aplicado ao caso concreto pelo juiz sugerido pelo movimento. Se esse controle é compreendido como um dever positivo de busca da melhor solução constitucional para o caso – mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma –, e não como a expressão de uma competência a ser exercida prioritariamente para a não aplicação de disposições legislativas inconstitucionais, é questionável como a teoria da interpretação jurídica proposta pela doutrina civil constitucional pode levar a sério a atividade legislativa. Dois aspectos contribuem para a afirmação dessa dificuldade. Primeiro, o direito civil constitucional atribui ao juiz o papel decisivo de, por meio da concretização de valores constitucionais, determinar a resposta constitucionalmente adequada para cada caso concreto. LEAL, Fernando, Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. IN: **Direitos Fundamentais & Justiça**. n.1. out-dez 2007. Porto Alegre: HS Editora, 2007. p.123-165.

valores consagrados pelo texto constitucional, reconstruindo-se o sentido de *ser* do Direito Civil.

3.3 Na sociedade hipercomplexa o amor é por um clique: outrora indissolúvel, hoje líquido: as relações humanas e a realidade virtual como um fenômeno de inclusão no Direito das famílias entre a conjugalidade e a parentalidade

Do conteúdo já examinado até o momento, percebe-se que o avanço do conhecimento científico modificou a forma de constituição das relações sociais nos últimos anos, provocando indagações éticas, as quais repercutem no sistema jurídico. Por tal razão, Vicente Barreto aponta que o desafio com que se defrontam os juristas e filósofos torna-se mais problemático, pois, “ao mesmo tempo em que avança o conhecimento científico e as suas aplicações tecnológicas, o direito é convocado a estabelecer limites e resolver conflitos oriundos dessa nova realidade social”.³⁵⁸

Resta claro que na sociedade tecnocientífica múltiplas questões se colocam e evidenciam interrogações que não se bastam apenas no campo legislativo, conquanto dimensionem a insuficiência de uma mera aplicação normativa aos dilemas colocados pelos avanços biotecnológicos. Trata-se da busca de um ponto convergente, em que Direito e Tecnologia consigam estabelecer um diálogo que assuma, como principal, eixo condutor, a responsabilidade ética humana sobre os seus atos.

Como refere Domenico De Masi, vive-se um espaço cheio de tempo, em que a cultura pós-moderna tende a exprimir a sua vitalidade, recupera a importância da emotividade para conjugá-la com a racionalidade e extrair uma energia criativa. Nas suas palavras, “graças à informática, à rede, à globalização, pode permitir-se a ubiquidade e a desestruturação do tempo e do espaço”.³⁵⁹ É nesta estética de fragmentação que as pessoas procuram organizar os seus próprios pedaços de existência, em que a família parece lhe conferir uma espécie de sentido. A questão que se coloca é como unir tais pedaços de existência quando o ambiente em que a

³⁵⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. O “admirável mundo novo” e a teoria da responsabilidade. IN: FACHIN, Luiz Edson. TEPEDINO, Gustavo (coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.995.

³⁵⁹ DE MASI, Domenico. **O futuro chegou: modelos de vida para uma sociedade desorientada**. Tradução: Marcelo Costa Sievers. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014. p.541.

família se desvela é um espaço virtualizado, em que a vida e os relacionamentos se telematizam, provocando uma desestruturação de espaços e tempos tradicionais e colocam a possibilidade de se *ter* uma família em qualquer lugar e em qualquer momento.

Gilles Lipovetsky já apontara que, desde o final dos anos setenta, a noção de pós-modernidade fez a sua entrada no palco intelectual com o fim de qualificar o novo estado cultural as sociedades desenvolvidas.³⁶⁰ Segundo o autor, “impôs-se a ideia de que estávamos diante de uma sociedade mais diversa, mais facultativa, menos carregada de expectativas em relação ao futuro”.³⁶¹

Trata-se, porém, de uma mudança de direção no funcionamento da sociedade, caracterizada pela rápida expansão do consumo e da comunicação de massa e do enfraquecimento das normas autoritárias e disciplinares, com um surto de individualização. Nesta toada, em que o avanço tecnológico, a globalização e os Direitos Humanos se impuseram de modo inescapável, aduz o autor que o adjetivo de pós-moderno já ganha rugas, tendo esgotado “sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia”.³⁶² Vive-se, desta forma, em uma era hipermoderna e hiperindividualista, caracterizada pelos excessos e pela desestruturação das antigas formas de regulação social dos comportamentos, em que se produz, ao mesmo tempo, ordem e desordem, dependência e independência e, assim, nasce uma nova sociedade moderna, que moderniza a modernidade, em um processo de hipermudanças, regulador e desregrado, produzindo a ordem e a desordem, a dependência e independência.

Em tal contexto, outra categoria fundamental que necessita ser revista em sua acepção jurídica é o corpo. No século XIX definiu-se, pela primeira vez, o corpo como coisa, em seu sentido jurídico moderno, incluindo-o entre as coisas fora do comércio. Fechara-se a porta para a comercialização do corpo, mas permaneceu

³⁶⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004. p.51.

³⁶¹ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004. p.51.

³⁶² Como refere Lipovetsky, as inquietações com o futuro substituem a mística do progresso. Sob efeito do desenvolvimento dos mercados financeiros, das técnicas eletrônicas de informação, dos costumes individualistas e do tempo livre, o presente assume importância crescente. Por toda a parte, as operações e os intercâmbios se aceleram; o tempo é escasso e se torna um problema, o qual se impõe no centro de novos conflitos sociais. Horário flexível, tempo livre, tempo dos jovens, tempo da terceira e da quarta idade: a hipermodernidade multiplicou as temporalidades divergentes. LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004. p.52-8 *passim*.

aberta a entrada do corpo para o jogo de trocas de titularidades, ou seja, o seu trânsito intersubjetivo, por meio de relações jurídicas.³⁶³

Mas a intersubjetividade do corpo, em seu sentido fático, só veio a se tornar viável na segunda metade do século XX. O Direito não precisou aguardar os avanços tecnológicos do século passado para se ver diante do problema da transferência da titularidade de elementos que, embora ligados ao ser humanos e a sua expressão social, apresentavam-se materialmente destacados do sujeito.³⁶⁴

O tratamento jurídico do corpo humano evidencia que ele possui um significado, dotado de sentidos e comportando correlações construídas pelas novas tecnologias. Ou seja, o corpo não é apenas um elemento do indivíduo, mas do ambiente.³⁶⁵ Logo, o indivíduo é percebido como indivíduo e integrante da espécie humana, que comunga de identidades e potencialidades genéticas que exigem o respeito à sua autonomia, mas indicam a necessidade de limitação da sua liberdade jurídica de disposição corporal.

Se ao longo dos séculos XVI e XVII o corpo foi desvalorizado pelas camadas sociais privilegiadas, nas camadas populares permaneceu como lugar central. Neste contexto, duas visões de corpo se polarizaram: uma que o deprecia, distancia, e acarreta a sua caracterização, enquanto, de certa forma, diferente do ser humano que ele encarna; trata-se, então, de ter um corpo; e a outra, que mantém a

³⁶³ GEDIEL, José Antônio Peres. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. IN: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.65.

³⁶⁴ Cita Gediel que sob a influência da doutrina dos direitos da personalidade, no tratamento jurídico do corpo humano, é possível identificar três tendências básicas: a primeira admite a unidade e indissociabilidade corporal, e via de consequência, inadmite o domínio do homem sobre seu corpo, pois este não é coisa externa à pessoa, e, portanto, sujeita ao seu poder; a terceira admite a mesma exterioridade do corpo ao sujeito, mas retira deste o poder de decisão sobre aquele. Da adoção de uma dessas tendências axiológicas resultam tratamentos jurídicos diversos para regular as relações envolvendo o sujeito e seu corpo. Se acolhida a primeira posição, tem-se absoluta impossibilidade de o sujeito estabelecer relações jurídicas tendo por objeto seu corpo ou parte dele. Se recepcionada a segunda posição, corpo e sujeito são distintos, e este pode dispor da titularidade daquele em favor de terceiro, por meio de relações jurídicas. Se adotada a terceira posição, corpo e sujeito são distintos, mas o sujeito não pode dispor de seu corpo livremente, porque sua liberdade jurídica diz respeito apenas ao estabelecimento de relações sobre bens de cunho patrimonial (coisas). GEDIEL, José Antônio Peres. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. IN: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.69.

³⁶⁵ GEDIEL, José Antônio Peres. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. IN: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.83.

identidade entre ele e o seu corpo, trata-se de ser o seu corpo.³⁶⁶ Já no século XVII, se inicia uma ruptura com o corpo nas sociedades ocidentais, momento em que a técnica e a ciência contemporâneas se inscrevem em consonância com a busca sobre o que é o corpo. Daí porque vai se considerar que talvez toda a história da ciência seja a história das correções operadas sobre as insuficiências do corpo, dos seus limites.

No discurso científico contemporâneo, o corpo é pensado como uma matéria indiferente, simples suporte da pessoa. Ele está distinto do sujeito, ontologicamente, e se torna um objeto à disposição sobre o qual agir para fim de melhorá-lo, uma matéria-prima na qual se dilui a identidade pessoal e não mais uma raiz de identidade do ser humano. Nessa perspectiva, o corpo acaba sendo colocado como um alter ego consagrado aos cientistas, pois subtraído do indivíduo, à medida em que se o encara como um objeto, esvaziado de caráter simbólico e também de qualquer valor.³⁶⁷ Assim, a reconstrução do corpo, a sua eliminação ou até desaparecimento é o empreendimento ao qual a nova engenharia biológica se dedica.

Falar do corpo nas sociedades ocidentais hodiernas é suscitar uma evocação do saber anatomofisiológico sobre o qual se apoia a medicina. O saber biomédico é, de certa forma, a representação oficial do corpo humano hoje, fundando a ciência moderna. Na busca de uma eficácia própria, a medicina construiu no corpo uma representação que coloca o sujeito em uma espécie de posição dual de si mesmo. Ela faz a aposta do corpo repousando sobre uma antropologia residual, e, assim, não é mais um saber sobre o ser humano, mas um saber anatômico e fisiológico, elevado ao mais alto grau de refinamento.

Com a hiperespecialização da medicina em torno de certas funções ou órgãos, o uso das novas tecnologias de imagens na elaboração do diagnóstico, o recurso terapêutico aos meios sempre mais tecnicizados, tornaram o corpo uma fragmentação extrema do indivíduo, concebido *in abstracto*.³⁶⁸ Nessa redefinição do significado do corpo frente aos avanços das novas tecnologias, ele se torna cada

³⁶⁶ GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. IN: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.94.

³⁶⁷ LE BRETON, David. **Adeus ao corpo**: antropologia e sociedade. Tradução: Marina Appenzeller. 6.ed. São Paulo: Papirus, 2003. p.15.

³⁶⁸ LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. Tradução: Fábio dos Santos Creder Lopes. Rio de Janeiro: Vozes, 2011. 286-287.

vez menos necessário, diante do desenvolvimento e reprodução das máquinas. É que, na verdade, a luta contra o corpo é a sustentação do medo da morte, e, assim, corrigi-lo ou torná-lo mecânico associa-se a ideia de escapamento deste destino.

Explica David Le Breton que a biotecnologia ou a medicina moderna privilegia o mecanismo corporal, o arranjo sutil de um organismo percebido como uma coleção de órgãos e funções potencialmente substituíveis. O sujeito como tal representa um resto. A assimilação mecânica do corpo, que coloca de lado a densidade do sujeito, traduz, na modernidade, a única dignidade que é possível conferir ao corpo. Não mais se compara a máquina ao corpo, mas o corpo à máquina, em que a doença e a morte são o preço pago pela relativa perfeição do corpo.³⁶⁹

Como revela Fachin, a Constitucionalização do Direito, especificamente na intensidade em que ocorreu na segunda metade do século passado, enfatiza essa lacuna de travessias que clama por respostas urgentes, quer através do sistema legal ou por meio de políticas públicas. No sistema legal, uma destas formas foi pavimentada pela presença normativa dos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade humana. Suas funções foram exponencialmente reforçadas pela crescente complexidade das relações humanas. A plataforma de governo é chamada, através do sistema legal, para, de forma rápida e eficiente, oferecer regras e soluções. Desejos e demandas que surgiram a partir de liberdade e autonomia buscam uma meta contraditória: a segurança e realização. Os paradoxos assumem os sistemas e criam um espaço de reflexão sobre os temperamentos que a esfera das relações sociais e privadas sugere.³⁷⁰

Os avanços tecnológicos passam a sustentar uma concepção moderna de corpo, o chamado corpo-informação³⁷¹, que emerge do cruzamento entre a cibernética, biologia molecular e as tecnologias da informação, as quais acabam por

³⁶⁹ LE BRETON, David. **Adeus ao corpo**: antropologia e sociedade. Tradução: Marina Appenzeller. 6.ed. São Paulo: Papirus, 2003. p.19.

³⁷⁰ Constitutionalization of the Law, specifically in the intensity in which it occurred in the second half of the past century, emphasizes this gap of crossings which clamors for urgent responses, whether through the legal system or through public policies. In the legal system, one of these ways was paved by the normative presence of constitutional principles, especially that of human dignity. Its functions were exponentially strengthened by the growing complexity of human relations. The government platform of responses was called upon, through the legal system, to quickly and efficiently offer rules and solutions. Desires and demands that arose from freedom and autonomy sought a contradictory goal: security and achievement. The paradoxes took over the systems and created a space for reflection on the temperaments that this sphere of social and private relations suggests. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). FACHIN, Luiz Edson. Mind the gap between the new portfolio and the so-called old systems. IN: **civilistica.com**. a. 2. n. 1. 2013. p.11

³⁷¹ CÔRREA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. Florianópolis: Conceito editorial, 2010. p.98.

dar suporte ao mais recente paradigma tecnológico: o molecular-digital. Neste contexto, o corpo humano deixa de ter uma arquitetura meramente orgânica para constituir-se em um sistema de informação. Em vista deste novo paradigma, é que Adriana Espíndola Corrêa considera que, se os corpos orgânicos não teriam outro papel senão o de serem acessáveis como materiais de pesquisa, então se pode forjar a expressão “pessoa-fonte”, que exprime a dubiedade do regime jurídico quanto ao corpo humano, visto como substrato de pessoa moral, protegida em sua dignidade, e, simultaneamente, como fonte de recursos indispensáveis à pesquisa e desenvolvimento de novos produtos.³⁷²

É na família biotecnológica que se perceberá que as tendências virtualizantes da era da informática permitem a criação de laços afetivos sem a necessidade de qualquer encontro físico, ainda que inicial, como no caso do *family by design*. A interação por meio de textos, escolhas e imagens permite que de cada lado da tela não existam apenas homens e/ou mulheres, mas a simulação de um relacionamento por algoritmos informáticos, um passo à virtualização dos corpos e dos relacionamentos.

Pensa-se que no *family by design* há uma construção híbrida deste relacionamento afetivo: inicialmente, é virtual, nas escolhas dos perfis do co-pais, e em toda a negociação preliminar que envolve a elaboração do contrato de coparentalidade para a gestação do filho. Posteriormente, se esta foi a opção do casal, poderá haver a relação sexual para que o filho programado virtualmente seja fisicamente gestado. Por certo, ainda que haja o contato físico para a gestação do filho, não se trata de uma relação que terá outra finalidade senão esta. E é neste momento em que se pode até mesmo questionar se a virtualização do corpo e dos relacionamentos, os algoritmos em que as pessoas são identificadas na esfera virtual, também não recriam uma nova forma de pensar a natureza humana. Em outras palavras, se os indivíduos presenciam e vivem uma era biotecnológica, a natureza humana como se conhece seria um conceito ultrapassado a ponto de recriar uma natureza humana cibernética?

A cibernética é conhecida por transcender as disciplinas científicas desenvolvendo uma metateoria e metalinguagem, a qual permite que cientistas de disciplinas diferentes e variadas conversem entre si sobre assuntos que podem

³⁷² CÔRREA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. Florianópolis: Conceito editorial, 2010. p.102.

agora reconhecer como de interesses compartilhados. Além disso, a cibernética recobre as noções que a ciência natural não reconhece. Cada uma dessas noções está no mesmo ponto central do *design* - pelo menos quando visto de uma perspectiva cibernética.³⁷³ Família, contrato, bens e técnica: há um entrelaçamento entre os institutos, que guiam um novo paradigma jurídico, a família que se desvela em um projeto que não necessita da presença física para se constituir como tal.

Destarte, os três pilares fundamentais do Direito acabam por assumirem um novo contorno, passam a assumir novos papéis. Aquilo que antes denominava-se de contrato, família e propriedade, passa a ser visto como trânsito jurídico, projeto parental e titularidades. A família gradativamente surge como um fenômeno social, nesta tendência de remodelamento das relações sociais, do singular ao plural.

O pluralismo das entidades familiares, uma das mais importantes inovações da CRFB/88, relativamente ao direito de família, encontra-se ainda cercada de perplexidades quanto a dois pontos centrais, que são questionados por Paulo Luiz Netto Lôbo: “a) há hierarquização axiológica entre elas?; b) constituem elas *numerus clausus*?”.³⁷⁴ O autor se propõe a enfrentar preferencialmente a segunda questão, gizando-a ao plano da Constituição brasileira, ou seja, extraindo sentido das normas nela positivadas, utilizando critérios reconhecidos de interpretação constitucional.

Para o autor, várias áreas do conhecimento, que têm a família ou as relações familiares como objeto de estudo e investigação, identificam uma linha tendencial de expansão do que se considera entidade ou unidade familiar. Na perspectiva da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, a família não se resumia à constituída pelo casamento, ainda antes da CRFB/88, porque não estavam delimitados pelo modelo legal, entendido como um entre outros.

É neste autor que se observará a utilização de um critério exaustivamente considerado pelo Direito de Família, a questão da afetividade como um norteador da

³⁷³ Cybernetics is known for transcending scientific disciplines by developing meta-theory and meta-language that allow scientists from varied disciplines to talk to another about matters they can now recognize as shared interests. Moreover, cybernetics recognizes notions that natural science does not recognize. Each of these notions is at the same central to design - at least when viewed from a cybernetic perspective. FISCHER, Thomas. Wiener's prefiguring of a cybernetic design theory. IN: **IEEE Technology and Society Magazine**. v.34, n.3. september 2015. p.52-9. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

³⁷⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

composição das relações familiares, em suas mais plurais formas. Assim, Lôbo considera que o princípio da efetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles.

Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas. Ademais, a “Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis”.³⁷⁵

Ainda, argumenta o autor que o advento do divórcio direto (ou a livre dissolução na união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares. A afetividade, assim, é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue, revelando-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. De qualquer forma, considera que como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Para Lôbo pode ser assim traduzido: “onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família.”³⁷⁶

³⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017. De acordo com o jurista, encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família, especialmente: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §§ 3º e 4º); d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º). Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, é porque a CRFB/88 afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. A *fortiori*, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos adotivos, é porque a /88 os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia a dia, seja os que a natureza deu seja os que foram livremente escolhidos. Se a CRFB/88 abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes.

³⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>.

Trata-se de considerar que, aos poucos, vão se encerrando os dogmas do século passado para se interpretar os fatos de acordo com a realidade, despertando-se a família como entidade de estudo, a fim de se romper com as relações subordinadas entre os indivíduos homem e mulher que passam a se enxergar com os olhos nos olhos, em situação de coordenação.

Assim, o velho Código transformar-se a partir do discurso que contempla a sociologia da família, que deixa de considerá-la como um monólogo masculino, onde o marido manda e a mulher obedece. Sobre isto, novamente Fachin, pela sua expressiva contribuição no desenvolvimento de reflexões humanas no Direito de Família. Conforme as suas palavras:

A família como fato cultural, está “antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico”. Mais que fotos nas paredes, quadros de sentido, possibilidades de convivência. Na cultura, na história, prévia a códigos e posteriores a emoldurações. No universo jurídico, trata-se mais de um modelo de família e seus direitos. Vê-la tão só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um “iceberg”. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno.³⁷⁷

Não há mais espaço para aquela família monolítica, autoritária, com hierarquia entre seus membros. Família passa a ser muito mais que laço sanguíneo. O velho sistema de família coloca-se diante de si mesmo para se questionar a sua própria existência. Será que ainda é possível considerar família como uma unidade religiosa e política que se agrega apenas por fins econômicos? Ao que se vê, este modelo não mais se coaduna com a realidade que ora se desenha.

Berquó lembra que, do ponto de vista demográfico e estatístico, mudanças e permanências marcaram a estrutura familiar brasileira nas últimas décadas. O caráter nuclear da família, isto é, casal com ou sem filhos, continua predominante, mas o tamanho da família diminuiu, e cresceu o número de uniões conjugais sem vínculos legais. As maiores transformações vêm ocorrendo no interior do núcleo

Acesso em: 04 jan. 2017. É importante ressaltar que o exame da questão da afetividade como uma categoria jurídica será aduzida ao longo do embasamento teórico do projeto de tese, assim como se configura em um dos pontos de análise da tese em si, dada a necessidade de seu estudo, para fins de comprovação da hipótese original oriunda do problema de pesquisa, mormente pelo (possível) sentido hermenêutico que se busca averiguar neste chamado princípio.

³⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.50.

familiar, assinaladas pela alteração da posição relativa da mulher e pelos novos padrões de relacionamento entre os membros da família.³⁷⁸

É interessante se observar, nesse contexto, os próprios dados que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) coloca acerca das relações familiares. Segundo informações do Censo do ano de 2010, Nas últimas décadas, as tendências mais proeminentes são, sem dúvida: as reduções do tamanho da família e do número de casais com filhos, e o crescimento do tipo de família formado por casais sem filhos, resultados dos processos de declínio da fecundidade e do aumento da esperança de vida ao nascer. De 1999 para 2009, o número médio de pessoas na família caiu de 3,4 para 3,1. Entre as famílias mais pobres (renda mensal per capita de até ½ salário mínimo), o número médio de pessoas por família chega a 4,2. Observa-se, também, neste período, no conjunto dos arranjos familiares, um aumento na proporção de casais sem filhos (de 13,3% para 17,0%) e, conseqüentemente, uma redução de casais com filhos, passando de 55,0% para 47,0%.³⁷⁹

No Brasil, em 2009, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), 47,2% dos arranjos eram constituídos por uma pessoa de referência e um cônjuge (casais) com filhos, e 19,5% constituídos por pessoa de referência sem cônjuge com filhos. No levantamento demográfico efetuado pelo IBGE, considerou-se a idade limite dos filhos em 16 anos, para determinar os ciclos de vida, por dois motivos: a partir desta idade já é possível ingressar no mercado de trabalho e, em consonância com o sistema educacional vigente, já se poderia ter o ensino fundamental completo. O Censo observou, naquele ano, que, nos arranjos de casal com filhos, a maior proporção se refere aos que estão na etapa inicial do ciclo de vida (filhos menores de 16 anos de idade), enquanto no caso de arranjos onde existe somente a pessoa de referência sem cônjuge 51,4% já se encontravam na etapa considerada madura do ciclo de vida familiar. Na etapa inicial do ciclo de vida, tratando-se de família constituída pelo casal, a distribuição por classes de

³⁷⁸ BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. IN: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea**. v. 4. São Paulo: Companhia das letras, 1998. p. 414-415. Já no final da década de 1990, a autora evidenciara a existência de uma tendência à passagem de uma família hierárquica para uma família igualitária, tendência inicialmente mais visível nas camadas médias urbanas e, com o tempo, passando a permear também as camadas populares.

³⁷⁹ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de Indicadores Sociais: Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. p.99

rendimento domiciliar *per capita* mostra que 36,4% das famílias com até salário mínimo estavam nessa etapa. Quando é o caso das famílias sem a presença de cônjuge, 45,5% estavam nessa etapa inicial do ciclo de vida.³⁸⁰

Já no relatório das Estatísticas do Registro Civil, publicado em 2013, pelo Instituto em referência, inferiu-se que, no contexto sobre a evolução dos casamentos realizados no Brasil, observa-se que, em 2013, foram registrados 1.052.477 casamentos, perfazendo um aumento de 1,1%, que em números absolutos representa 11.037 casamentos a mais, que no ano anterior. Deste total, 1 051 686 eram referentes aos registros de casamentos entre pessoas de 15 anos ou mais de idade. De 2000 a 2013, observa-se elevação de 2002 a 2008, queda em 2009 e retomada de crescimento em 2010 até o patamar de 6,9 por mil desde 2011. Embora, bem menores, em comparação às verificadas na década de 1970, quando a taxa de nupcialidade registrou 13 casamentos por mil habitantes. Esta tendência de evolução recente nas taxas de nupcialidade é decorrente de diversas mudanças, que vem ocorrendo nos padrões de composição dos arranjos conjugais e familiares, tais como as facilidades legais e administrativas para a obtenção de divórcio, que têm possibilitado novas uniões legais e a procura dos casais por formalizarem suas uniões consensuais em casamentos civis, de acordo com o atual Código Civil, bem como incentivados por programas de casamentos coletivos.³⁸¹

No País, em 2013, o montante de registros de casamentos entre os cônjuges masculino e feminino totalizava 1.048.776, sendo que a Região Sudeste, com 48,2%, detinha a maior concentração de casamentos, contabilizando o valor absoluto de 505 030, vindo em seguida as Regiões Nordeste (23,4%), Sul (12,7%), Centro-Oeste (8,5%), e Norte (7,2%). No que diz respeito às Unidades da Federação, segundo a distribuição percentual regional, o Estado de São Paulo, com 55,1%, apresentou o maior índice percentual de concentração de registros de casamentos. E em proporções ligeiramente menores, se destacavam os Estados de Goiás (46,6%), Paraná (45,7%) e Pará (40,7%). No outro extremo, os menores

³⁸⁰ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de Indicadores Sociais: Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. p.103

³⁸¹ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2013**. v.40. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. p. 38 *et. seq. passim*.

contingentes percentuais foram constatados nos Estados do Amapá (2,6%), Sergipe (3,3%), Roraima (3,4%) e Acre (3,6%).³⁸²

Dentre os 3.701 registros de casamentos entre cônjuges de mesmo sexo, verificou-se que 52,0% eram entre cônjuges femininos e 48,0% entre cônjuges masculinos. Em relação às Grandes Regiões do País, observou-se que a Sudeste, com 65,1%, concentrava o maior percentual de casamentos homoafetivos, seguido em proporções bem menores pelas Regiões Sul, com 14,2%; Nordeste, com 13,4%; Centro-Oeste, com 5,8%; e Norte, com 1,5%. Segundo a distribuição percentual regional, no Estado de São Paulo se evidenciou a maior concentração percentual de casamentos homoafetivos, registrando 80,8% do total. E em patamares que giravam entorno da metade do mencionado, anteriormente, os Estados do Pará (44,6%); Santa Catarina (39,4%) e o Distrito Federal (38,6%). Do montante de 1 775 casamentos entre cônjuges masculinos, São Paulo concentrou 79,6% desse total. E com percentuais menos robustos, pontuam os Estados de Santa Catarina (43,4%); Pará (41,9%) e Distrito Federal (40,2%).³⁸³

Para os casais femininos, que totalizavam 1.926 registros de casamentos, esses percentuais eram ligeiramente mais elevados, pelos quais, os Estados de São Paulo (81,9%); Pará (48,0%), Ceará (39,4%) e Distrito Federal (37,4%) se destacavam por concentrarem os maiores montantes de registros de casamentos entre pessoas de mesmo sexo feminino. No que tange ao total de casamentos entre cônjuges dos sexos masculino e feminino nos municípios das capitais brasileiros, esse valor compreendia 252.390 registros. Dos quais, 45,7% se concentravam na Região Sudeste, vindo em seguida com proporções inferiores, as Regiões do Nordeste, com 26,4%; Norte, com 12,1%; Centro-Oeste, com 8,6%; e finalmente, Sul, com 7,2%. A cidade de Curitiba, com 59,4%, se destacava por concentrar o maior percentual de casamentos realizados entre os cônjuges masculino e feminino, em 2013, em comparação aos outros municípios capitais brasileiros. Nos municípios de São Paulo e Goiânia, essas ocorrências giraram entorno de 58,6% e 56,0%,

³⁸² MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2013**. v.40. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. p. 38 *et. seq. passim*.

³⁸³ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2013**. v.40. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. p. 38 *et. seq. passim*.

respectivamente. Na cidade de Vitória, com 2,3%, evidenciou-se o menor percentual de casamentos entre os cônjuges masculino e feminino.³⁸⁴

Dos 1.685 casamentos realizados entre pessoas de mesmo sexo, nos municípios das capitais, 50,4% foram contabilizados entre os cônjuges masculinos, e 49,6% entre os cônjuges femininos.³⁸⁵ As Estatísticas do Registro Civil ainda revelaram que os casamentos entre cônjuges masculino e feminino solteiros permaneceram como o conjunto majoritário em relação aos outros estados civis.

Segundo os dados do relatório, entre os anos de 2003 e 2013, verificou-se uma redução de 10,0 pontos percentuais. Em paralelo, houve crescimento da proporção de recasamentos (quando pelo menos um dos cônjuges tinha o estado civil divorciado ou viúvo), representando 23,0% do total das uniões formalizadas em 2013, contrastando com os percentuais de 13,1% e 17,0% observados, respectivamente, em 2003 e 2008. Ressalte-se que o crescimento do número dos recasamentos ocorridos na última década é um dos fatores que têm impulsionado a elevação das taxas de nupcialidade legal, concomitantemente também atrelados à mediana de homens e mulheres na data do casamento. Além disso, expressam com mais intensidade as alterações nos padrões de nupcialidade e na formação dos arranjos familiares que se formalizaram no período.³⁸⁶

No país, entre 2013 e 2014, a variação no número de uniões civis foi 5,1%, o que, em termos absolutos, representou 53.993 casamentos a mais. A taxa de nupcialidade legal se manteve estável em relação a 2013: 7,14 por 1 000 habitantes de 15 anos ou mais de idade. Ainda em 2014, os registros de casamentos entre os cônjuges masculino e feminino totalizaram 1.101.586 uniões. Segundo dados do PNAD, a Região Sudeste concentrou o maior número, contabilizando 533.006 casamentos (48,4%), vindo em seguida as Regiões Nordeste (23,5%), Sul (12,5%),

³⁸⁴ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2013**. v.40. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. p. 38 *et. seq. passim*.

³⁸⁵ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2013**. v.40. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. p. 38 *et. seq. passim*. Importante registrar que Desde de 1984, a coleta, a apuração e a divulgação das estatísticas relativas aos casamentos são realizadas pelo IBGE, informações essas que passaram a integrar o conjunto das Estatísticas do Registro Civil. Os registros de casamentos permitem conhecer como a composição dos arranjos familiares foi sendo construída, ao longo dos anos, no País. A partir de 2013, além dos casamentos tradicionais entre cônjuges masculino e feminino, o IBGE também passou a coletar e divulgar os registros dos casamentos entre as pessoas de mesmo sexo.

³⁸⁶ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2013**. v.40. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. p. 50.

Centro-Oeste (8,4%) e Norte (7,2%). No que diz respeito às Unidades da Federação, São Paulo apresentou o maior percentual de registros de casamentos (55,4%) e, em proporções ligeiramente menores, se destacaram Paraná (46,6%), Goiás (46,5%) e Pará (40,6%).³⁸⁷

Dentre os 4.854 registros de casamentos entre cônjuges do mesmo sexo, verificouse que 50,3% eram entre cônjuges femininos e 49,7%, entre cônjuges masculinos. Entre 2013 e 2014, esse aumento foi 31,2%, o que, em números absolutos, representou 1.153 uniões homoafetivas a mais. Em relação às Grandes Regiões, observou-se que a Região Sudeste concentrava o maior percentual de uniões homoafetivas (60,7%), seguida, em proporções bem menores, pelas Regiões Sul (15,4%); Nordeste (13,6%); CentroOeste (6,9%); e Norte (3,4%). Segundo a distribuição percentual regional, o Estado de São Paulo evidenciou a maior concentração percentual de uniões homoafetivas, registrando 69,6% do total da Região Sudeste, vindo a seguir, em patamares menores, Santa Catarina, com 45,7% da Região Sul; Goiás, com 39,0%, e Distrito Federal, com 38,7%, respectivamente, da Região Centro-Oeste; e Pará, com 34,7% da Região Norte.³⁸⁸

Já no ano de 2015, também segundo dados do PNAD, o Brasil registrou 1.137.321 casamentos civis, representando um aumento de 2,8% em relação à 2014. As uniões legais entre cônjuges de sexo diferentes, aumentaram 2,7%, enquanto que os de cônjuge do mesmo sexo 15,7%, representando 0,5% do total de casamentos registrados.³⁸⁹ Não se pode deixar de olvidar que, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aprovou a Resolução n. 175, a qual determina a todos os Cartórios de Títulos e Documentos no território brasileiro a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Assim, em relação a 2013, as uniões civis entre cônjuges do mesmo sexo aumentaram 51,7%.³⁹⁰

³⁸⁷ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2014**. v.41. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. p. 41.

³⁸⁸ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2014**. v.41. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. p. 42.

³⁸⁹ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2015**. v.42. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. p. 29.

³⁹⁰ De acordo com os dados oficiais do IBGE, entre as 27 Unidades da Federação, 20 apresentaram aumento dos registros civis de casamentos entre 2014 e 2015, sendo o Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul com crescimento acima de 10% e o Acre com expressivo aumento de 40% no número de

O casamento civil entre pessoas do mesmo sexo mostra que a maior proporção, considerando o estado civil dos cônjuges, se dá entre solteiros, com 86,7% entre os homens e 77,7% entre mulheres. Os diferenciais entre os sexos masculinos e femininos se deu, em maior medida, nas proporções de casamentos entre solteiros e divorciados que foi mais expressivo entre casamentos femininos, com 19,4% dos registros para o Brasil, em relação aos homens, cujo percentual foi de 10,9%. O comportamento regional mostra que Sul e Centro-Oeste tiveram a maior proporção de uniões entre mulheres solteiras e divorciadas, em torno de 21%. Para os homens unidos nesta mesma condição, os maiores percentuais foram observados nas Regiões Nordeste, Sudeste e Centro-Oeste, aproximadamente 11%. Ademais, em termos de divórcio, a maior proporção das dissoluções ocorre em famílias somente com filhos menores de idade, sendo que a Região Sul do Brasil detém a maior proporção de divórcio, cujos cônjuges possuíam somente filhos menores. A pesquisa de dados estatísticos destaca a predominância das mulheres na responsabilidade da guarda dos filhos menores na ocasião do divórcio. No Brasil, essa proporção atingiu o valor de 78,8%. A região com maior proporção de mulheres responsáveis pela guarda dos filhos menores é a Região Sudeste com 81,1%.³⁹¹

Os dados apresentados refletem, justamente, o paradoxo entre a família clássica oitocentista e as diversas famílias contemporâneas. Como já se referiu anteriormente, o que propôs o legislador de 1916 foi a criação de um instituto patriarcal, heterossexual, hierarquizado e matrimonializado, conforme já trabalhado. A única finalidade deste instituto sacralizado era procriar, crescer e multiplicar, formando-se mão-de-obra, para carregar o nome da família e seu patrimônio por toda a eternidade.

Assim, nada mais se percebe que de todos os vícios que circundavam a família clássica, o pior era o preconceito em se perceber que na família clássica, o diferente não possuía vez. O Direito de Família clássico era o direito do senhorio.

casamentos. Os estados da Paraíba e Sergipe apresentaram as maiores reduções no período de um ano, -7,7% e -6,3% respectivamente. Ainda, segundo o IBGE, o incentivo à oficialização das uniões consensuais por meio de casamentos coletivos, para fins de proteção da família e garantia dos direitos patrimoniais, sucessórios e previdenciários, decorrentes de parcerias estabelecidas entre as prefeituras, cartórios e igrejas, contribuíram, em grande medida, para o crescimento maior do número de casamentos oficiais em alguns estados brasileiros. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2015**. v.42. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

³⁹¹ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2015**. v.42. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. p.36.

Logo, não cabia espaço para as mulheres, crianças, ou formações alheias ao matrimônio.

E, não é preciso pensar que se está diante de séculos atrás. Ora, o Código Civil de 1916 perdurou por quase noventa anos. É pensar que por quase um século o Direito civil brasileiro manteve-se inerte ao considerar o que é família, ao passo que a sociedade, a Medicina, enfim, todos os avanços biotecnológicos demonstraram a evolução do ser humano, que não pode ser considerado apenas como mera coisa, um mero objeto, como o direito de família clássico considerava.

Por tal fato, hoje não se fala apenas em família, mas sim em famílias, como um meio de abrir as portas do passado e buscar uma nova realidade para as novas famílias que paulatinamente vão surgindo no campo do Direito. Resta refletir, no entanto, uma real fundamentação jurídica que albergue as novas formações dando-lhes legitimidade, para que a análise do sentido de família afetiva não seja um exercício solipsista dos intérpretes-aplicadores do Direito. Ainda assim, dados da pesquisa demonstram a representatividade da figura da mulher na guarda dos filhos, por ocasião do divórcio, mantendo-se uma estrutura patriarcal que confia à figura materna o cuidado da prole.

As mudanças na forma de estruturação das famílias é fruto daquilo que se vive atualmente sob a denominação de era das incertezas, fruto da complexidade das relações sociais, ou seja, uma teia heterogênea em que se colocam os acontecimentos. Neste sentido, deve-se referir o pensamento de Edgar Morin, em seu questionamento sobre o que vem a ser a complexidade:

O que é complexidade? A um primeiro olhar, a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos que constituem nosso mundo fenomênico.³⁹²

Portanto, a complexidade se apresenta como este conjunto emaranhado, da ambiguidade e da incerteza, dentro de um sistema organizado. É uma mistura de ordem e desordem, por onde se abre o sistema, emergindo dele o sujeito complexo, caracterizado pelas ambiguidades e incertezas. Destarte, esta matriz de

³⁹² MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2005. p.13.

pensamento contrapõe-se ao modelo cartesiano, pois, supera o método reducionista, de conceitos herméticos.

Neste sentido, o pensamento complexo busca a prudência dos indivíduos frente aos determinismos, sem recusá-lo, assim como a ordem. Pelo contrário, busca refletir a partir da insuficiência de seus conceitos, auxiliando a resolver os problemas complexos, em vista das modificações sociais. Como alude, novamente, Morin:

O pensamento simples resolve os problemas simples sem problemas de pensamento. O pensamento complexo não resolve por si só os problemas, mas se constitui numa ajuda à estratégia que pode resolvê-los. Ele nos diz: “Ajuda-te, o pensamento complexo te ajudará”.

O que o pensamento complexo pode fazer é dar, a cada um, um memento, um lembrete, avisando: “Não esqueça que a realidade é mutante, não esqueça que o novo pode surgir, e, de todo modo, vai surgir”.³⁹³

Neste quadro, é que se propõe um novo questionamento: frente à consideração de que as relações sociais constituem-se de modo complexo, qual é a nova realidade que o Direito Civil e o próprio Direito de Família perpassam ao se considerar a abertura do ordenamento jurídico, como um caminho de superação da lógica reducionista, fechada, cartesiana, a partir da promulgação da CRFB/88? Inicialmente, traz-se à luz a reflexão de Fachin acerca das transformações conceituais do Direito Civil, a partir de uma perspectiva crítica. Nas suas palavras:

A transformação de paradigmas supõe riscos e possibilidades. As dificuldades advêm da força de permanência dos significados e dos saberes pretensamente perenes dos significantes. Outros horizontes podem ser captados para compreender o novo Direito Civil, até mesmo a palavra muda. Uma alteração expressiva é rejeitar as definições sempre exatas e pretensamente verdadeiras.³⁹⁴

Neste sentido, há uma nova seara comportamental dos três pilares do direito civil, que passam a considerar o sujeito em família, que se insere em um sistema jurídico, que busca definir um sujeito para um conjunto de objetos, pelo que o Direito Privado assume um papel de classificação dos fatos que a ele interessam, albergando-os, no sistema como fatos jurídicos.

³⁹³ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2005. p.82-83.

³⁹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.175.

Em vista das mutações nas relações sociais, para além da pura exegese, em que outrora se assentava a dicotomia entre o público e o privado, ou seja, entre a Sociedade e o Direito, os quais legitimavam a discriminação nas próprias relações familiares, posto que o diferente não era considerado como um sujeito de direito, diz-se que o Direito é um fenômeno social, que deve conhecer a sociedade em que se integra.

Portanto, há uma tendência no direito privado e no direito público, no sentido de se publicizar o direito privado e privatizar o direito público, fenômeno este denominado de publicização do direito, que junto a dois outros fenômenos denominados de constitucionalização e repersonalização do direito privado irão pautar os novos questionamentos e buscas de soluções para as contemporâneas questões de Direito Civil, em especial, o Direito de Família.³⁹⁵

Segundo Eugênio Facchini Neto, “o fenômeno da constitucionalização do direito privado representa, de certa forma, a superação da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos racionalmente diversos: o direito público de um lado e o direito privado de outro”.³⁹⁶ Assim, retornando-se ao capítulo anterior deste trabalho quando se abordava a questão da evolução da noção de Estado, tem-se que a intervenção estatal na vida econômica e social das pessoas, a partir da ideia de estado de bem-estar, acarretou significativas consequências para o Direito, dentre as quais a publicização³⁹⁷ do direito privado, já que ao Estado cabe agora o papel de interventor em atividades antes vistas apenas como do setor privado.

A própria CRFB/88 ao introduzir em seu conteúdo os fenômenos da família, da propriedade e da atividade econômica, entre outras, constitucionaliza o direito privado, que, aos poucos fragmenta-se em diversas fontes normativas e não apenas em códigos reducionistas. Portanto, desta constitucionalização exsurtem os princípios constitucionais que, ao serem interpretados e concretizados acabam por introduzir no sistema jurídico dois outros fenômenos: o da repersonalização do direito civil e o da despatrimonialização do direito civil.

³⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.176 *et seq.*

³⁹⁶ NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 15.

³⁹⁷ NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.15.

A constitucionalização do direito privado pode, então, ser vista sob dois enfoques: a um, tratando-se da descrição do fato de que diversos institutos tipicamente de direito privado como a família e a propriedade passam a ser tutelados também pelas constituições hodiernas, assumindo uma relevância constitucional. A dois, significa a questão da hermenêutica contemporânea, a partir das reflexões acerca da força normativa dos princípios, a interpretação conforme a Constituição, entre outros, de modo que esta segunda acepção possibilita um olhar sobre os princípios constitucionais principalmente na área dos direitos fundamentais e sociais.³⁹⁸

Facchini Neto bem coloca, neste sentido, que:

Em outras palavras, afirma-se que a Constituição não é apenas um programa político a ser desenvolvido pelo legislador e pela administração, mas contém normatividade jurídica reforçada, pois suas normas são qualitativamente distintas e superiores às outras normas do ordenamento jurídico, uma vez que incorporam o sistema de valores essenciais à convivência social, devendo servir de parâmetro de conforto para todo o ordenamento jurídico, além de auxiliar a este como critério informativo e interpretativo validante.³⁹⁹

Assim sendo, com a afirmação da supremacia da CRFB/88, que sedimenta valores, princípios e regras é que foi possível a compreensão das relações entre o público e o privado, tidas como inexistentes, eis que tratavam-se duas esferas distintas e incomunicáveis.

No caso do Direito de Família percebe-se que anteriormente às características que definiam a família abrem espaço para novas configurações. Assim, o que antes se chamava de família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e de feição transpessoal acaba por ser substituída pela pluralidade familiar, a igualdade substancial, o poder parental ou direção diárquica da família, onde os laços constituem-se pelo afeto, a fim da realização e felicidade da família, no modelo eudemonista, portanto.⁴⁰⁰

Deste modo, a família, no contexto contemporâneo, define-se a partir da passagem do sistema codificado para o sistema constitucional, já que a CRFB/88

³⁹⁸ NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.39-40.

³⁹⁹ NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.41.

⁴⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.39.

assume o papel de ser norma fundamental, englobando a família, antes à margem do Código Civil de 1916, e, portanto, despatrimonializa o estatuto jurídico da família, para considerar agora o estatuto jurídico pessoal. Neste diapasão, reflete Luiz Edson Fachin, ao afirmar que:

Na Constituição Federal encontra-se um conjunto significativo de dispositivos que tratam da regulamentação jurídica da família. O valor e o “valer” da Constituição, sem embargo estão além da norma positivada. Assim, se apreende esse fenômeno, a “constitucionalização” do Direito de Família, através do qual a Constituição Federal ocupa o lugar classicamente deferido ao Código Civil e, hoje, é a lei fundamental, ali está a base do Direito de Família, regras e princípios fundamentais.⁴⁰¹

Supera-se o modelo de grande família, onde permanecia o caráter patriarcal e hierarquizado da família. Não é mais o indivíduo que existe para a família, mas a família que existe para a pessoa, em busca da felicidade.⁴⁰² Assim, o Direito de Família brasileiro contemporâneo acaba por trazer mais reflexões do que conclusões.

Ademais, a família apresenta-se sob uma perspectiva sociológica plural, a partir da aplicação dos princípios constitucionais que não se reduzem ao mero texto constitucional positivado, abrindo espaço para a entrada de novos sujeitos de direito de família, como por exemplo, o idoso e a criança, especialmente após a promulgação da CRFB/88. Nesta medida, ao surgirem novos sujeitos de direito, bem como a sua consagração pelo ordenamento jurídico, é que se desvela o fenômeno denominado de repersonalização. Segundo Fachin, ao abordar essa reconstrução dos sujeitos de direito, “a repersonalização tanto diz respeito ao modo de pensar o Direito, quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade”.⁴⁰³

Ao Direito foram delegadas feições que na perspectiva clássica não se configuravam, em função da complexidade das novas relações sociais que se constituem, conforme já trabalhado. Para entender a repersonalização, portanto, a partir do texto constitucional é mister trabalhar o princípio inscrito na Carta Magna que orienta todo o ordenamento jurídico, por colocar a pessoa como centro

⁴⁰¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.80-89.

⁴⁰² FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.80-89.

⁴⁰³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.232.

axiológico, cujos olhos da sociedade e do direito devem estar atentos para os seus anseios, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual vem expresso no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88 Federal. Este princípio, ganha força e concretização por intermédio de demais princípios, também inscritos na CRFB/88, com a finalidade de se formar um sistema jurídico harmônico, afastando o individualismo do Direito Civil clássico, para evitar de inconstitucionalidade qualquer fonte normativa que venha a conflitar com este princípio.⁴⁰⁴

Deve-se esclarecer que não há nenhuma pretensão em se conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana em termos fechados, eis que diante do pluralismo das relações sociais contemporâneas, a noção de dignidade da pessoa humana, é, no mínimo, uma noção em permanente desenvolvimento, o que não combina, portanto, com definições cerradas.

Há que se considerar que a dignidade é uma qualidade inerente à pessoa humana, de modo que se reveste das características da irrenunciabilidade e inalienabilidade. Ou seja, é uma condição humana que deve ser protegida e respeitada, por ser indispensável ao desenvolvimento da pessoa, vista, onde o Direito assume um papel de garantidor deste atributo intrínseco ao indivíduo, visto como um sujeito de direito. Neste sentido, afirma Ingo Sarlet que:

Assim, vale lembrar que a dignidade evidentemente não reside apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior à toda experiência especulativa. Todavia, importa não olvidar que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem fundamento que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal [...].⁴⁰⁵

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, são corolários da dignidade da pessoa humana os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade.⁴⁰⁶ Ou seja, é necessário reconhecer a igualdade entre as pessoas para que se proteja a integridade psicofísica das mesmas, no

⁴⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.43.

⁴⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 43 *et. seq.*

⁴⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.119.

intuito de garantir a liberdade dos indivíduos, onde a sociedade acolhe estes sujeitos livres, concretizando o princípio da solidariedade.

Como concretizador da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade manifesta-se como a garantia de não haver tratamento discriminatório, onde cada indivíduo possui o direito de ser igual aos demais sujeitos de direito, vinculando-se ao aspecto formal da igualdade. Mas, a tutela da dignidade da pessoa humana, para além de mera vinculação formal, deve ser aplicada e interpretada a partir do respeito do direito à diferença, a fim de possibilitar a coexistência entre as pessoas, onde o que distingue cada uma das pessoas é a sua igualdade em termos de dignidade humana.⁴⁰⁷

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio consagrado na CRFB/88, deve ser constantemente respeitado e afirmado, pois se constitui em um discurso sobre a pessoa que não parta da negatividade, ou seja, do espaço que a dignidade é negada, pois, do contrário, não será nada além de um discurso de legitimação, sem conteúdo emancipatório.

Feitas estas considerações, é possível perceber que tratar o indivíduo como um sujeito com dignidade é remodelar, por consequência, a ideia de formação familiar, uma vez que, ao se considerar a pessoa como ser humano, a família torna-se um lugar de realização da dignidade de seus membros⁴⁰⁸, para além da rigidez do Direito Civil clássico, o qual estruturava a família com base na sacralização do matrimônio, a fim de não apenas concretizar a aplicação das idéias constitucionais, mas sim a laicidade do Estado brasileiro.

A secularização do Estado e as suas implicações constituem um processo histórico relevante na formação das ditas sociedades modernas. A separação Estado-Igreja não só faz parte desse processo como o impulsiona. Assim, o Estado, além de adquirir autonomia em relação ao grupo religioso ao qual se aliava, amplia ainda mais sua dominação jurídica e política sobre a esfera religiosa. É de se gizar

⁴⁰⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.126

⁴⁰⁸ Sobre isto, deve-se referir à função serviente da família aludida por Pietro Perlingieri. Esta função serviente significa que a família é um valor constitucionalmente garantido nos limites da sua conformação, sendo um lugar de realização das exigências humanas. Assim, a família, enquanto formação social, deve se tutelada em face dos valores concretizadores da democracia, como a dignidade, a igualdade e a solidariedade. A fim de maiores considerações, sugere-se a consulta de PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.243-246.

que a separação Estado-Igreja, por meio da secularização e a defesa estatal da liberdade religiosa propiciaram a efetivação de grandes mudanças no campo religioso como se conhece atualmente, eis que desvincula a lei e a atuação do Estado influenciados pela doutrina religiosa. Ressalte-se o que diz Roberto Blancarte, “o Estado laico não deve ser entendido como uma instituição antirreligiosa ou anticlerical [...]. O Estado laico é a primeira organização política que garantiu as liberdades religiosas, como a liberdade de crenças e a liberdade de culto”.⁴⁰⁹

Destarte, afirmar a laicidade de um Estado é reconhecê-la como um princípio constitucional, eis que se projeta sobre todo o sistema jurídico, concretizando a liberdade que as pessoas possuem em seguir normas éticas e convicções que melhor lhes convierem. É neste sentido que a família contemporânea deve ser debatida, uma vez que sendo a laicidade um princípio fundamental para a concretização do Estado Democrático de Direito proposto pela CRFB/88, por consectário lógico, deve se reconhecer as diversas formas familiares que se estruturam na contemporaneidade, em vista do que, hodiernamente, denomina-se de *pluralismo das formas familiares*, cujo contexto irá permitir uma reflexão sobre a família contemporânea, fruto da repersonalização das formas familiares, considerando o afeto como um valor jurídico, o qual pauta a construção das novas famílias.

Segundo Maria Cláudia Crespo Brauner, a pluralidade de formas de constituição de família significa uma ruptura com o modelo único instituído pelo casamento. Desta forma, aceitar as outras formas de relação é reconhecer o princípio do pluralismo e liberdade, que vem personificar as relações da sociedade contemporânea.⁴¹⁰ Este processo de reconhecimento de outras formas de constituir família é gradual e exige um enfrentamento do legislador e dos doutrinadores para se desconstruir o modelo herdado da família patriarcal, num verdadeiro movimento de integração das pessoas frente à complexidade das relações que se colocam na contemporaneidade.

Neste quadro, o afeto foi paulatinamente ingressando no sistema jurídico, como um valor a ser considerado no momento em que as pessoas decidem formal

⁴⁰⁹ BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. IN: LOREA, Roberto Arriada. **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.31.

⁴¹⁰ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. IN: MADALENO, Rolf Hanssen e WELTER, Belmiro Pedro. **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.259.

um vínculo familiar ou dissolvê-lo. Nas famílias atuais o afeto significa muito mais que a presunção de sua existência como nas famílias patriarcais. Contextualizado na sociedade contemporânea, o afeto representa a visibilidade da família.

Conforme leciona Silvana Maria Carbonera:

Sua existência é mais concreta, sendo provada quotidianamente, o que novamente revela um modelo jurídico de família mais preocupado com os sujeitos do que com o conjunto. Esta noção contemporânea pode ser localizada em duas situações nas relações jurídicas de família: na formação e dissolução de casais e nas relações paterno-filiais.⁴¹¹

Portanto, para além de uma consideração jurídica do afeto, este princípio da pluralidade familiar galgada pelo afeto traduz-se no direito de ser família. A nova realidade do Direito Civil contemporâneo passa a defender os interesses da pessoa, direcionando a ela a sua atenção, para funcionalizar socialmente institutos vistos classicamente como de exclusividade do direito privado, a fim de concretizar os interesses existenciais da pessoa humana, para salvaguardar o seu desenvolvimento.

Nas palavras de Jussara Meirelles,

Enfim, a pessoa humana passa a centralizar as cogitações jurídicas, na medida em que o ser é valorizado. O seu papel anteriormente estabelecido pelas disposições do Código Civil, determinado fundamentalmente pela propriedade, pelo ter, assume função meramente complementar.⁴¹²

A exclusiva atenção dada ao patrimônio no Direito Civil clássico não encontra mais espaço na realidade hodierna, que se volta para o ser humano, numa perspectiva ontológica, onde os interesses pessoais se colocam sobrepostos à abstração clássica de pessoa como um simples pólo de relação jurídica. À medida, portanto, que existe afeto, existirá família, construída sob a égide da solidariedade e na colaboração de um laço familiar que não é hierarquizado, como era classicamente, albergando o fundamento do artigo 3º, inciso I, da CRFB/88.

⁴¹¹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. IN: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.298.

⁴¹² MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. IN: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.111.

Nesta seara, ser família, contemporaneamente, é entender a pessoa como um sujeito de direito, com liberdade de construir, manter e dissolver a sua relação, pois a família é o espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros. Ou seja, a repersonalização das relações familiares é um processo que revaloriza a dignidade humana, onde o afeto desponta como elemento nuclear definidor da família, colocando a pessoa como figura central da tutela jurídica, ao contrário do individualismo da propriedade, baluarte da época da codificação.⁴¹³

Portanto, a nova feição familiar caracteriza-se pela pluralidade e abertura multifacetária e democrática, onde, não apenas deve haver o espaço de reconhecimento, mas sim a efetiva proteção, consoante o *caput* do artigo 226 da CRFB/88, o qual prevê ser a família a entidade protegida pelo Estado, predominando o modelo eudemonista⁴¹⁴ de família, como o local privilegiado para garantir a dignidade humana e realização plena do ser humano.⁴¹⁵ Conforme Fachin, o Direito pode e deve enfrentar o desafio de realizar transformações, “um marco hermenêutico, axiológico, ancorado em princípios sistematizadores, confere norte e luz a essa eleição de caminho no sistema jurídico”.⁴¹⁶

Trata-se de uma dimensão funcionalizada do Direito Civil centrada na liberdade, “coerente com uma sociedade também plural cuja compreensão não se pretende nem aprisionada, nem, muito menos, substituída por modelos abstratos e totalizantes.”⁴¹⁷ Revela-se, neste sentido, a relevância de se pensar os institutos do Direito Civil dentro de uma lógica a favor da pessoa, em que se reconheça o exercício e a promoção da “liberdade coexistencial”⁴¹⁸, integrada por diversos perfis

⁴¹³ Para maiores considerações sobre este aspecto, sugere-se a leitura de LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. IN: ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim e DEL'OMO, Florisbal de Souza. **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.99-114.

⁴¹⁴ CARDOSO, Simone Tassinari. Do contrato parental à socioafetividade. IN: ARONNE, Ricardo. **Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Volume 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.104.

⁴¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional. IN: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.12.

⁴¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.233.

⁴¹⁷ RUZYK, 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 Editora, 2011. p.212.

⁴¹⁸ RUZYK, 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 Editora, 2011. p.212.

que se convergem, distanciam e até mesmo colidem. É na realização da liberdade plural que se ressignifica, na contemporaneidade, as funções da propriedade, do contrato e da família, não a partir de uma construção arbitrária, mas que pode permitir afirmar que “contrato, propriedade e família têm por função propiciar ora a proteção, ora o exercício, ora o incremento de liberdades coexistenciais, tanto do titular de um direito determinado quanto de terceiros que podem sofrer consequências materiais advindas do exercício desse direito”.⁴¹⁹ Significa dizer que a família se realiza, assim como o contrato e a propriedade, a partir da liberdade de seus indivíduos, respeitando-se e ampliando-se as possibilidades de escolhas e suas possibilidades concretas de exercício.

No âmbito do Direito das Famílias, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk entende que se trata de reconhecer a solidariedade familiar como alteridade, em que a liberdade plural que permite a cada um fazer o que valoriza é algo coexistencial, havendo uma liberdade positiva de de autoconstituir-se nas relações familiares.⁴²⁰ Neste sentido, em que a família passa a assumir novos contornos na sociedade plural, Pietro Perlingieri afirma que a família como formação social é garantida em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa.⁴²¹ Para o autor, “o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”⁴²². A função serviente da família deve ser realizada de forma integrada na sociedade, merecendo tutela em nome do princípio da dignidade, da igualdade e da democracia.

Sobre este aspecto, é importante referir Calderón, ao destacar a importância da doutrina para uma correta utilização, pelo Direito, da afetividade como categoria jurídica, ao aduzir que restando possível, a utilização, pelo Direito, da afetividade como categoria jurídica, a quem caberia estabelecer seu conteúdo? Como corrente

⁴¹⁹ RUZYK, 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 Editora, 2011. p.213.

⁴²⁰ RUZYK, 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 Editora, 2011. p.328.

⁴²¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.244.

⁴²² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.246.

na teoria geral do direito, caberá à doutrina, legislação e jurisprudência externarem o que determinando sistema jurídico compreende por aquele significante.⁴²³

O autor refere que as diversas concepções históricas de família nem sempre adotaram a afetividade como um elemento constituinte do elo entre os seus integrantes, já que a noção de afeto envolve uma noção de pessoa e de subjetividade. Além disso, na família antiga, não faria sentido sustentar a relevância da afetividade na formação do vínculo familiar, pois a base da família não estava no afeto natural, ou no critério biológico, mas sim no laço religioso.⁴²⁴ Já no século XIX, alargou-se a importância da chamada família nuclear, ganhando-se na qualidade de afeto entre o reduzido círculo da família conjugal, aproximando-se, cada vez mais, os seus membros, distante da família patriarcal, caracterizada por ser uma unidade de produção.

Neste sentido, as relações de parentesco também passam a se pautar com igualdade e liberdade de tal sorte que os vínculos familiares não se bastam mais apenas em vínculos institucionais, conquanto a proximidade das pessoas e o reconhecimento de sua liberdade e subjetividade no seio familiar, levaram os relacionamentos a assumir a face da afeição em detrimento do caráter formal da família clássica.

É perceptível que a sociedade muda o modo de viver em família, gerando uma espécie de descompasso com a manutenção de uma legislação restrita à família legítima, que tutelava apenas as relações oriundas do casamento, o que motivou a doutrina familiarista a desenvolver a ideia de que a afetividade tornou-se o fio condutor da formação dos vínculos familiares, mormente no século XXI, não como uma substituição de critérios biológicos ou matrimoniais, mas como figura complementar que deve andar ao lado destes, como uma espécie de elo, ou melhor, um vetor das relações familiares, a partir do momento em que se assimila a valoração jurídica do afeto nas relações familiares.

⁴²³ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.307.

⁴²⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.193. Calderón observa que nas sociedades antigas, nem mesmo o critério biológico era preponderante para a formação da família, pois os elos familiares envolviam, muitas vezes, escravos e pessoas que não possuíam qualquer vínculo consanguíneo. O laço que preponderava era o religioso, que ditava as regras que acabavam por vincular pessoas e outras gerações em torno de uma mesma família. Tanto é que, na família romana, por exemplo, havia vasto poder concentrado na figura do *pater familias*, que gozava de hierarquia e autoridade perante os demais integrantes.

Neste contexto, Hironaka entende que o afeto está na base das relações familiares, pois, certamente, também está presente nos descaminhos dos relacionamentos. Assim, deve permanecer presente porque ele perpassa e transpassa, o amor e os desamores. Para a autora, o afeto tem um quê de pacificador temporal, de dignidade essencial, denominando-o de afeto-ternura, afeto-dignidade.⁴²⁵

A afetividade desenvolve-se ao longo da vida, projetando o indivíduo para a vida em sociedade. Como disserta Romualdo Baptista dos Santos, ao mesmo tempo em que o Direito teve que aprender a se ocupar da afetividade, teve que aprender a lidar com relacionamentos afetivos instáveis, heterogêneos, complexos também por sua vez. Esse é um desafio da mais alta relevância, qual seja, o de tentar dirimir os conflitos que surgem de relacionamentos leves, rápidos, fluídos e superficiais, mediante a aplicação de leis e julgamentos dirigidos à regulamentação de relacionamentos estáveis, duradouros e rígidos. Nas palavras do autor, “somente aos poucos o Direito vai se dando conta da precariedade dos seus recursos, e, somente aos poucos, a legislação vai sofrendo modificações e a jurisprudência vai se sensibilizando aos apelos da realidade social”.⁴²⁶

Ademais, Jean Carbonnier lembra que a família continua a ser o local mais comum de sensações agradáveis que possuem predominantemente o homem, com ou sem razão, na perseverança de ser.⁴²⁷ Eis, portanto, um caminho a se trilhar com base consistente a oferecer ao tema a salvaguarda jurídica imprescindível, considerando que, hodiernamente, as relações familiares reconhecidas pelo direito são aquelas que se pautam na incidência da ideia de afetividade. Em outras palavras, tal paradigma constitui-se em um dever jurídico para que sofra a incidência do ordenamento. Neste contexto, considerando ser a relação familiar uma relação entre os seres humanos, a própria filosofia existencial serve como um suporte para a reconstrução da ideia de afetividade.

⁴²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos – um devaneio acerca da ética no Direito. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Anais do V Congresso brasileiro de direito de família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p.436.

⁴²⁶ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011. p.107.

⁴²⁷ Para Carbonnier, reste le lieu le plus usuel des sensations à prédominance agréable qui retiennent l'homme, à tort ou à raison, dans la persévérance de l'être. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**. Pour une sociologie du droit sans rigueur. 10. ed. Paris: LGDJ, 2001. p. 255.

Neste sentido, surtem efeito as palavras de Eligio Resta ao colocar que a codificação da intimidade intervém na história das relações afetivas quando o sistema social percebe a insegurança de um tempo medido pelas paixões. Então, sobre o código da paixão intervém o código do tempo, o que faz com que as próprias identidades transformem-se.⁴²⁸

Belmiro Welter coloca que fazer uma parada obrigatória diante do texto do Direito de família é uma pré-condição para deixá-lo que diga alguma coisa, porque, quanto mais próximo o intérprete estiver do existente, do evento, do momento, mais distante estará da verdade hermenêutico-ontológica. O texto deve dizer algo ao intérprete, o qual perguntará o que há de novo, vinculando-se a ele, porque, onde não houver vínculo, não haverá diálogo.⁴²⁹ Compreendendo-se que a relação afetiva familiar necessita ser tutelada juridicamente, é preciso entender o próprio fenômeno de se estar em família, de ser família. E, para tal desiderato, imprescindível a reflexão a partir da matriz fenomenológica hermenêutica de Heidegger, pontuando-se a questão à luz de um chamado direito de família ontológico.

Nesta esteira, Gerson Neves Pinto elucida que a família é uma estrutura que “estabelece ligações entre os indivíduos e fundamenta todas as sociedades humanas, tomando formas diversas no tempo e espaço”.⁴³⁰ Para o autor, a crise da família ocidental indica a ocorrência de algumas dificuldades, em vista de dilemas bioéticos como a fecundação fora do corpo materno, a clonagem, o casamento homossexual, situações que poderiam colocar em xeque a estruturação da família. Entretanto, como Gerson Neves Pinto mesmo ressalta, numa estrutura complexa da sociedade contemporânea nunca a família foi tão demandada como “sendo um dos únicos valores seguros, ao qual ninguém deseja renunciar”.⁴³¹

Nas famílias biotecnológicas, o desafio imposto resulta no descompasso entre a conjugalidade e a parentalidade como elementos de formação da família. Como já

⁴²⁸ RESTA, Eligio. **Percursos da identidade**: uma abordagem jusfilosófica. Tradução e apresentação: Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. p.115.

⁴²⁹ WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.140.

⁴³⁰ PINTO, Gerson Neves. Uma antropologia da instância paterna e a lei jurídica. IN: ALVAREZ, Alejandro Montiel. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. FELONIUK, Wagner Silveira. (orgs.). **Perspectivas do discurso jurídico**: argumentação, hermenêutica e cultura. Porto Alegre: DM Editora, 2015. p. 307.

⁴³¹ PINTO, Gerson Neves. Uma antropologia da instância paterna e a lei jurídica. IN: ALVAREZ, Alejandro Montiel. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. FELONIUK, Wagner Silveira. (orgs.). **Perspectivas do discurso jurídico**: argumentação, hermenêutica e cultura. Porto Alegre: DM Editora, 2015. p.307.

se referiu anteriormente, a família sempre foi vista como um vínculo conjugal, em que homem e mulher unem-se, afetivamente, com a intenção de procriação. Tal estrutura clássica foi revista pela reestruturação do Direito Civil-Constitucional que colocou a família como o lugar do afeto e da realização dos indivíduos, mas sem a necessidade de um vínculo procriacional e heterossexual. Assim, a família passa por um momento em que não há limites, acarretando novas formas de constituição dos laços sociais.

O *family by design*, que fundamenta a estruturação da família biotecnológica, fruto da virtualidade, há uma espécie de desinstitucionalização da família como se conhece. Até mesmo da estrutura afetiva que tanto o Direito Civil-Constitucional se debruça, uma vez que em tal modelo pode-se pensar em uma clara separação entre o afeto conjugal e o afeto parental. Veja-se: os co-pais não possuem nenhum vínculo afetivo conjugal à primeira vista, porquanto se tratam de desconhecidos que elencados por um perfil virtual escolhido pelo próprio *site* se conhecem para a elaboração de um contrato para a gestação do filho. Porém, não se pode negar que, embora não se perceba um vínculo conjugal, há um afeto parental entre os co-pais, que se unem para a realização de um projeto comum entre eles: a filiação, sem necessariamente, ser fruto de qualquer relação conjugal.

Trata-se de um processo de emancipação das figuras do pai e da mãe, que não necessitam mais de uma vida em conjunto ou de qualquer tipo de vida em comum, de qualquer relação. Bastará a existência de alguém que satisfaça a função materna e de outro que satisfaça a função paterna e haverá a instituição de um filho entre os dois. Alguém nomeia-se como mãe e outro nomeia-se como pai. E aqui é que se pode questionar o próprio papel da parentalidade⁴³² dentro do Direito, já que

⁴³² Como refere Gerson Neves Pinto, apesar de a mãe estar também inserida na linguagem e no pensamento simbólico, por uma questão natural (seu vínculo corporal natural) com o bebê, ela por si só não consegue estabelecer esta significação do filho na linguagem. Esta relação dual mãe-bebê está fortemente no registro natural, desde a concepção até o nascimento, irá impossibilitar que ela sozinha possa barrar e colocar limites nesta relação dual. Portanto, a mãe não pode estabelecer algo da dimensão simbólico-cultural para o seu filho, dado que esta relação dual está fortemente marcada pelo registro do natural. Deste modo, é necessária a intervenção de um terceiro, daquele que exerça a “função paterna”, que seja o representante da lei, como instância mediadora entre mãe e filho. [...] O pai é humano e, como tal, submetido às leis de sua condição, as mesmas que ele tem para transmitir a seu filho. Enfim, a função de pai é separar a criança da mãe. Ele deve se interpor entre a mãe e a criança para permitir à criança desenvolver sua identidade fora da simbiose com a mãe. PINTO, Gerson Neves. Uma antropologia da instância paterna e a lei jurídica. IN: ALVAREZ, Alejandro Montiel. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. FELONIUK, Wagner Silveira. (orgs.). **Perspectivas do discurso jurídico**: argumentação, hermenêutica e cultura. Porto Alegre: DM Editora, 2015. p.312.

pai e mãe são aqueles que preparam a criança em sua individualidade para a vida em sociedade, já que a família é a primeira forma de vida social.

Refere Cláudia Fonseca que, ao longo dos anos 80 e 90, acontecimentos na sociedade dos pesquisadores impulsionaram novas perspectivas sobre a vida familiar. Muito foi dito sobre a popularização de novas tecnologias reprodutivas, além da visibilidade crescente das relações gay e lésbica – práticas que ressaltaram a noção de “famílias que escolhemos”.⁴³³ Indo além do que pretende lançar a autora, pode-se pensar não apenas nas famílias que escolhemos, mas nas famílias que escolhem. Lembre-se que o *family by design* permite aos co-pais não apenas a escolha de quem realizará o projeto parental exclusivamente da filiação, mas as escolhas que recairão sobre o filho a ser gestado.

Assim, ressignificar a noção de família, rompendo a associação necessária entre sexo, conjugalidade e família é uma inovação teórica que vem ao encontro das sensibilidades de um “imaginário” que investe grande valor afetivo no laço familiar. Há uma nova associação a ser feita: família, parentalidade e tecnologia. Esta nova associação modifica o pensamento acerca da própria visão de parentesco. Ainda na visão de Cláudia Fonseca, pode-se dizer que a tecnologia genética, sob a aparência de objetividade, impõe um novo tipo de moralidade, uma nova maneira de pensar o sujeito e suas relações.⁴³⁴

Nos rearranjos morais que decorrem da introdução de uma tecnologia aparentemente neutra, surgem novas coalizões inesperadas em que antigas autoridades perdem espaço. Esse efeito se torna particularmente relevante na disputa entre homem e mulher pelo direito de dizer a verdade da filiação. Como considera a autora, “até pouco tempo atrás, a parturiente era a principal autoridade quanto à paternidade de seu bebê. Pode-se supor que a confiança na “palavra” da mulher era um elemento tácito no entendimento conjugal, um tipo de moeda de troca que reforçava uma relação de dependência mútua e uma relação de longa duração”.⁴³⁵

O desenvolvimento biotecnológico tem transformado o lugar do parentesco. Novas conexões são possibilitadas e relacionamentos inesperados tornam-se

⁴³³ FONSECA, Cláudia Lee Williams. De família, reprodução e parentesco: algumas considerações. IN: **Cadernos Pagu** n.29. jul-dez 2007. p.9-35.

⁴³⁴ FONSECA, Cláudia Lee Williams. As novas tecnologias legais na produção da vida familiar: antropologia, direito e subjetividades. IN: **Civitas**. v. 11 n. 1. Porto Alegre: jan.-abr. 2011. p. 8-23

⁴³⁵ FONSECA, Cláudia Lee Williams. As novas tecnologias legais na produção da vida familiar: antropologia, direito e subjetividades. IN: **Civitas**. v. 11 n. 1. Porto Alegre: jan.-abr. 2011. p. 8-23

possíveis. Ao mesmo tempo em que se presencia uma sociedade individualista, a biotecnologia influencia para que nem mesmo se saiba o que é o *ser* neste emaranhado de complexidade. Os contratos de co-parentalidade oportunizados pelo *family by design* dissociam-se da noção de família nuclear presente no Direito das Famílias⁴³⁶ brasileiro, permitindo que pais e mães solteiros tenham filhos sem a necessidade de haver um parceiro ou parceira conjugal, reivindicando apenas os direitos inerentes à paternidade e maternidade. Encoraja-se, desta forma, um tipo de individualismo, que se refere tão somente a uma tomada de decisão, em que a autonomia parental passa a ser uma determinação parental.

Neste contexto, refere Marilyn Strathern que

A biotecnologia tem nos transformado em pessoas que não se surpreendem se assuntos íntimos, que dizem respeito a terceiros, são debatidos em público; e em pessoas que, em um segmento fortemente dependente da habilidade do médico ou do cientista, veem a necessidade de ponderar valores diferentes, aproximando moralidades públicas e privadas. Afinal, mesmo que alguém considere uma união como um assunto privado, sem precisar de papeis, o nascimento de uma criança sempre é um evento público.⁴³⁷

No meso sentido, é importante lembrar de Claude Lévi-Strauss quando permite conceber que, tradicionalmente, a família reconhecia a filiação pela linha materna, assim como pela linha paterna e que os grupos de parentesco (clãs, fratrias e metades) ora reconheciam o parentesco segundo a linha da mãe, ora segundo a linha do pai, de modo que a filiação era tida como patrilinear ou matrilinear, de forma arbitrária. Tal concepção não mais se torna possível, uma vez que, como refere o antropólogo, “se quisermos dizer que todas as sociedades humanas reconhecem que existe um laço, quando não jurídico, ao menos

⁴³⁶ A expressão Direito das Famílias, na doutrina, foi considerada, pela primeira vez, por Maria Berenice Dias, ao explicitar que como a linguagem condiciona o pensamento, é mister subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e falar, simplesmente, em famílias. Dessa forma, a expressão Direito das Famílias melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, sem preconceitos. A família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social. O Direito das Famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, reela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais está sujeito a críticas de toda sorte. Neste sentido, a autora considera que o formato hierárquico da família cede lugar à democratização desta, em que as relações são muitas mais de igualdade e de respeito mútuo, cujo traço fundamental será a lealdade. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.28.

⁴³⁷ STRATHERNM, Marilyn. **Parentesco, direito e o inesperado**: parentes são sempre uma surpresa. Tradução: Stella Zagatto Paterniani. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p.30.

psicológico e sentimental entre a criança e cada um de seus pais, estamos de acordo.”⁴³⁸

A questão que se coloca no *family by design* é justamente a impossibilidade de se determinar qualquer tipo de laço psicológico ou sentimental da criança com os seus pais, porque se trata de uma concepção previamente acordada em contrato, em que já se decidirá situações jurídicas, como, por exemplo, a guarda da criança concebida. Em outras palavras, o desenvolvimento biotecnológico recria a forma de se pensar os vínculos de parentalidade e de parentesco, porque, ao emergir de escolhas individuais entre os co-pais, resulta em algo: a criança gerada. Logo, os laços sociais são substituídos por laços tão somente genéticos e reforça a indagação sobre o *ser* da criança concebida, se alguém exerce a posse da criança como se propriedade fosse (vínculo contratual) ou se a criança representa um novo elemento de estruturação da co-parentalidade (vínculo familiar biotecnológico).

Tal questão acaba por desvelar a necessidade de uma compreensão acerca do próprio conceito de *ser* (*Da-sein*), para que então se permita inferir se o modelo de família biotecnológica pode receber tal denominação ou se, de fato, tal situação fática deverá ser examinada tão somente pela ótica contratual.

⁴³⁸ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução: Mariano Ferreira. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.143.

4 A FAÇANHA BIOTECNOLÓGICA DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA ENTRE A AFETIVIDADE E A AFETIVIBYTE: A NECESSÁRIA (RE)LEITURA HERMENÊUTICO-ONTOLÓGICA E FRATERNA PARA UMA FAMÍLIA EXISTENCIAL E NÃO RECONTRATUAL

Neste capítulo, a tese concentra-se na análise das famílias biotecnológicas enquanto um modelo contratual ou um modelo familiar. Para tanto, busca-se na hermenêutica filosófica de Heidegger a inspiração para se efetuar uma análise do ser-no-mundo virtualizado, bem como para se efetuar uma nova compreensão acerca da noção de afetividade que permeia o Direito das Famílias no Brasil. Por fim, intenta-se demonstrar que o exame da temática necessariamente implica a reestruturação de uma categoria fundamental ao Direito Privado, o de suporte fático, que, em nome da metateoria do Direito Fraternal, passará a ser analisado como o suporte constitucional de inclusão dos tipos familiares tecnológicos.

4.1 O *Da-Sein* como a consolidação da proposta de reexame jurídico da noção de afetividade pela perspectiva ontológica do Direito das famílias na criação de um *ser-no-mundo-virtual*

Ao lado desta discussão, pode-se pensar a temática sob o olhar hermenêutico. Discutir a problemática do discurso jurídico na fundamentação das decisões judiciais no contexto atual do ordenamento jurídico implica debater os rumos que a ciência jurídica tem caminhado na modernidade. Kaufmann ensina que toda a Filosofia do Direito deve, direta ou indiretamente, servir a missão de separar o direito do não direito, da injustiça. Assim, duas perguntas se impõem: o que é o direito correto? Como se reconhece ou realiza o direito correto?⁴³⁹

Por muito tempo se acreditou que estes questionamentos poderiam ser cindidos e respondidos separadamente, em que o direito correto seria concebido como um objeto substancial, ou seja, um objeto a ser compreendido pelo seu sujeito, na sua pura objetividade, sem a influência de quaisquer elementos subjetivos.

Hodiernamente, entretanto, se reconheceu, através da teoria das ciências, que o mundo não pode ser observado e julgado apenas por critérios e categorias

⁴³⁹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. IN: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneos**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.57.

das ciências naturais, porquanto o conhecimento nem sempre é atingido exclusivamente por argumentos livres de subjetividade. Assim, novamente Kaufmann quando afirma que isto aplica-se especialmente às ciências da compreensão (*Verstehenswissenschaften*), nas quais se inclui a ciência do direito, pois aqui o esquema sujeito-objeto falha logo desde o ponto de partida.⁴⁴⁰

Na ciência jurídica não se pode afirmar da existência de um conhecimento que não esteja marcado pelo seu investigador. Eis assim que o conhecimento de direito origina a própria construção dele, a partir de um processo de realização do direito. Ocorre que a Teoria do Direito, ao menos desde a viagem do século, esteve envolvida em um ponto nodal de discussão que vinculava o juiz às normas prescritivas que orientam como ele deve decidir os seus casos.

Hassemer alerta que são várias as concepções matizadas situadas entre a esperança de que o juiz encontraria na lei a resposta inequívoca e completa para suas dúvidas acerca dos princípios de decisão no caso concreto e a opinião de que o juiz não tem em conta a lei, decidindo segundo a sua sensibilidade jurídica ou segundo os interesses das partes afetadas, tal como ele os entende.⁴⁴¹ Destarte, o reconhecimento de que o Direito codificado não pode, pelo menos de fato, determinar inteiramente a decisão judicial não é novo; ele pode ser comprovado, por exemplo, a partir da experiência empírica de que a jurisprudência pode se alterar profundamente, sem que a lei tenha sido modificada, o que se relaciona, indubitavelmente, com as questões debatidas aqui.

Cabendo ao juiz definir o sentido e alcance da lei, somente se firmará o teor da norma legal depois que o julgador atribuir-lhe o resultado que entender de conferir-lhe. A lei, na realidade, só existirá como receita depois que o juiz completar a normatização apenas iniciada pelo legislador.⁴⁴² O furor reformista intentado com a má compreensão do aplicador do direito acerca da utilização dos princípios dificultou o alcance de uma das funções primárias da normatização, que, para Theodoro Junior, é a segurança jurídica.

⁴⁴⁰ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. IN: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.58.

⁴⁴¹ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. IN: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.283.

⁴⁴² JUNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. IN: **Revista da EMERJ**. v. 9, n. 35, 2006. p.18.

Na verdade, a crise, o problema que se enfrenta é aquele descrito por Castanheira Neves sobre o porquê do direito no mundo humano, por que ele existe, se manifesta e se constitui o direito na existência do sujeito e como dimensão dessa existência, “do homem em geral, do homem existente enquanto convivente”. Como o autor mesmo refere não se trata de dilemas filosóficos quanto ao direito, ou de problemas teóricos sobre o Direito, mas sim o problema do Direito.⁴⁴³

Portanto, a problemática apresentada por Castanheira Neves suscita a interrogação pela própria determinação e fundamentação do direito, seja na perspectiva ontológica, como no seu fundamento normativo. A atual problematidade do direito atinge, inclusive, a sua subsistência, eis que coloca em causa não apenas o seu verdadeiro sentido, mas a possibilidade mesma do seu sentido.

A legitimação e o poder do discurso jurídico em nome da verdade se encontra no fato de que ele se apresenta como a revelação de segredos, que reforça a intenção política da unificação dos atores sociais e da produção de uma viagem da sociedade homogênea.⁴⁴⁴ Assim, a lei e o direito se constituem em níveis das relações simbólicas de poder, que se manifestam no discurso jurídico. Por tal razão é que se insiste que a questão da falta de motivação das decisões judiciais é decorrência do senso comum dos juristas, que se deixam enganar por argumentos de poder, reproduzindo o mito da racionalidade e impedindo a ascensão do conhecimento fundado na realidade sócio-jurídica.

Propõe-se, dessa forma, pensar na hermenêutica como uma espécie de declaração de guerra para superação dos dogmas, por ser transcendental no sentido em que designa as condições de possibilidade de compreensão do sentido em geral.⁴⁴⁵ A hermenêutica opõe-se ao conceito objetivista do conhecimento, suprimindo o esquema sujeito-objeto no fenômeno da compreensão, porque o

⁴⁴³ NEVES, Castanheira A. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.3. Coimbra: Coimbra editora, 2008. p. 10. Diz Castanheira que enunciar o problema do direito não postula a sua necessidade. É pensável a não existência do direito sem que, todavia, também por isso se haja de concluir que esse pensável se tenha verificado ou se venha a verificar. O problema do direito é um problema universal. O direito é só uma resposta possível para um problema necessário, isto porque o direito apenas surgirá se se verificarem certas condições, que não necessariamente são de verificação necessária.

⁴⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. p. 90.

⁴⁴⁵ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. IN: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneos**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.150.

sujeito que compreende se insere no horizonte de compreensão e não se limita a representar de forma passiva o objeto da compreensão na sua consciência, desempenhando um papel ativo.

Como afirma Rorty, a hermenêutica é uma expressão da esperança em que o espaço cultural legado pela morte da epistemologia não seja preenchido, em que a nossa cultura se deva tornar uma cultura em que já não seja sentida a procura de constrangimento e confrontação.⁴⁴⁶ A hermenêutica, em boa parte, é uma luta contra a assunção epistemológica de que todas as contribuições para um dado discurso são comensuráveis, ou seja, capaz de ser colocado para debaixo de um conjunto de regras que digam como é que se pode alcançar um acordo racional acerca daquilo que resolveria a questão em cada ponto onde as declarações parecem ser conflituosas.

Na filosofia analítica, imaginou-se que esse paradigma se encontrava na linguagem, que, em tese, forneceria um esquema universal para todo o conteúdo possível. Sugerir que isso não existe seria um perigoso retorno à racionalidade. Assim, ainda na esteira do autor, a hermenêutica vê as relações entre os vários discursos como fios em uma possível conversação, que não pressuponha nenhuma matriz disciplinar que una os locutores, mas onde nunca se perde a esperança de acordo enquanto a conversação dure. Ela é o estudo de um discurso do ponto de vista de um qualquer discurso normal, a tentativa de produzir algum sentido a partir daquilo que se passa, para então iniciar sua descrição epistemológica.⁴⁴⁷

Neste sentido, deve ser possível separar o velho e o novo no Direito. Leciona Streck que se não há segurança para apontar as características de uma teoria efetivamente pós-positivista, há, entretanto, condições para que se possa dizer o que não é e o que não serve para a contemporânea Teoria do Direito, mormente em países com sistemas e ordenamentos jurídicos complexos.⁴⁴⁸

O Direito já não é mais o mesmo, eis que, historicamente, as teorias positivistas do Direito recusaram-se a fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito. Como alternativa,

⁴⁴⁶ RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução: Jorge Pires. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988. p. 247.

⁴⁴⁷ RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução: Jorge Pires. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988. p. 251.

⁴⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. IN: DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2.ed. Landy, 2010. p.200.

estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura, enxergando o direito como um objeto analisado a partir de critérios emanados de uma lógica formal rígida. Ora, a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e método seguros para a produção do conhecimento científico, que desconsiderava os fatos sociais, excluindo-os da Teoria do Direito.

Este novo constitucionalismo, utilizando-se da expressão cunhada por Lenio Luiz Streck, trouxe a preocupação de que o direito deve se ocupar com a construção de uma sociedade justa e solidária, cujo desafio é fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais. Por isso é que Streck afirma não haver dúvida de que o novo constitucionalismo é sinônimo de novo paradigma, em que o direito deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais.⁴⁴⁹

Mas ao lado dessa perspectiva não se pode olvidar o grande problema que dificulta a aplicação do direito na modernidade e a efetividade dos direitos constitucionais garantidos pela Carta, qual seja, o deslocamento para o Poder Judiciário do pólo de tensão dos conflitos. Aumentam-se os poderes dos juízes e dos tribunais. Eles não são mais a boca da lei, entretanto, passa-se a admitir o uso de discricionariedades judiciais. Ao se conferir o poder discricionário ao juiz, via ativismo judicial, retorna-se em direção ao positivismo.⁴⁵⁰

O novo constitucionalismo proporcionou o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de ditames compromissórios e dirigentes, atravessando vertical e horizontalmente as relações sociais. Como, então, construir um discurso jurídico que dê conta da complexidade social sem recair no decisionismo do intérprete, é a pergunta que se impõe.

Se o constitucionalismo compromissório altera substancialmente a teoria das fontes que sustentava o positivismo, há a necessidade de o esquema sujeito-objeto ceder lugar para o novo paradigma interpretativo. Logo, o Direito não mais é

⁴⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. IN: DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2.ed. Landy, 2010. p.200.

⁴⁵⁰ Por essa razão é que Lenio Streck efetua uma diferenciação entre judicialismo ou judicialização de ativismo. O primeiro decorre das contingências de um paradigma; o segundo pode ser destrutivo, uma vez que permite substituir os juízos morais e políticos institucionalizados no direito produzido democraticamente pela opção pessoal dos juízes. O problema do positivismo e sua superação está umbilicalmente ligada à derrocada do sujeito da modernidade. IN: STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. IN: DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. Landy, 2010. p. 218.

ordenador ou promovedor de direitos, conquanto, no Estado Democrático, seja um elemento qualificativo da sua própria legitimidade, impulsionando o processo de transformação da realidade.

Sendo o Direito um saber prático, a tarefa de qualquer teoria jurídica será buscar as condições para a concretização de direitos. Em outras palavras, deve envidar o esforço necessário para evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas. Nas palavras de Streck, sendo mais claro: é contraditória qualquer perspectiva jus-interpretativa calcada na possibilidade de múltiplas respostas, porque leva, inexoravelmente, ao cometimento de discricionariedades, fonte autoritária dos decisionismos judiciais.⁴⁵¹

Criou-se uma cultura de que o juiz não pode procurar fundamentos para a sua decisão. Ele deve saber tudo, e, quando não encontra fundamentos suficientes para a sua decisão, teria legitimado o espaço para julgar de qualquer forma, afinal de contas, é um ser humano. A sua decisão deve revelar uma certeza teórica, mesmo que o seu discurso seja apenas retórico. Deve o julgador compreender o mundo real em que vive e dessa forma julgar os casos que lhe são postos, pois apenas assim é que estará quites consigo e com a sociedade.

O problema dessa figura criada é a legitimação do papel simbólico da dogmática jurídica e da sua adoção como discurso. O ato da decisão judicial, mais do que uma resposta jurídica deve oferecer uma resposta política, como forma de conter uma pretensa insegurança jurídica que assola a comunidade e, claro, reflete no juiz. Isso nada mais é do que a confirmação de que, na modernidade, autorizou-se um discurso jurídico que seja arbitrário e discricionário, como se sentenças judiciais fossem mercadorias expostas para serem adquiridas conforme a conveniência das partes envolvidas na resolução de algum problema.

A aplicação da norma sempre retoma a necessidade de fundamentação da decisão para que se demonstre ao jurisdicionado que se chegou à decisão correta e adequada ao caso concreto.⁴⁵² O dever de motivação das decisões judiciais não é uma liberalidade concedida ao juiz, é uma obrigação fixada pela norma jurídica

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. **Separata**: o direito e o futuro, o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008. p.99.

⁴⁵² STRECK, Lenio Luiz. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. **Separata**: o direito e o futuro, o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008. p.66.

fundamental do ordenamento. Não é apenas indicar normas, mas sim expor os motivos pelos quais julgou de determinada forma e concluiu em algum sentido.

Nesse diapasão, como ensina Streck, negar a possibilidade de que possa existir uma resposta correta pode vir a se constituir em uma profissão de fé no positivismo, e, portanto, na discricionariedade judicial. Corre-se o risco de conceder ao juiz uma excessiva discricionariedade, um excesso de liberdade na produção de sentidos, acreditando que o direito é apenas um conjunto de normas e não norma, fato e direito.⁴⁵³ Ou, de forma mais poética, como refere Warat, essa repetição do passado impede receber os sinais do novo, determina a morte do pensamento, do sentimento e da ação. Em suma, nos aliena, exclui e nos devora.

Repetir o passado é uma forma de esgotar o presente, de desestimar a sua força criativa, de introduzir uma pulsão destrutiva: uma forma de instalar a apatia e o cinismo como condições da transmodernidade. Um eterno presente de sobrevivências e um futuro indecifrável.⁴⁵⁴ O sistema jurídico por vezes parecer demonstrar que não está preparado para receber demandas de elevado grau de reflexão, eis que a dogmática jurídica permanece com a perspectiva de que o direito serve para resolver os conflitos interindividuais, lembrando o paradigma liberal-individualista, quando a realidade que se apresenta é a da transindividualidade.

Diz Streck, assim, que esta é a crise de modelo ou modo de produção de Direito, dominante na prática jurídica dos tribunais. Há, de um lado, uma sociedade carente de realização de direitos, e, de outro, uma Constituição que garante estes direitos da forma mais ampla possível. Eis o contraponto do Estado Democrático de Direito em que a lei passa a ser um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Isso, porém, ainda não foi perfeitamente assimilado pelos juristas.⁴⁵⁵

Tal perspectiva de Estado Democrático de Direito suscita a redefinição da função do Poder Judiciário, no novo paradigma estabelecido pelo constitucionalismo, porquanto esteja relacionado à realização dos direitos fundamentais e alcançando

⁴⁵³ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? IN: **Revista NEJ**. v.15.n.1.p.158-173/jan-abr 2010. Disponível em <http://www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 04 jan. 2017.

⁴⁵⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito III**: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p.138.

⁴⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. **Separata**: o direito e o futuro, o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008. p.47.

as promessas da modernidade. Sustenta-se, dessa forma, que há um deslocamento do centro de decisões dos poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, até pelo aumento de demandas pela concretização dos direitos, aumentando o poder da norma constitucional.

Além dessa questão, o ordenamento jurídico brasileiro convive com outro celeuma de difícil assimilação pelo intérprete, a lacuna e o conseqüente princípio do *non liquet*. Este problema surge com a positivação do direito e a ideia de sistema visto como uma completude ordenada. O conceito de lacuna é uma construção da dogmática jurídica que pode servir de sustentação à argumentação do intérprete do direito.⁴⁵⁶

Vincula-se, neste contexto, ao entendimento de Leonel Severo da Rocha que apresenta o discurso jurídico a partir da semiologia, que considera a natureza do discurso, para obter critérios firmes para a interpretação dos discursos e efetuar em torno deles leituras ideológicas e trata o problema da significação como fenômeno discursivo. Segundo o autor, postula-se a elaboração de uma semiologia voltada à análise do poder da significação, inicialmente denominada de semiologia do poder e rebatizada de semiologia política.⁴⁵⁷

Eis assim que, para Severo Rocha, o discurso jurídico, a partir da inserção no marco teórico da semiologia política, é o conjunto das enunciações jurídicas, enquanto formações discursivas, produzidas em determinado momento histórico, no Estado e nas instituições, caracterizando-se por possuir um poder que co-constitui decisivamente as relações de dominação na sociedade.⁴⁵⁸ Estas formações discursivas não são meros reflexos das relações materiais da sociedade, pois constituem uma das dimensões que organiza o social como totalidade, e, assim o

⁴⁵⁶ Sobre este aspecto, Lenio Streck afirma que é necessário distinguir as fórmulas lacuna da lei e lacuna do direito. De fato, a confusão que é feita pela doutrina brasileira traz várias questões, dentre elas o entendimento acerca do papel efetivo que exercem no sistema os dispositivos legais de clausura e ausência. Em verdade, diz o autor, o conceito de lacuna técnica elaborado por parte da doutrina não pode conviver com os aludidos dispositivos legais. Isso porque só se poderia falar na existência de tais lacunas no Direito primitivo ou no Direito internacional, no qual há ausência de órgãos centralizados de criação e aplicação de normas. Por fim, frisa, no entanto, que tal ausência torna inútil o argumento de lacuna, posto que o problema da lacuna é secundário, ou seja, em primeiro lugar dever-se-ia decidir se há normas, para só então, após isso, discutir a existência de algumas.

⁴⁵⁷ ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985. p.35.

⁴⁵⁸ ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985. p.37.

discurso jurídico constitui-se como uma produção ideológica caracterizada pela sua singularidade.

O discurso da dogmática jurídica colide frontalmente com as conclusões da moderna epistemologia, que postula a inexistência de um conhecimento ponto e acabado, mas apenas de verdades aproximadas. O que os juristas dogmáticos afirmam ser ciência não passa de um conjunto de crenças e valores, que, articulados no interior de uma formação discursiva, dá o efeito de ser um conhecimento sistemático e coerente. Eis, novamente, as representações de práticas cotidianas que constituem o *sensu comum teórico dos juristas*⁴⁵⁹.

Ao se afirmar a cientificidade desse *sensu comum teórico*, o discurso jurídico pretende afirmar a impossibilidade de seu questionamento. Neste sentido, como leciona Leonel Severo Rocha, postular um conhecimento sistemático do Direito é impor um tipo de imaginário, que organiza o social, ao mesmo tempo em que se tenta ocultar as suas funções políticas.

No saber jurídico dominante, a maior parte das análises produzidas prefere não assinalar as dimensões sociais dos diferentes discursos do Direito, bem como o seu papel, enquanto um dos elementos constituintes das relações político-sociais. É dizer que o paradigma da ciência jurídica predominante encontra-se fundamentado em mecanismos conceituais que apresentam um âmbito de significação tópico-retórico, que não tem por função primordial a organização sistemática de um discurso do conhecimento, mas, antes, pretendem condicionar as formas de raciocínio dos juristas, assim como estabelecer o consenso em torno de alguns princípios éticos e do monopólio da força assumido pelo Estado.⁴⁶⁰

O problema na interpretação-aplicação do Direito encontra-se no fato de os diversos profissionais do Direito estarem influenciados por um “*sensu comum teórico*”, como na expressão warattiana, um pano de fundo que condiciona as

⁴⁵⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito III**: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

⁴⁶⁰ ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985. p. 37-44. Explica Leonel Severo Rocha que o esquema teórico dos juristas é elaborado numa ideia de autonomia e neutralidade da lei, que possibilitaria a segurança de todos os cidadãos frente a qualquer tentativa de violação de seus direitos legais. Entretanto, estas premissas são infundadas, se contrastadas com análises da lei elaboradas desde um ponto de vista discursivo. Numa análise discursiva, percebe-se como as categorias do discurso jurídico não obedecem as pretensões positivistas da cientificidade, caracterizando-se, ao contrário, por sua pseudo-objetividade e neutralidade ideológica, e sendo, na verdade, dimensões discursivas com evidentes dimensões político-ideológicas.

atividades cotidianas. Sem ele, não pode existir práticas jurídicas, isto é, não se tem como produzir decisões ou significados socialmente legitimáveis.

Eis assim que este senso comum teórico representa um sistema que organiza os dados da realidade, pretendendo a reprodução de valores e práticas predominantes. Ou seja, é um discurso o qual oferece respostas que apenas aludem ao real e apresenta um conjunto de questões em que as respostas já estão determinadas.

Como consequência desses aspectos, pode-se questionar se o que, na verdade, tem se modificado substancialmente nestes tempos não é a própria divisão entre homem e mulher, se o conceito de gênero não estaria se transformando, especialmente em um contexto onde se vislumbra um sistema jurídico, que, sob o signo da contemporaneidade, legitima nas mulheres a condição de sujeitos de direitos, especialmente os sexuais e reprodutivos.

O progresso científico ocasionou para o legislador dificuldades que se iniciaram com a identificação da inexistência de previsão legal para a solução de diversos conflitos, culminando com a leitura inadequada dos institutos do Direito. Diante disso, os modelos teóricos que consagravam o fenômeno jurídico quedaram-se insuficientes diante da nova realidade, questionando-se os próprios fundamentos do sistema jurídico na contemporaneidade.

Trata-se, como já anteriormente abordado, da necessidade do rompimento com aquele paradigma estanque, superando-se a chamada dicotomia entre o Público e o Privado. Ao se recepcionar na CRFB/88 temas que antes compreendiam apenas ao estatuto privado, provocam-se transformações no sistema do Direito Civil clássico, ou seja, a adaptação a uma nova realidade econômico-social, que obrigou o intérprete do Direito a repensar os valores ideologicamente consagrados no ordenamento jurídico e as influências interdisciplinares sofridas por ele nessa mutação.

Warat considera que a ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social. Assim, o conhecimento

do direito responde em alta medida às subordinações cotidianas e à versão conformista do mundo que fundamenta a sociedade instituída.⁴⁶¹

A ciência jurídica, respaldada em seus próprios fetiches, massifica, deslocando os conflitos sociais para o lugar instuído da lei, tornando-os menos visíveis. O saber jurídico aposta na racionalidade para garantir o poder e regular o imaginário jurídico-político da experiência cotidiana. Isto produz um campo simbólico que serve para dissimular conflitos e antagonismos desenvolvidos fora da cena lingüística. Assim, a ciência jurídica aparece como um conjunto de técnicas de fazer crer, com as quais se consegue produzir a linguagem oficial do direito que se integra com significados tranquilizadores, representações que têm como efeito impedir uma ampla reflexão sobre a experiência sociopolítica. Eis a capacidade do campo simbólico do direito para ocultar a genealogia e o funcionamento institucional do discurso jurídico.⁴⁶²

O fetichismo que aponta Warat significa a dissolução de todos os poderes do Estado na lei, atribuindo à ordem legal uma qualidade intrínseca e obrigatória, quando, na realidade, ela não pertence às normas positivas, mas ao tipo de relações sociais reais das quais as normas jurídicas são (ou pelo menos deveriam ser) a sua expressão. No mundo do Direito tudo passou a ser objeto de decisão, de vontade, fruto de atos pessoais, que mais parecem uma volta da Razão. Em tal perspectiva, o Estado nada mais é do que um fundamento simbólico de um sistema institucional, que busca encarnar uma autoridade e conceder a segurança.

E assim se volta àquilo que já foi apontado nos aspectos introdutórios, a produção de uma verdade jurídica que está baseada em um senso comum teórico dos juristas, a um sistema de produção de subjetividade que coloca os juristas na posição de consumidores dos modos instituídos da semiotização jurídica. Os atores sociais não conseguem mais pensar por si, pois pensam a partir da mediação que o Estado exerce sobre a produção e recepção dos discursos de verdade.

A expressão senso comum teórico dos juristas designa, assim, as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura no Direito. Ao afirmar esse argumento, Warat defende que o discurso das ciências humanas é uma modalidade conformista da produção social

⁴⁶¹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995. p.57.

⁴⁶² WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995. p.59.

da subjetividade, na medida em que sua aparente nitidez lógica produz o ocultamento dos segredos do cotidiano, das práticas científicas que produzem os saberes sobre o indivíduo e suas relações sociais.

De um modo geral, os juristas contam com um arsenal de condensações do saber, no sentido de que fragmentos de teorias vagamente identificáveis, elos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. No interior da linguagem do direito positivo, produz-se uma linguagem eletrificada e invisível que vaga indefinidamente servindo de poder.⁴⁶³

A legitimação e o poder do discurso jurídico em nome da verdade se encontra no fato de que ele se apresenta como a revelação de segredos, que reforça a intenção política da unificação dos atores sociais e da produção de uma viagem da sociedade homogênea.⁴⁶⁴ Assim, a Lei e o Direito se constituem em níveis das relações simbólicas de poder, que se manifestam no discurso jurídico. Logo, que se manifestam nas decisões judiciais tão celebradas pela comunidade jurídica, quando, na verdade, não são mais do que a mais nítida representação desse senso comum teórico, porque se constituem em uma falácia em nome de uma pretensa estabilização dos conflitos.

É comum, hodiernamente, encontrar-se uma vasta coletânea bibliográfica de obras críticas ao positivismo jurídico, contextualizando a atual era como pós-positivista. Neste tempo, é imprescindível debater quais são os argumentos que a teoria do direito tem encontrado e lançado mão para oferecer respostas adequadas a partir de diferentes enfrentamentos que este novo constitucionalismo colocou ao intérprete.

Neste sentido, a discussão ganha um contorno bastante definido, qual seja, a crise do Direito e da dogmática jurídica, bem como os seus reflexos na sociedade. Como discorre Streck, com efeito, preparado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica, que o instrumentaliza, não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade

⁴⁶³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1994. p.15. Leciona Warat que os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político para investigação de verdades. Por conseguinte, se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam a compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável da história do poder.

⁴⁶⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. p. 90.

complexa e conflituosa. O paradigma liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social reclamam novas posturas dos operadores jurídicos.⁴⁶⁵

As práticas discursivas encontram-se em um momento de revisão, pois, se há uma crise, ela apenas existe porque o velho paradigma ainda não deixou de existir totalmente e um novo modelo assentado nas bases de um Estado Democrático de Direito não consegue surgir em sua plenitude, constituindo-se, assim, o grande desafio do Direito na contemporaneidade.

A sociedade não é mais a mesma, e, o Direito, enquanto tutela do fato social, também não poderá mais ser o mesmo. Afirmar que ele é uma mera racionalidade instrumental a proteger os interesses de classes dominantes é a mais pura comprovação de um operador que se mantém preso a velhos conceitos que, aparentemente, já não mais importam à comunidade jurídica.

Desta ideia exsurge que a nova entidade familiar, a co-parentalidade ou família *design*, repisando, como apresentada anteriormente, é aquela formada pelo filho e os co-pais, que identificados, desenham uma família apenas destinada ao filho internético, que não conhecerá uma estruturação familiar tradicional, mas apenas um pai e uma mãe, que conceberam um filho com a assistência genética um do outro, evidencia um desafio ao Direito, qual seja, redefinir a categoria jurídica família, quando esses novos arranjos não se amoldam ao ordenamento jurídico em vigência.

A partícula *design* parece colocar bem este desafio, ao se considerar a própria noção de design. Paula da Cruz Landim disserta que o design é afetado por influências, ideologias sociais e mudanças. As mudanças no papel feminino – tais como no trabalho fabril – e outras atitudes e mudanças sociais têm influenciado a natureza da produção em massa dos artefatos que nos circundam. Forças que encorajem a coesão social são frequentemente sentidas por meio do design dos objetos – algumas vezes são, de fato, estes que sugerem a mudança social. Desde o século XVIII, a sustentação dominante para o design tem sido o sistema de produção e consumo em massa, baseado na junção de forças da indústria e do comércio. Um dos temas ao qual o *design* é inevitavelmente ligado é o crescimento

⁴⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em *terra brasilis*. IN: CARVALHO, Amilton Bueno de *et al.* **Em busca dos direitos perdidos: uma discussão à luz do estado democrático de direito**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003. p.122.

da economia capitalista. Está evidente na evolução do design e é parte integrante de seu desenvolvimento, assim como a divisão do trabalho, os objetos de desejo e as empreitadas empresariais para captação de novos mercados.⁴⁶⁶

Desde os anos 1980, o termo *design* tem sido apropriado pela *mass media* e pela indústria da propaganda como o “caminho” para agregar “desejabilidade” aos produtos. A consciência de estilo tornou-se condição *sine qua non* não apenas para os jovens, mas para todo um grupo de consumidores, e mesmo a mais sofisticada diferenciação entre produtos tem sido rotulada como possibilidades estilísticas de escolha determinadas pelo sexo, pela idade ou pela classe. O uso da palavra *design* passou a ser muito explorado pelos meios de comunicação, principalmente na publicidade, demonstrando com isso a força que o design agrega como valor de imagem, mas pouco se fala de seu conteúdo.⁴⁶⁷

A autora destaca um aspecto importante, de que o *design* engloba uma extraordinária variedade de funções, técnicas, atitudes, ideias e valores. É um meio através do qual se experimenta e se compreende o mundo que nos rodeia, desde bens de consumo e embalagens até sistemas de transporte e equipamento de produção, e não pode ser totalmente compreendido fora dos contextos social, econômico, político, cultural e tecnológico que levaram à sua concepção e realização.

Mais do que isso, considera que os aspectos psicológicos do design são também extensamente mencionados com uma importância sem precedentes. Há um consenso generalizado de que os produtos devem estar para além das considerações de forma e função se pretendem tornar-se “objetos de desejo” em um mercado cada vez mais competitivo. Para se conseguir isso, os produtos precisam estabelecer ligações emocionais agradáveis com seus usuários por meio do prazer da manipulação e/ou da beleza de sua forma.

A emotividade é considerada por muitos dos designers não só como uma forma poderosa e essencial de facilitar ligações melhores e mais significativas entre os produtos e seus usuários, mas também um meio eficaz de diferenciar suas soluções das de seus competidores. Em uma sociedade globalizada, adquire-se não

⁴⁶⁶ LANDIM, Paula da Cruz. **Design, empresa, sociedade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 191 p. ISBN 978-85-7983-093-8. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 04 jan. 2017. p. 23 *et. seq. passim*.

⁴⁶⁷ LANDIM, Paula da Cruz. **Design, empresa, sociedade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 191 p. ISBN 978-85-7983-093-8. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 04 jan. 2017. p. 23 *et. seq. passim*.

apenas o objeto, mas o discurso do objeto.⁴⁶⁸ E aí, o questionamento se torna fundamental: o filho concebido é fruto do comportamento afetivo da parentalidade ou é um objeto de desejo individual de quem o plasmou em rede eletrônica?

Por certo, essa pergunta demanda do intérprete-aplicador um novo agir para a busca de uma resposta constitucionalmente adequada. Aqui, aproxima-se do fator determinante para o pensamento de Heidegger, que foi o seu encontro com a *fenomenologia*. Segundo Stein, foi a descoberta da fenomenologia que desencadeou os novos recursos que o conduziram às regiões distantes de um pensamento que se afirmava em confronto com toda a tradição filosófica ocidental. Assim, analisar sua posição dentro do movimento fenomenológico é, portanto, destacá-lo como um pensador que ultrapassou a situação concreta da corrente fenomenológica que recebera.⁴⁶⁹

A fenomenologia veio, antes de tudo, abrir horizontes para a elaboração das instituições e experiências metafísicas dos que a ela aderiram. E, assim, já na introdução de *Ser e Tempo*, Heidegger irá apresentar o conceito de fenômeno como um mostrar-se em si mesmo, um modo privilegiado de encontro e o de fenomenologia, como “a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir o tema da ontologia. A ontologia só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados”.⁴⁷⁰

A questão que se coloca como um ponto de partida é a compreensão de que o novo trazido pela teoria hermenêutica de Heidegger, que é aquilo que se chama de fenomenologia hermenêutica é que ele acrescenta um aspecto prático na medida em que descreve o ser humano como um ser-no-mundo, que, desde sempre, já se compreende a si no mundo, mas só se compreende a si mesmo no mundo porque já se antecipou sempre uma compreensão do ser. Essa compreensão do ser não é um ser objetivo, objeto, mas totalidade. Se antes a hermenêutica era o compreender de textos, ou seja, determinados objetos; agora, o compreender é um compreender que se constitui como totalidade, porque é um compreender do mundo, que é a própria

⁴⁶⁸ LANDIM, Paula da Cruz. **Design, empresa, sociedade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 191 p. ISBN 978-85-7983-093-8. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 06 jan. 2017. p. 23 *et. seq. passim*.

⁴⁶⁹ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001. p.135.

⁴⁷⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p.75.

transcendência. Como refere Stein, “estamos envolvidos com os objetos do mundo e descrevemos o mundo no qual se dão os objetos”.⁴⁷¹

Nesse contexto, Heidegger assume uma tarefa decisiva: a questão do sentido do ser. Essa compreensão da vida fática do homem é que o Heidegger vai chamar terminologicamente de *Da-sein*. Torna-se importante chamar a atenção para esse ponto, uma vez que ao lado desses conceitos, Heidegger definirá a transcendência como o modo em que o *Da-sein* existe, a saber, finitamente.

O problema central de Heidegger é o problema do ser, o fenômeno da existência na sua faticidade. É necessário compreender que Heidegger identificará o conceito de ser com a noção de presença, aquilo que subsiste, razão pela qual Vattimo explicará que essa obra começa com uma análise preparatória do ser do homem.⁴⁷²

Heidegger reconhece que o essencial a toda compreensão é certa pré-compreensão, um certo horizonte preliminar, aberto, que, em vez de limitar a liberdade da compreensão, a torna possível. Aquilo que é procurado na questão do ser não é completamente desconhecido, embora, à partida, nos seja inconcebível. Assim, é possível questionar como se resolve este paradoxo entre o desconhecido e inconcebível. O filósofo o fará a partir da distinção entre *ser* e *ente*.

O questionado é o ser, o que determina o ente como ente, aquilo em direção ao qual o ente, qualquer que seja a explicação, é já, a cada instante, compreendido. O ser do ente não é ele próprio. Essa distinção permitirá que se faça ontologia e não história. Chama-se ente a uma multiplicidade de coisas e de modos: aquilo que se fala pensa, os comportamentos, o que se é e o modo como se é. Quanto ao ser, reside no *que*, no *quem*, naquilo que subsiste, no que existe, nesse ente particular que é o *Dasein*, porque ele é o único ente capaz de se interrogar sobre o seu ser.

Por essa razão é que se pode afirmar que a filosofia presente em *Ser e Tempo* não é uma filosofia do sujeito, mas uma filosofia do ser do ente que existe: o *Da-sein*. E, assim, na obra em análise é que Heidegger definirá existência ao próprio ser com o qual a presença pode relacionar-se dessa ou daquela maneira e com a qual ela sempre se relaciona de alguma maneira. A presença sempre se compreende a si mesma a partir de sua existência, de uma possibilidade própria de ser ou não ser ela mesma. A questão da existência só poderá ser esclarecida

⁴⁷¹ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p.61.

⁴⁷² VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Rio de Janeiro: Edições 70, 1987. p.23.

sempre pelo próprio existir. Ao lado desse conceito, Heidegger chamará de existencialidade o conjunto dessas estruturas. A existencialidade que possui o caráter uma compreensão existencial.⁴⁷³

Ao se analisar tais aspectos da hermenêutica fenomenológica de Heidegger, é necessário destacar que Streck explica que o filósofo será o corifeu da postura que se caracterizará por explicar a compreensão como forma de definir o *Dasein* (o ser-aí). O que nos é dado a entender acerca da existência humana, com sua finitude, sua mobilidade, sua projeção para o futuro e sua precariedade, tudo isso pertencerá à forma primordial do compreender.⁴⁷⁴

Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, para a qual a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Da-sein* (ser-aí ou pre-sença), em que o *Da* (aí) é como as coisas, ao aparecerem, chega ao ser, não sendo, desse modo uma propriedade do ser. A questão sobre o sentido do ser só é possível quando se dá uma compreensão do ser. O sentido articula-se simbolicamente. Encontra-se o *Da-sein* na estrutura simbólica do mundo. O *Da-sein* se comporta compreendendo. A compreensão do ser pertence ao modo de ser deste ente denominado *Da-sein*. Quanto mais originária e adequadamente se conseguir explicar esse ente, maior a segurança do alcance na caminhada rumo à elaboração do problema ontológico fundamental. O conceito de *ser*, vai dizer Lenio Streck, é o mais universal e mais vazio, resistindo a toda tentativa de definição. Por ser o mais universal dos conceitos, prescinde de definição.

A ruptura com a ideia de ser e ente, de objeto e coisa, ou seja, o corte com a tradição metafísica, é realizada pelo conceito de afecção, que acompanha a compreensão e que Heidegger expressa no sentido de *cuidado*. Essa palavra pretende ter um sentido ontológico uma vez que busca romper com a ideia metafísica de que os enigmas da filosofia estariam resolvidos por uma resposta objetiva sobre a origem e o fim do ser e dos entes. O cuidado se constitui como ser do *Da-sein* porque nele se estabelece uma relação circular entre afecção e compreensão, na medida em que é eliminada a ideia de representação e substituída por um modo de *ser-em*, de *ser-no-mundo* e de relação do *Da-sein* consigo mesmo

⁴⁷³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p.48-49.

⁴⁷⁴ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 248.

como ter-que-ser e ser-para-a-morte (faticidade e existência). O cuidado é o ser do *Da-sein* porque o *Dasein* tem nele o horizonte de seu sentido: a temporalidade.

Por tal razão é que a fenomenologia é a possibilidade de pensamento, porque vai ser o método de acesso à coisa. A fenomenologia é o modo de acesso ao que deve tornar-se tema da ontologia, ela é o método que permite determinar o objeto da ontologia, legitimando-o. O ser do ser-aí é a existência. O ser é, em si mesmo, hermenêutico, enquanto nele reside uma pré-compreensão. A partir dessa estruturação existencial do *Da-sein*, que, igualmente, terá a sua compreensão a partir da tradição histórica, é que irá importar a contextualização da faticidade.

Já que para Heidegger é preciso entender o *Da-sein* do homem, então se está falando na hermenêutica da faticidade, que foi substituída, no século XX, pela filosofia hermenêutica. O *Da-sein* do homem, a ontologia como hermenêutica da faticidade. Ontologia e hermenêutica eram aproximadas pela primeira vez, e, assim, Heidegger daria início a uma tarefa enfrentada em *Ser e Tempo* como ontologia fundamental e que significaria uma mudança na concepção de fenomenologia de Husserl, com a introdução da fenomenologia hermenêutica.

Como explica Stein, a faticidade trata o ser daquele ente que Heidegger privilegia e ao qual dá lugar especial em meio aos entes. Assim, introduz um terceiro nível: e ente enquanto ente, o ser do ente e o nível do ente que somos nós, o *Da-sein*.⁴⁷⁵ A faticidade é a denominação para o caráter ontológico do nosso próprio *Da-sein*. Fático é aquilo que é articulado como *Da-sein*, que é estruturado desde ele mesmo, sobre um caráter ontológico, assim constituído, e, então, dessa maneira, é. Por exemplo, a vida como um modo de ser, então vida fática significa o nosso próprio *Da-sein* enquanto aí, em alguma expressão ontológica de seu caráter de ser.

Assim, na hermenêutica se forma para o *Da-sein* uma possibilidade de se tornar compreendente para si e ser assim, de modo que hermenêutica e faticidade se juntam em uma recíproca implicação. Por isso, em *Ser e Tempo* o modo como se apresenta o *Da-sein* é a sua faticidade, porque o existir é sempre fático, mas a existencialidade é que se determina através da faticidade. Assim, a manifestação hermenêutica que o homem realiza do ser enquanto fenômeno é a própria mensagem que ele recebe do ser e o que determina a vinculação hermenêutica do homem com o acontecer do ser, enquanto fenômeno é a linguagem.

⁴⁷⁵ STEIN, Ernildo. **Nas proximidades da antropologia**: ensaios e conferências filosóficas. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 55.

Se já se compreendeu que a questão do ser significa tornar transparente um ente em seu ser, então se entende que esse ente que cada um de *nós é* e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, e será designado pelo termo *pre-sença*. O homem é definido, pois, como existência, como poder-ser.

Heidegger, em *Ser e Tempo*, mencionará que o ente em que há a tarefa de analisar *somos nós mesmos*. O ser deste ente é cada vez mais meu. *Ser* é o que neste ente está sempre em jogo. A essência do ente está em ter de ser. A *essentia* deste ente, na medida em que dela se possa falar, há de ser concebida a partir de seu ser, de sua existência. Neste sentido, é tarefa ontológica mostrar que, se escolhe a palavra existência, para designar o ser do ente.

A essência da presença está na existência. A presença se determina como ente sempre a partir de uma possibilidade que ela é e, de algum modo, isso também significa que ela se compreende em seu ser. Este é o sentido formal da constituição existencial da presença. Nele, porém, encontra-se a indicação de que, para uma interpretação ontológica desse ente, a problemática de seu ser deve ser desenvolvida a partir da existencialidade da sua existência.

A *presença* existe. As determinações da *presença* devem ser vistas e compreendidas na constituição daquilo que se designa como ser-no-mundo. O *em-um-mundo* impõe a tarefa de indagar a estrutura ontológica do mundo e determina a ideia de mundanidade. O ente que sempre é segundo o modo de ser-no-mundo. Investiga-se aquilo que Heidegger chama de *quem?* O ser-no-mundo é uma constituição necessária e *a priori* da presença, mas de forma nenhuma suficiente para determinar por completo o seu ser.

Em sua obra *Introdução à filosofia*, Heidegger esclarecerá que o ser-aí significa ser-no-mundo. O ser-no-mundo deve marcar o ser-aí. É a transcendência. O ser-aí ultrapassa o ente, mas na sua totalidade. Transcender significa ser-no-mundo.⁴⁷⁶ Neste contexto, Vattimo aduzirá que o primeiro passo da analítica existencial consiste em definir a essência do homem como existência, encontrando-se a noção de ser-no-mundo. Existência, *Da-sein*, ser-no-mundo, são, pois, sinônimos. Os três conceitos indicam o fato de o homem estar situado de maneira dinâmica.

⁴⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 326.

Sobre tal aspecto, Lenio Streck ensina que o estar-aí nunca é algo de fechado de que há que sair para ir ter o com o mundo. O *Da-sein* já é sempre e constitutivamente relação com o mundo, antes de toda a distinção artificial entre sujeito e objeto. Essa ideia de conhecimento como uma articulação de uma pré-compreensão que Heidegger chamará de círculo hermenêutico.

O ser-aí é, para Lenio Streck, pré-ontológico porque o sentido do ser que é buscado já é alcançado pré-ontologicamente na compreensão do *Da-sein*. Ele predomina o processo de compreensão, por isso a compreensão é um processo existencial.⁴⁷⁷ Stein complementa a ideia no sentido de que a ideia do *Da-sein*, do ser-no-mundo, a própria ideia de existência vai ser para Heidegger, aquilo que remete ao problema do ser humano concreto, da sua faticidade e a tarefa da fenomenologia será descrever essa condição fática, concreta, existencial. Pela primeira vez, o ser é transformado num conceito, numa espécie de elemento que depende da condição, da existência humana. Não há ser humano sem que se compreenda o ser e a compreensão do ser é o elemento que constitui a condição humana. O ser passa a se ligar ao ser humano, como *Da-sein*, ser-no-mundo.

Se o ser-aí é ser-no-mundo, o resultado da análise de mundanidade deverá refletir-se também na determinação das estruturas existenciais do *Da-sein*. Isto é o que Heidegger chamará de *ser-em como tal*. O existencial que fornece o fio condutor desta parte da análise é a compreensão. O *Da-sein* está no mundo como compreensão. Assim, como esclarece Vattimo, a compreensão é projeto porque é um possuir a totalidade dos significados que constituem o mundo, antes de encontrar as coisas individuais: mas isto acontece só porque estar-aí é constitutivamente poder-ser e só pode encontrar as coisas inserindo-as neste seu poder-ser e entendendo-as como possibilidades abertas. Por essa razão, irá afirmar que o ser, o estar-aí nunca é uma tabula rasa.

Trata-se, portanto, de alcançar o patamar do *ontological turn* (viragem ontológica), no interior da qual a linguagem passa a ser condição de possibilidade. Assim, a denominada fundamentação passa a ser o produto do modo-de-ser-no-mundo do intérprete que o levou a compreender daquele modo. É, pois, anterior ao ato explicativo, porque produto do processo compreensivo, que, por sua vez, é condição de possibilidade da interpretação. Com isso, Streck afirma que, no caso da

⁴⁷⁷ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 251

decisão judicial, o fundamento é condição de possibilidade da decisão tomada. Isso ocorre desse modo porque há um sentido que é antecipado (o ter prévio, ver prévio, pré-conceito) ao intérprete, onde a decisão é parte inexorável desse fundamento.

Portanto, não é possível desdobrar o ato de interpretação em dois momentos: decisão e fundamentação, ou em três, como na hermenêutica clássica (*subtillitas intelligendi – compreendo; subtillitas explicandi – interpreto, para então aplicar, subtillitas applicandi*). Uma faz parte do outro, questão que será explicada pelo teorema ontológico-fundamental do círculo hermenêutico. Assim, Streck dirá que o fundamento é sem fundo, abissal, na medida em que nem é infinito, nem objetivo. O fundamento é um perder-se numa impossibilidade, enquanto seres incapazes de recuperar o passado e incapazes de antecipar o futuro como tal, o ser é um acontecer. Nisso reside a hermenêutica de base ontológico-fundamental, porque surge exatamente como o espaço no qual se dá o sentido. O ser enquanto fundamento do ente, é fundamento sem fundo, abissal.

Assim como não se procede subsuntivamente quando se interpreta e, portanto, quando se aplica, um texto normativo em relação a uma situação fática, também quando se interpreta um texto com base na Constituição, não ocorre esse processo dedutivo/subsuntivo. O sentido do texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete. Não se percebe o texto primeiramente como ser-objeto. Há um mundo circundante em que acontece essa manifestação. Ao vislumbrar o texto, já há um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição. Por isso que a Constituição não está fora da circularidade hermenêutica, porque, ao mesmo tempo, ela é o ponto de partida e de chegada do ordenamento, por isso que o fundamento é sem fundo e é um modo-de-ser.

Afinal, o intérprete não possui a linguagem; é a linguagem que o possui, desde sempre, e é aquilo que nos carrega. A compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos são, assim, questões centrais na hermenêutica filosófica de Heidegger, a fenomenologia hermenêutica. Como o compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem.⁴⁷⁸ Por isso, a linguagem é a casa do ser, em que nela mora o homem. Nossa compreensão do mundo é linguisticamente

⁴⁷⁸ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 254.

interpretada. A linguagem é o acontecimento único no qual o mundo se abre para o ser.

A linguagem é, então, totalidade, condição de possibilidade. A linguagem, mais do que isso, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do modo de ser-no-mundo que implica as condições de possibilidades que se tem para compreender e agir. Isso porque é pela linguagem e somente por ela que se pode ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem, não haverá mundo enquanto mundo. Somente quando se encontra a palavra para a coisa, esta será uma coisa. A palavra proporciona o ser à coisa. Sem palavra, sem linguagem, não há existência.

Portanto, tem-se que em Heidegger a hermenêutica é levar o ser do ente a se manifestar como fenômeno. Compreender não é um modo de conhecer, mas é um modo de ser, porque a epistemologia é substituída por uma ontologia da compreensão, em que o homem já sempre compreende o ser. Ser, verdade, vida e história são concebidos a partir da temporalidade absoluta e não da temporalidade enquanto um eu a-histórico. Na ontologia da compreensão, a vida é história, onde o próprio ser se desvela no horizonte da temporalidade. O próprio ser é *tempo*. Por isso, a vida, a existência emerge na compreensão do ser; ela mergulha na temporalidade porque compreende o ser. A vida é existência porque o *Da-sein* é pré-ontológico. Hermenêutica é, assim, existência.

No parágrafo 46 de *Ser e Tempo*, Heidegger afirma que tão logo a presença exista, ela também já se tornou um com o não-mais-ser-presença.⁴⁷⁹ A presença já é o seu próprio fim. O fim implicado na morte não significa o ser e estar-no-fim da presença, mas o seu ser-para-o-fim. A morte é um modo de ser que a presença assume no momento em que é. Para morrer basta estar vivo, dirá o filósofo.

O ente é a força do tempo e o tempo é a força do ser, dirá Stein.⁴⁸⁰ Não é mais o ser que é o elemento do qual surge o tempo. O tempo é o horizonte, o elemento estruturante-estruturado, organizador-organizado, transcendental-histórico do ser. Não é o ser que chega como ente a invadir a esfera do ser humano; pelo contrário, toda questão do ser passa pela compreensão do ser que se dá no *Da-sein*. É assim que se instaura o sentido e o mundo e a partir deles qualquer relação do ser humano consigo mesmo, com os outros, com as coisas e com os eventos.

⁴⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p.310.

⁴⁸⁰ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007. p.81.

Inaugura-se o acesso à diferença ontológica pela própria hermenêutica do modo de ser do ser-aí.

Como ensina Heidegger, *nós somos e, porque somos*, espera-se sempre por algo. O ser sempre é chamado por algo como um todo. Essa totalidade é o mundo. Mas alerta o filósofo que o ser é impelido, isto é, de algum modo puxado para trás por alguma coisa, repousa-se sob um peso que nos puxa para baixo. A essa inquietude, Heidegger dá o nome de finitude.

A finitude não é nenhuma propriedade que se encontra apenas atrelada a nós. Ela é o modo fundamental do ser. Se o homem quiser vir a ser o que é, não pode abandonar essa finitude ou se iludir quanto a ela. Muito ao contrário, precisa-se protegê-la. Esta guarda é o processo mais interior de nosso ser-finito; ou seja, a mais intrínseca finitização. Nessa finitização, consuma-se por fim uma singularização do homem em seu ser-aí.⁴⁸¹

Stein, nesse sentido, irá afirmar que todo o pensamento que procura penetrar na íntima relação entre o ser e o ser-aí, entre finitude da compreensão do ser e finitude do ser-aí, se movimenta, necessariamente, numa viravolta que resulta circularidade que constitui o próprio ser-aí. A compreensão do ser é finita, enquanto se manifesta na finitude do ser-aí, mas tal finitude é a possibilidade de o ser se mostrar aquilo que é. Pode-se compreender a finitude como a tentativa de Heidegger de pensar a impossibilidade de fundamentar o ser. Isso resulta do fato de o ser sempre se retrair ao homem enquanto velamento. Heidegger é o filósofo da finitude dirá Stein, a filosofia é a tarefa da finitude.⁴⁸²

Se o tempo só encontra sentido na eternidade, então a sua compreensão só pode se dar a partir desta. Entretanto, Heidegger propõe a questão do tempo a partir do próprio tempo, pois esclarecerá que o ser é finito, ao passo que Deus não, pois infinito. Nessa perspectiva, a morte passa a ter importância porque ela delimita o tempo da existência.

Enquanto se está vivo, vive-se a antecipação do futuro, uma constante incompletude, uma série perpétua de assuntos pendentes. Não apenas nossa existência presente, mas um estender-se à frente que encontra um fim com a morte.

⁴⁸¹ HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo-finitude-solidão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.8

⁴⁸² STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Ijuí: Unijuí, 2001. p.389.

Sempre será muito cedo, e, ao mesmo tempo, muito tarde, para aprender a própria existência de cada um, como um todo.

A finitude do ser delimita o tempo de sua existência, o que implica o fato de cada homem ser para a morte. O ser é essencialmente finito. O sentido da existência passa a se confrontar com a possibilidade de não poder mais estar aí, sendo a vida uma constante incompletude que chegará ao fim.

É a partir dessa ideia que Vattimo irá esclarecer que a morte como fato biológico não representa, todavia, o cumprimento da totalidade do *Da-sein*: concebê-la assim significaria pensar o estar-aí como simples presença.⁴⁸³ O *Da-sein* estaria cumprido quando a todos os seus outros modos de ser viesse acrescentar-se também o *estar morto*. Porém, o morrer não é um fato que se acrescenta a outros e que complete a constituição do *Da-sein*, já que, quando está morto, o estar-aí, longe de ser um todo, já não existe.

Assim, novamente o tempo se apresenta como o verdadeiro sentido do discurso do estar-aí. Por isso, Heidegger define o ser do estar-aí como cuidado (*Sorge*). O próprio sentido do cuidado é a temporalidade, pois, só enquanto determinado pela temporalidade é que o *Da-sein* torna possível também esse autêntico poder-ser-um-todo. A temporalidade revela-se como o sentido da preocupação autêntica. Por isso, o estar-aí está constituído na temporalidade.

Mas, então, o que leva a nomear em conjunto *tempo e ser*? É que o ser enquanto presença é determinado pelo tempo. Por tal razão é que Heidegger desenvolve suas ideias a partir da temporalidade e da historicidade, já que busca o sentido do ser na direção do tempo, transcendendo os limites da metafísica e buscando uma nova interpretação do ser. Nas estruturas da finitude e da temporalidade do ser-aí, procura-se desvelar o horizonte em que se manifesta o sentido do ser. O *Da-sein* é temporal, no sentido de ser e estar no tempo.

E, aqui, novamente se volta à questão da linguagem. Quando o homem se dá conta da própria existência e da capacidade de utilizar a linguagem, ela já existe, por isso que não há um grau zero. A linguagem é a manifestação da temporalidade, por isso que o ser é tempo, porque ela constitui o mundo do homem. O homem é

⁴⁸³ VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Rio de Janeiro: Edições 70, 1987. p.49. O autor esclarece que a morte do estar-aí não pode conceber-se apenas como um fato ainda não presente, mas que brevemente o estará. É necessário ver em que termos ela pode pensar-se como uma possibilidade existencial, isto é, como um elemento que constitui, não acidentalmente, o ser do *Da-sein*. A morte é insuperável, da qual o *Da-sein* não pode escapar. A morte é a possibilidade da impossibilidade de qualquer outra possibilidade, a impossibilidade do *estar-aí*.

aquilo que a linguagem permite. Portanto, se o sentido está na linguagem é ela que mostra a nossa finitude, onde a vida é história e o próprio ser de desvela no horizonte dessa temporalidade.

De todo este percurso, resta claro que, compreendido o sentido da existência, o intérprete parte para a atualização do texto do direito de família, embarcando na tradição, na fusão de horizontes, no círculo hermenêutico, podendo dar um novo significado ao texto da norma familiar. Como alude Welter, não há como compreender um texto de direito de família imerso no mundo subjetivo do intérprete, e sim assentado nos arraiais da compreensão histórica da compreensão histórica da tradição, pois a filosofia explica e justifica a realidade como um todo, um universal, um entorno hermenêutico, em que o ser humano faz parte dessa realidade histórica como um todo, não podendo ser imparcial “comentando o espetáculo, pois ele é parte do espetáculo da vida”.⁴⁸⁴

Trata-se de uma superação do paradigma do senso comum dos juristas, no sentido de que o Direito de família deve ser compreendido através do mergulho do intérprete-aplicador na tradição, há história deste ramo, procurando compreendê-lo dentro de sua vasta gama evolutiva.

Assim, percebe-se que os legados históricos influenciaram a elaboração das diretrizes da família republicana brasileira, patriarcal e de vínculo indissolúvel, como se aludiu no primeiro capítulo. No entanto, dessa visão mais preconceituosa, emergiu a necessidade de o intérprete compreender a tradição histórica que significou a ruptura da família patriarcal para a família democrática, como um modo de ser-no-mundo ontológico, afastando-se o conceito dogmático de família (família como instituição, como um contrato), desvelando o mundo da linguagem, da vida, da realidade.

Há, na verdade, uma mudança na agenda existencial das pessoas, dentro desse mundo líquido em que se vive, para parafrasear Bauman. Aliás, é ele que refere que relacionamento é o assunto mais quente do momento, e, aparentemente, o único jogo que vale a pena, apesar de seus óbvios riscos.⁴⁸⁵ De acordo com o sociólogo, hoje em dia as atenções humanas tendem a se concentrar nas

⁴⁸⁴ WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.157.

⁴⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 9. Bauman aduz que não admira que os relacionamentos estejam entre os principais motores do atual “boom do aconselhamento”. A complexidade é densa, persistente e difícil demais para ser desfeita ou destrinchada sem auxílio.

satisfações que se espera obter nas relações, porque, de alguma forma, estas não têm sido consideradas plena e verdadeiramente satisfatórias.

Diferentemente de relações, parentescos, parcerias e noções similares, as quais Bauman considera que, ao mesmo tempo em que ressaltam um engajamento mútuo, omitem a sua falta de compromisso, uma rede serve de matriz tanto para conectar quanto para desconectar. A palavra *rede* sugere momentos nos quais se está em contato, intercalados por períodos de movimentação a esmo. É nela em que as conexões são estabelecidas e cortadas por escolha.

É neste contexto das relações em rede e da possibilidade de rompimento das tais conexões, que Bauman afirma que as relações virtuais parecem feitas sob medida para o líquido cenário da vida moderna, em que se espera e se deseja que as possibilidades românticas surjam e desapareçam numa velocidade crescente e em volume cada vez maior, “aniquilando-se mutuamente e tentando impor aos gritos a promessa de ser a mais satisfatória e a mais completa”.⁴⁸⁶ Ao contrário de relacionamentos reais, o sociólogo entende que é fácil entrar e sair dos relacionamentos virtuais, pois, em comparação com a *coisa autêntica*, pesada, lenta e confusa, eles parecem limpos e fáceis de usar e manusear.

Novamente, se pode trazer Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim, quando refletem os efeitos dos impactos biotecnológicos na própria constituição da afetividade dentro das relações e o próprio sentido de *amor distante* ou *amor à distância*, que passa a impregnar as relações entre as pessoas. Neste sentido:

Qual é o significado de termos como "pai", "mãe" e "família" no caso de uma criança que é concebida como encomenda no laboratório, usando "biomaterial" derivado de pessoas estrangeiras que vivem "em outro lugar", em uma terra distante? Quem tem quais direitos e obrigações aqui? A quem a criança pertence? Que mãe se supõe produzir amor maternal? Onde é que o amor se torna seu oposto, transformando-se em um conflito de interesses?⁴⁸⁷

Ademais, os autores prosseguem:

⁴⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 12.

⁴⁸⁷ What is the meaning of terms such as "father", "mother", and "family" in the case of a child who is conceived to order in the lab, using "biomaterial" derived from alien people who live "somewhere else", in a distant land? Who has what rights and obligations here? To whom does the child belong? Which mother is supposed to produce motherly love? Where does love become its opposite, turning into a conflict of interests? (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). BECK, Ulrich. BECK-GERSHEIM, Elisabeth. **Distant love**: personal life in the global age. Translated by Rodney Livingstone. Cambridge: Polity Press, 2011. p.158.

A nossa resposta é que o amor e a família perdem o seu laço que o prendia a um único lugar e, passa a procurar a sua sorte na diversidade do mundo. Isto dá origem a um amor distante, que é de inicialização geográfica e cultural. Ou aqui ou ali, ou nós ou eles - todas essas alternativas desaparecem do horizonte do amor. Poucas linhas divisórias absolutamente insuperáveis permanecem: não a cor de sua pele, sua nacionalidade ou religião, ou até mesmo as distâncias que separam os países e continentes. Pelo contrário, é o outro geograficamente distante que contém os atraentes de novas possibilidades de amor. O amor brotou novas asas.⁴⁸⁸

Portanto, considerando a visão ontológica que a temática perpassa, há que se compreender que o *Da-sein* se projeta no seu próprio existir e a hermenêutica se apresenta como o caminho pelo qual se acessa o viver fático de cada momento, realizando-se o ser-no-mundo, já que o ser não existe sem o ente, como já referido outrora. Assim, como explica Engelmann, o modo de ser de cada *Da-sein* se projeta em seu existir, com características peculiares. Cada ser vai de encontro ao seu *Da-sein* e com ele realiza o viver fático em cada uma de suas circunstâncias, nas quais ambos estão imersos. A faticidade se apresenta como o caráter ontológico do *Da-sein* assumido na existência. Quando se diz que o caráter ontológico aparece reprimido no *Da-sein* significa apontar para o próprio esquecimento do ser.⁴⁸⁹

A transformação que se observa na constituição das famílias envolve a transformação da intimidade que é sugerida por Giddens, quando explica que, no século XVIII, verificou-se a expansão de um chamado amor romântico, o qual tendia à dominância dos homens sobre as mulheres, e que foi substituído, com a fragmentação deste por um amor confluyente, ativo e contingente, contrariando as qualidades da eternidade e singularidade do amor romântico.⁴⁹⁰ Hoje, as pessoas cada vez mais buscam o ideal de um relacionamento puro, no qual os casais se

⁴⁸⁸ Our reply is that love and family lose their tie to a single place and instead seek their fortune in the diversity of the world. This gives rise to a distant love that is boot geographical and cultural. Either here or there, either us or them - both these alternatives disappear from the horizon of love. Few absolutely insuperable dividing lines remain: not the colour of one's skin, one's nationality or religion, or even the distances separating countries and continents. On the contrary, it is the geographically distant other that contains the alluring new possibilities of love. Love has sprouted new wings (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). BECK, Ulrich. BECK-GERSHEIM, Elisabeth. **Distant love: personal life in the global age.** Translated by Rodney Livingstone. Cambridge: Polity Press, 2011. p.166-167.

⁴⁸⁹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 217.

⁴⁹⁰ GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** 6. ed. Tradução: Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Penso, 2012. p. 271.

mantêm porque assim decidem. O amor se baseia na intimidade emocional que gera confiança.⁴⁹¹

Todas as questões postas em tela evidenciam que há a necessidade de um profundo olhar sobre a ideia de afetividade e comportamentos afetivos, na perspectiva crítica adotada por Streck, quando afirma, em linhas gerais, que, em nome da afetividade, tudo é possível. O Código Civil diante de um pamprincípio se desfaz:

Com efeito, venho denunciando de há muito um fenômeno que tomou conta da operacionalidade do direito. Trata-se do pan-principiologismo, verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade. Há milhares de dissertações de mestrado e teses de doutorado sustentando que “princípios são normas”. Pois bem. Se isso é verdadeiro – e, especialmente a partir de Habermas e Dworkin, pode-se dizer que sim, isso é correto – qual é o sentido normativo, por exemplo, do “princípio” (sic) da confiança no juiz da causa? Ou do princípio “da cooperação processual”? Ou “da afetividade”? E o que dizer dos “princípios” da “proibição do atalhamento constitucional”, da “pacificação e reconciliação nacional”, da “rotatividade”, do “deduzido e do dedutível”, da “proibição do desvio de poder constituinte”, da “parcelaridade”, da “verticalização das coligações partidárias”, da “possibilidade de anulamento” e o “subprincípio da promoção pessoal”? Já não basta a bolha especulativa dos princípios, espécie de *subprime* do direito, agora começa a fábrica de derivados e derivativos. Tem também o famoso “princípio da felicidade” [...]⁴⁹²

Destarte, o intérprete não estabelece um sentido para o Direito das Famílias dissociado da história, mas compreende a partir das possibilidades dadas pela tradição, pelo tempo, não havendo um grau zero, novamente, para se utilizar da ideia de Streck e a questão da inexistência do grau zero na linguagem. É apenas pelos conceitos prévios que o intérprete poderá acessar as coisas como elas são, desvelando o mundo humano, e, sobretudo, desvelando o Direito (ontológico-afetivo) de família.

⁴⁹¹ Segundo Giddens, alguns críticos argumentam que a instabilidade do relacionamento puro, que foi pensado como um relacionamento entre adultos contrasta com as complexidades familiares que também envolvem filhos e negligencia as experiências diferentes que homens e mulheres tendem a ter quando o relacionamento (heterossexual) acaba. Por concentrar-se em relacionamentos entre adultos, segundo observam os críticos, a ideia de um relacionamento puro reflete a marginalização dos filhos e da infância no pensamento sociológico. Talvez a tese do relacionamento puro não dedique suficiente atenção às questões de tempo e espaço necessárias para a sua construção. Por exemplo, esses relacionamentos ainda podem envolver a construção de um lar e cuidar de filhos, que podem ser vistos como projetos conjuntos práticos que também contribuem significativamente para a manutenção dos relacionamentos íntimos. GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Tradução: Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Penso, 2012. p. 272.

⁴⁹² STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. IN: **Conjur. Senso Incomum**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 06 jan. 2017.

Deste desvelamento, surge um *ser-no-mundo* virtualizado, fruto do engendramento social em rede, oriundo das tecnologias de informação. As novas tecnologias da informação integram o mundo em redes globais de instrumentalidade e a comunicação mediada por computadores gera uma enorme gama de comunidades virtuais.⁴⁹³ Assim, os atores sociais se reconhecem, afirmando-se em um novo tipo de identidade, a virtual, e buscam na rede a defesa de sua personalidade e de seus objetivos, em que a rede e o ser não se tornam mais conceitos e possibilidades distantes, por mais paradoxal que isto possa parecer.

Como refere Manuel Castells, embora aumentem a capacidade humana de organização e integração, os sistemas de informação e a formação de redes subvertem o conceito de um sujeito independente. Nas suas palavras, “a mudança histórica das tecnologias mecânicas para as tecnologias de informação ajuda a subverter as noções de soberania e autossuficiência que serviam de âncora ideológica à identidade individual [...]”.⁴⁹⁴ A tecnologia, portanto, desfaz a visão do mundo que se tinha no passado. O *family by design* passa a representar, portanto, uma nova dimensão da própria individualidade. Se outrora solitário, o *ser-no-mundo virtual* se conecta, existe, partilha uma identidade e conecta-se para modelar ou remodelar um projeto de parentalidade que não mais subordina o indivíduo à família, criando uma identidade parental fora de modelos culturalmente estabelecidos. Emerge um ser, ao meso tempo individual e coletivo, desconectado de tradições e conectado a inúmeras possibilidades relacionais. Ao mesmo tempo em que a *rede* fragmenta ela consolida opções até então impensáveis, a de ser família sem estar em família. A família biotecnológica passa a ser a família da distância.

Quando houve o *boom* de bate-papo no final de 1990 e início de 2000, um novo fenômeno foi gerado. Primeiramente, foi considerado algo exótico, mas, em seguida, tornou-se mais comum e é agora cotidiano. Na década de 1990, chamou a atenção a possibilidade de duas pessoas experimentarem sentimentos profundos, como o amor e desejo, comunicando-se através de textos curtos. No caso de amor pela internet, o que antes era extraordinário começou a ser cada vez mais comum: o amor a distância entre as pessoas comunicadas *on-line*, desconhecidas. Naqueles anos, era difícil compreender que uma pessoa poderia se apaixonar por outra, sem

⁴⁹³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 77.

⁴⁹⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 78.

nunca ter visto ou sem nunca ter tido pelo menos uma vez uma mínima proximidade física. Após muitos anos de existência deste chamado amor *on-line*, há vários sinais de que o espaço virtual, em que as pessoas constroem um relacionamento, e que à primeira vista poderia parecer uma fantasia, tem a sua base na realidade.⁴⁹⁵

A família normatizada abre espaço para uma família sem espaço ainda determinado pelos Códigos e doutrinas. A construção de uma família nuclear representou nada mais do que um *dever-ser* já superado pelas experiências familiares e individuais que se colocaram pelo desenvolvimento científico. As famílias biotecnológicas passam a procurar pelo seu espaço dentro de um sistema normativo, ainda que de sua análise preliminar permaneça a necessidade de buscar a sua categorização ou como um contrato familiar ou um efetivo e inovador modelo de família.

4.2 Do *Da-sein* ao *Design*: os acordos de co-parentalidade como sintetizadores das mudanças do projeto parental a partir do desvelamento das famílias biotecnológicas enquanto uma nova categoria de família

A importância da inovação não atinge somente o campo da tecnologia, de sorte que as inovações tecnológicas produzem significativas inovações sociais, modificando estilos de vida, valores, reconfigurando soluções de problemas e promovendo uma nova estrutura para o desenvolvimento de padrões e atitudes. Ao mesmo tempo em que a inovação tecnológica é perceptível por toda a parte, a inovação social deve ser adaptada levando em conta características sociais, regionais, locais, étnicas, tradições, valores e estruturas já estabelecidas, desenvolvendo um novo caminho para a implantação das inovações tecnológicas.

⁴⁹⁵ Cuando se produjo el boom del chat a finales de la década de 1990 y comienzos de 2000, se generó un fenómeno nuevo: el amor por internet. Primero fue algo exótico, luego se volvió algo más común y ahora es casi cotidiano. En la década de 1990 a muchos nos llamó la atención que fuera posible que dos personas experimentaran sentimientos tan profundos, como son el amor y el deseo, comunicándose mediante textos breves. En el caso del amor por internet, lo que antes era extraordinario comenzó a ser cada vez más frecuente: amor a la distancia entre personas que se comunicaban por internet y que no se conocían previamente. En aquellos años era difícil entender que una persona se enamorara de otra sin haberla visto jamás y sin siquiera haber tenido por lo menos una vez, una mínima proximidad física. Luego de muchos años de existencia del llamado amor por internet, hay múltiples muestras de que ese espacio virtual donde los enamorados construyen una relación, y que a primera vista parece casi de fantasía, tiene sus bases en la realidad. PACHECO, Carlos. **Tecno**: el impacto de la revolución tecnológica en la vida cotidiana. Montevideo: Fin de siglo, 2016. p. 45 (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

De acordo com Wolfgang Hoffmann-Riem, as inovações são consideradas melhorias significativas e sustentáveis, as quais contribuem para a gestão de problemas novos ou já conhecidos. Assim, “a ciência jurídica tem relutado em explorar sistematicamente o papel do Direito na prevenção, controle e acompanhamento das inovações, contentando-se em separar o conteúdo do que é justo ou injusto, ou em indicar as condições que fazem uma decisão judicial ser legítima”.⁴⁹⁶ Os processos de inovação demonstram, então, que as premissas tradicionais do Direito já não devem mais servir como base de solução para os novos problemas, justamente pelos riscos do desconhecimento e pelas incertezas ocasionadas pelas inovações tecnológicas.

Ainda assim, é essencial que o Direito leve em conta tal incerteza para que um novo processo de aprendizagem oriundo da inovação seja possível, auxiliando no processo de tomada de decisões e reescrevendo um caminho para a utilização dos instrumentos jurídicos e das fontes do Direito em que “o espírito humano é inquieto e aventureiro e está sempre em busca de algo novo, desafiador, colocando em risco muitas vezes a própria sobrevivência na face do Planeta Terra”.⁴⁹⁷ É neste fascínio criativo que o *family by design* se insere ao colocar a possibilidade da criação de um filho virtualmente antes de sua concepção. Ocorre que a partícula *design* representa muito mais do que se falar em um novo projeto de família. O *design* enquanto uma ciência traz a representatividade de um desejo, de um produto almejado, o que permite questionar se o filho concebido neste novo modelo relacional é, na verdade, o produto final de um desejo, o objeto de um contrato ou a realização de um novo modelo de projeto parental.

Para tanto, é preciso investigar o próprio conceito de *design* e como ele se torna elemento fundamental na tentativa de enquadramento deste novo modelo de relação. Segundo Ken Friedman, a maioria das definições de design compartilham

⁴⁹⁶ HOFFMANN-RIEN, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. IN: MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. COELHO, Alexandre Zavaglia P. (orgs.). **Direito, inovação e tecnologia**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 12. Para o autor, urge aclarar qual o papel que o Direito desempenha ou pode desempenhar na solução de problemas sociais. Também envolve a questão se, e em que extensão, o Direito exerce influência sobre a produção de inovações e como o Direito deve ser concebido para que conduza as inovações para uma direção socialmente desejável. Quem se ocupa com a perspectiva jurídica, pergunta-se como o Direito pode contribuir para a produção de efeitos desejáveis, e, se possível, evitar os indesejáveis.

⁴⁹⁷ ENGELMANN, Wilson. O direito de ‘ser informado’ sobre as possibilidades e os riscos relacionados às nanotecnologias: o papel do engajamento público no delineamento de um (novo?) direito/dever fundamental. IN: MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. COELHO, Alexandre Zavaglia P. (orgs.). **Direito, inovação e tecnologia**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 348.

três atributos. Primeiro, a palavra design refere-se a um processo. Em segundo lugar, o processo é orientado por metas. Terceiro, o objetivo do design é resolver problemas, atender às necessidades, melhorar situações, ou criar algo novo ou útil.⁴⁹⁸

Cada domínio requer uma ampla gama de habilidades, conhecimento e consciência. O design, neste sentido, é todo o processo e uma gama de domínios necessários para qualquer resultado. O campo organizado em torno do projeto pode ser visto como uma profissão ou uma disciplina. O campo do design abarca muitas vezes uma gama ambígua de campos e áreas de investigação cognatos, relacionados. O fundamento da teoria do design baseia-se no fato de que o design é, por natureza, uma disciplina interdisciplinar e integrativa.

A natureza do design como uma disciplina integrativa coloca-o na interseção de vários grandes campos. Numa dimensão, o design é um campo de pensamento e pesquisa pura. Em outro, é um campo de prática e pesquisa aplicada. Ainda, quando os aplicativos são usados para resolver problemas específicos, em um ambiente específico, é um campo de pesquisa clínica. Um modelo do campo de projeto representa seis domínios gerais. Estes domínios são (1) ciências naturais, (2) humanidades e artes liberais, (3) sociais e ciências comportamentais, (4) profissões e serviços humanos, (5) criação e artes aplicadas, e (6) tecnologia e engenharia. O design pode envolver alguns ou todos esses domínios, em diferentes aspectos e proporções. Estas dependem da natureza do projeto em questão ou do problema a resolvido.⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ Most definitions of design share three attributes. First, the word design refers to a process. Second, the process is goal-oriented. Third, The goal of design is solving problems, meeting needs, improving situations, or creating something new or useful. FRIEDMAN, Ken. Theory construction in design research: criteria: approaches, and methods. IN: **Design Studies**. v. 24. n. 6. Elsevier: November, 2003. p. 507-8. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

⁴⁹⁹ A taxonomy of design knowledge domains, describes the frames within which a designer must act. Each domain requires a broad range of skills, knowledge, and awareness. Design is the entire process across the full range of domains required for any given outcome. The field organized around design can be seen as a profession, a discipline, and a field. The profession of design involves the professional practice of design. The discipline of design involves inquiry into the plural domains of design. The field of design embraces the profession, the discipline, and a shifting and often ambiguous range of related cognate fields and areas of inquiry. Theorizing involves the discipline. The foundation of design theory rests on the fact that design is by nature an interdisciplinary, integrative discipline. The nature of design as an integrative discipline places it at the intersection of several large fields. In one dimension, design is a field of thinking and pure research. In another, it is a field of practice and applied research. When applications are used to solve specific problems in a specific setting, it is a field of clinical research. One model of the design field represents six general domains. These domains are (1) natural sciences, (2) humanities and liberal arts, (3) social and behavioral sciences, (4) human professions and services, (5) creative and applied arts, and (6) technology and engineering. Design may involve any or all of these domains, in differing aspects and proportions.

É no ambiente complexo de hoje que um *designer* deve identificar problemas, selecionar objetivos apropriados e propor soluções. Além disso, o *designer* é um crítico, cuja análise pós-solução deve considerar se o problema foi corretamente desenvolvido. Cada uma destas tarefas pode envolver problemas de pesquisa, pois o designer é um pensador cujo trabalho é passar do pensamento para a ação, utilizando as capacidades da mente para resolver problemas para os seus clientes, de forma apropriada e empática. Nos casos em que o cliente não é o usuário final do trabalho do designer, ele também pode trabalhar para satisfazer as necessidades, testando os resultados do projeto e soluções.

A prática de *design* está inevitavelmente localizada em uma situação específica, dentro do entendimento dos princípios gerais baseados na pesquisa e em um estoque de conhecimento que inclui princípios, fatos e teorias. Desenvolver uma base abrangente através da prática leva muitos anos. Em contraste, uma base sólida de conhecimento de um projeto e tradições de pesquisa amplas, dá a cada profissional o acesso aos resultados de sua pesquisa. A pesquisa do *designer* é a busca metódica do conhecimento, abordando novos problemas ou verificações já existentes. A pesquisa rigorosa é a marca da ciência, da tecnologia e dos ramos das ciências humanas, que também acontece no *design*.⁵⁰⁰

These depend on the nature of the project at hand or the problem to be solved. With this as a background, we are prepared to examine how—and why—theory construction is important to design, the design process, the field of design, the discipline, and the profession. FRIEDMAN, Ken. Theory construction in design research: criteria: approaches, and methods. IN: **Design Studies**. v. 24. n. 6. Elsevier: November, 2003. p. 507-8. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

⁵⁰⁰ In today's complex environment, a designer must identify problems, select appropriate goals, and realize solutions. Because so much design work takes place in teams, a senior designer may also be expected to assemble and lead a team to develop and implement solutions. Designers work on several levels. The designer is an analyst who discovers problems or Who works with a problem in the light of a brief. The designer is a synthesist who helps to solve problems and a generalist who understands the range of talents that must be engaged to realize solutions. The designer is a leader who organizes teams when one range of talents is not enough. Moreover, the designer is a critic whose post-solution analysis considers whether the right problem has been solved. Each of these tasks may involve working with research questions. All of them involve interpreting or applying some aspect or element that research discloses. Because a designer is a thinker whose job it is to move from thought to action, the designer uses capacities of mind to solve problems for clients in an appropriate and empathic way. In cases where the client is not the customer or end-user of the designer's work, the designer may also work to meet customer needs, testing design outcomes and following through on solutions. This provides the first benefit of research training for the professional designer. Design practice is inevitably located in a specific, clinical situation. A broad understanding of general principles based on research gives the practicing designer a background stock of knowledge on which to draw. This stock of knowledge includes principles, facts, and theories. No single individual can master this comprehensive background stock of knowledge. Rather, this constitutes the knowledge of the field. This knowledge is embodied in the minds and working practices of millions of people. These people, their minds, and their practices, are distributed in the social and organizational memory of tens of thousands of organizations. Developing a comprehensive background through

Como refere Gilles Lipovetsky e Jean Serroy, “o design se difunde na concepção dos produtos e da comunicação, passa a fazer parte dos costumes do novo capitalismo artista, aparecendo como um instrumento fundamental de inovação e de sucesso comercial”.⁵⁰¹ Neste sentido, novos objetos de consumo transformaram os hábitos de vida das pessoas, penetrando em quase todos os meios “com poderosos efeitos de individualização das práticas, das aspirações e até dos costumes”.⁵⁰² Este desenvolvimento acarretou uma ascensão de práticas de consumo, do lazer e do modo de vida em geral, com ampla participação do design, promovendo a chamada “sociedade do desejo”⁵⁰³, que esteticiza o cotidiano, difundindo os valores da modernidade e do lazer, da juventude e liberdade, de fruição e consumo que estão na origem do novo individualismo, em que o design se constroi na rejeição à tradição, representando o ideal de emancipação moderna.

Para Gui Bonsiepe, o design se distanciou cada vez mais da ideia de solução inteligente de problemas e se aproximou do efêmero, do obsoletismo rápido, da glamourização do mundo dos objetos. Nas suas palavras, “o design se transformou em evento midiático, em espetáculo”.⁵⁰⁴ Enquanto as ciências enxergam o mundo sob a perspectiva da cognição, o *design* enxerga sob a perspectiva do projeto. No *family by design* pensa-se que o termo *design* não é apenas um símbolo, mas sim propositalmente colocado no sentido de que há os co-pais (*designers*) que utilizam

practice takes many years. In contrast, a solid foundation of design knowledge anchored in broad research traditions gives each practitioner the access to the cumulative results of many other minds and the overall experience of a far larger field. In addition to those who shape research at the clinical edge of practice, there are other forms of research that serve the field and other kinds of researchers develop them. Research is a way of asking questions. All forms of research ask questions, basic, applied, and clinical. The different forms and levels of research ask questions in different ways. Research asks questions in a systematic way. The systems vary by Field and purpose. There are many kinds of research: hermeneutic, naturalistic inquiry, statistical, analytical, mathematical, physical, historical, sociological, ethnographic, ethnological, biological, medical, chemical and many more. They draw on many methods and traditions. Each has its own foundations and values. All involve some form of systematic inquiry, and all involve a formal level of theorizing and inquiry beyond the specific research at hand. Research is the ‘methodical search for knowledge. Original research tackles new problems or checks previous findings. Rigorous research is the Mark of science, technology, and the ‘living’ branches of the humanities. FRIEDMAN, Ken. Theory construction in design research: criteria: approaches, and methods. IN: **Design Studies**. v. 24. n. 6. Elsevier: November, 2003. p.510-2 *passim*. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

⁵⁰¹ LIPOVETSKY, Gilles. SERROY, Jean. **A estetização do mundo**: viver na era do capitalismo artista. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 172.

⁵⁰² LIPOVETSKY, Gilles. SERROY, Jean. **A estetização do mundo**: viver na era do capitalismo artista. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 181.

⁵⁰³ LIPOVETSKY, Gilles. SERROY, Jean. **A estetização do mundo**: viver na era do capitalismo artista. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 181.

⁵⁰⁴ BONSIPE, Gui. **Design, cultura e sociedade**. São Paulo: Blucher, 2011. p. 18.

de um artefato⁵⁰⁵ (site, contrato) para a criação de um produto (criança), conforme escolhas rapidamente traduzidas por eles com o *site* (interface, opções de perfil). Neste ponto, a família deste ciberespaço se coloca como uma expressão do próprio design de interface e que possibilita a realização das emoções no discurso do design enquanto uma ciência, que se acopla estruturalmente, para se lembrar de Maturana e Varela já abordados nesta tese, com outros sistemas, como o Direito.

Gui Bonsiepe considera que o *design* de interface se trata de uma reconstrução ontológica, pois falta ao *design* conceitos fundamentais para um discurso rigoroso, diante da possibilidade de se captar diferentes modalidades da informática. Assim, a “interface permite acender ao potencial instrumental de artefatos materiais e comunicativos. Por isso, parece contraditório falar de ferramentas sem interface”.⁵⁰⁶ No ciberespaço a aparência se torna realidade, modificando a perspectiva comunicativa do *design*, em que a interface revela o caráter de ferramenta dos objetos e o conteúdo comunicativo das informações. Nas palavras do autor em análise, “a interface transforma objetos em produtos. A interface transforma sinais em informação interpretável. A interface transforma simples presença física em disponibilidade”.⁵⁰⁷

Assim, o *design* se assenta em sete colunas: (1) *design* é um domínio que pode se manifestar em qualquer área do conhecimento e práxis humana; (2) o *design* é orientado ao futuro; (3) o *design* está relacionado à inovação; (4) o *design* está ligado ao corpo e ao espaço, particularmente ao espaço visual, porém não se limitando a ele; (5) o *design* visa à ação efetiva; (6) o *design* está linguisticamente ancorado no campo dos juízos; (7) o *design* se orienta à interação entre usuário e artefato. O domínio do *design* é o domínio da interface.⁵⁰⁸ Ao explicar a teoria de Bonsiepe, Guilherme Mirage Umeda considera que:

Essa reflexão teleológica do projeto torna-se uma discussão particularmente relevante diante de um cenário de “expansão

⁵⁰⁵ Os artefatos são objetos para possibilitar ações efetivas, ao passo que a interface é o tema central do design, já que o design visa aos fenômenos de uso da funcionalidade de uso. No centro de seu interesse se encontra a eficiência sociocultural na vida cotidiana. BONSIPE, Gui. **Do material ao digital**. São Paulo: Blucher, 2015. p. 114.

⁵⁰⁶ BONSIPE, Gui. **Do material ao digital**. São Paulo: Blucher, 2015. p. 42.

⁵⁰⁷ BONSIPE, Gui. **Do material ao digital**. São Paulo: Blucher, 2015. p. 111.

⁵⁰⁸ Segundo Bonsiepe, o futuro é o espaço do design: o passado já passou, e, portanto, está excluído dos atos projetuais. O design somente é possível em um estado de confiança e esperança. Onde domina a resignação não há design. Design se refere a um tipo especial de ação inovadora, que cuida das preocupações de uma comunidade de usuários. Design sem componente inovador é, obviamente, uma contradição. BONSIPE, Gui. **Do material ao digital**. São Paulo: Blucher, 2015. p. 113.

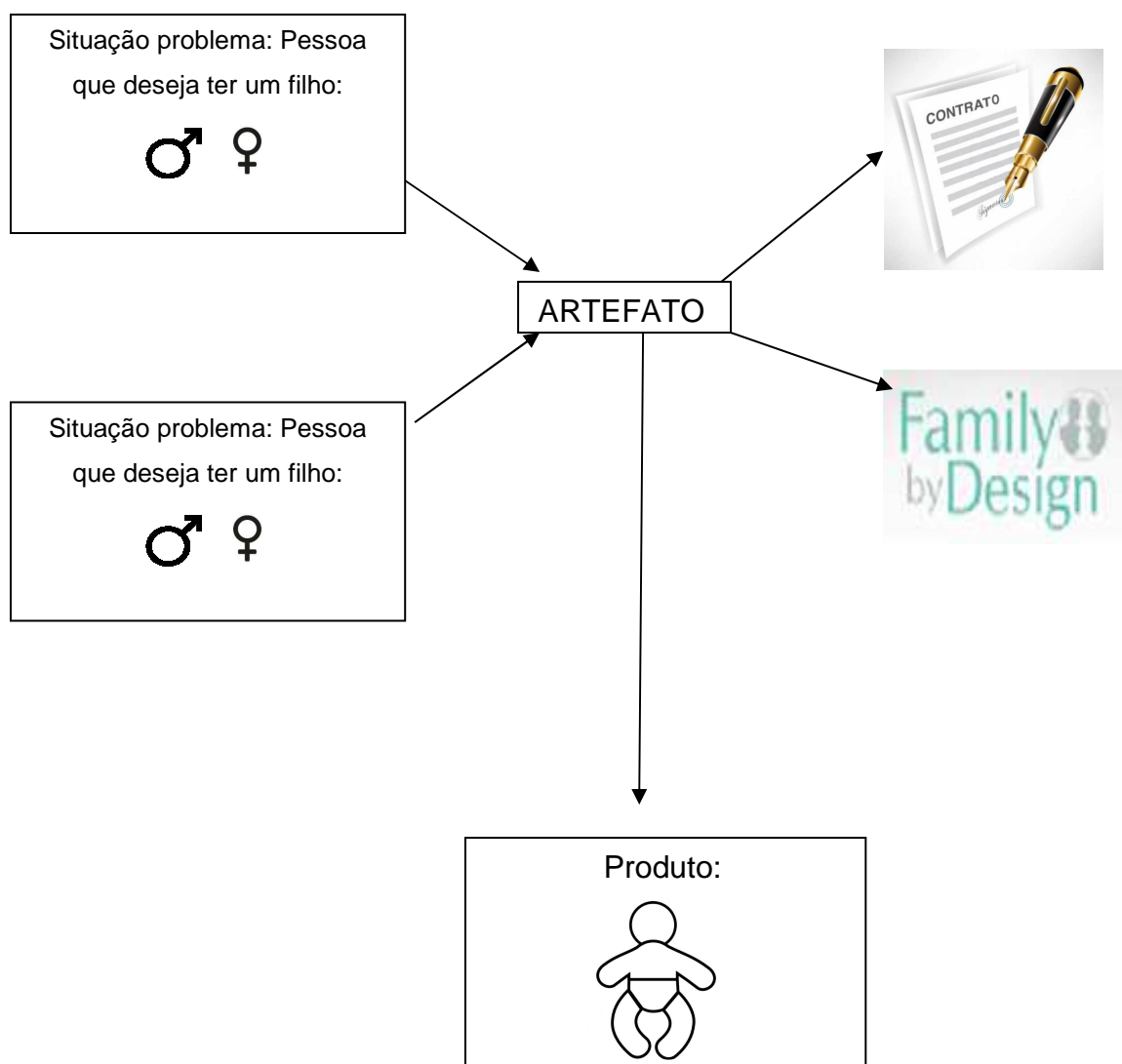
semântica horizontal” e “redução semântica vertical” do termo “design”. Bonsiepe aponta para um uso cada vez mais disseminado da palavra, em contextos por vezes discutíveis, como os “design products” – levando a crer que todos os outros produtos não envolvem design – ou os hoje populares “design de sobancelhas” e “cake design”. A disseminação da palavra “design” não é, per si, algo negativo. Pelo contrário, aponta para um lugar social destacado, um reconhecimento espreado da sua importância para o desenvolvimento econômico e para a vida cultural. Entretanto, esse esgarçamento lexical acaba por esvaziar o sentido do conceito. Isso porque a direção que a popularização do design tomou é unidimensional, reducionista. Sua orientação é, na maior parte das vezes, voltadas ao comercial, ao styling, ao efêmero, à sedução.

Bonsiepe não advoga um monopólio no uso do design pelos projetistas industriais ou os programadores visuais, argumentando, antes, a favor da extensão do pensamento projetual a campos muito diversos das ações humanas. Fica evidente sua compreensão do design mais orientado ao processo de identificação e solução de problemas do que ao produto final ao qual se chega por esse processo. Nesse sentido, aproxima-se da noção antropológica de projeto trabalhada por J-P. Boutinet (2002), reconhecendo o largo espectro ao qual a ideia de projeto pode ser aplicada. O design deixa, assim, de ser exclusivamente uma ferramenta mercadológica de sedução para ganhar potencial de desenvolvimento individual e social. Por conta dessas possibilidades construtivas do projeto, Bonsiepe parece sugerir uma espécie de “pedagogia do projeto”, uma convicção acerca dos benefícios que disciplinas do design podem trazer para uma formação geral. Ele considera o ensino das ciências (e aqui, entende ciências como as cargas curriculares focadas em conteúdos focados nos dados cognitivos) como algo muito mais desenvolvido do que o ensino do projeto, em parte pela maturidade da tradição acadêmica voltada à cognição, mas também pela desconfiança com que o design e sua origem artesanal têm “contra tudo o que é teórico” (BONSIEPE, 2011, p. 36). Uma aproximação entre as disciplinas científicas e as projetuais seria construtiva e desejável, uma vez que esses dois campos podem se beneficiar com a relação. Para Bonsiepe, o design já tem feito esse movimento, ao romper gradativamente a resistência ao trabalho intelectual e à fundamentação científica de suas práticas. Porém, ainda considera o movimento contrário, das ciências em direção ao design, como incipiente. Cabe perguntar, como refutação a essa noção do pensador, se a criatividade experimental mesmo das ciências mais duras – como a física e a química – não revelariam um pensamento projetual sofisticado por parte dos cientistas.⁵⁰⁹

Assim, se pode pensar na estruturação da família biotecnológica, cujo *design* é virtualizado, da seguinte forma:

⁵⁰⁹ UMEDA, Guilherme Mirage. Design como enfrentamento em Gui Bonsiepe. Disponível em: <http://notaalta.espm.br/fala-professor/design-como-enfrentamento-em-gui-bonsiepe/>. Acesso em: 06 jan. 2017.

ILUSTRAÇÃO 3 – Representação da Família Biotecnológica com base no conceito de *design*



Fonte: elaborada pelo autor

O produto no *design* é um conceito próprio, diferentemente de noções encontradas a partir de dicionários, por exemplo. Por tal razão, Klaus Krippendorff elucida que produtos, por definição do dicionário, são o que os produtores produzem. A palavra refere-se aos resultados finais de um processo de fabricação e design de produtos significa rendição aos critérios do fabricante, por exemplo, que podem ser produzidos a um preço inferior ao que podem ser obtidos no mercado, e pela extensão racional deste lucro, que têm utilidade para os seus usuários também. Essa lógica produtor-produto-lucro dominou a tomada de decisões durante a era industrial, uma era de recursos materiais e estruturas sociais hierárquicas,

conjuntamente estabelecidas com uma crença inabalável no progresso tecnológico. Os *designers* podiam, naturalmente, melhorar as especificações do produto dos produtores, porque eram estes que assumiam o risco financeiro das falhas. Assim, na Era Industrial, a ideia do *design* do produto veio a esconder o seu subtexto, a expansão dos mercados, a propagação dos ideais tecnológicos ocidentais a populações subdesenvolvidas e a recusa em assumir responsabilidades por consequências imprevistas. A aceitação dessa ideologia foi tomada como uma medida da modernidade.⁵¹⁰ Nesta, o que se pode seguramente definir é que o *family by design* possibilita um pretense arranjo familiar sem modelo. Não há interesse algum em definição, pois não se trata de uma família pautada na sexualidade do co-pai ou da co-mãe. De acordo com Darren Spedale, fundador da *family by design*, não existe uma fórmula definida. Segundo o criador da ferramenta virtual,

[...] as interações LGBT que eu vi incluem homens gays que encontram mulheres solteiras, homens gays que se associam com casais de lésbicas e casais gays que fazem parceria com casais de lésbicas. Quando você tem duas mães e dois pais, não há apenas muito amor para andar por aí, mas um monte de recursos disponíveis para a criança.⁵¹¹

O site *family by design* é dividido basicamente em três seções - "Aprender", "Encontrar" e "Compartilhar". A seção "Aprender" fornece informações detalhadas

⁵¹⁰ Products, by dictionary definition, are what producers produce. The word refers to the end results of a manufacturing process. Design products means surrendering to manufacturers criteria; for example, that they are producible at a price below what they can fetch on the market, and by the rational extension of this profit motive, that they have utility to their users as well. This producer-product-profit logic dominated decision-making during the industrial era, an era of scarce material resources and hierarchical social structures, coupled with an unwavering belief in technological progress, not to mention frequent wars and increasing poverty for large sections of the population. Designers could, of course, and good ones often did not stop at aesthetic considerations and improved on producers product specifications, but because it was the producers who assumed the financial risk of failures, it ultimately was the producers blameless when people got in trouble because they used their products in unintended ways. Thus, in the industrial era, the idea of product design came to hide its subtext, the expansion of markets, the propagation of Western technological ideals to undeveloped populations, and the refusal to take responsibilities for unintended consequences; the acceptance of this ideology was taken as a measure of modernity. Krippendorf, Klaus. **The semantic turn: a new foundation for design**. CRC Press, 2005. p.7. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

⁵¹¹ "There's no set formula," says Darren Spedale, founder of Family by Design, a site that helps prospective parents learn about parenting partnerships and helps them find their ideal co-parenting match. "It's really about finding the person who wants to be the complement to what you're looking for." "LGBT iterations I've seen include gay men who find single women, gay men who partner with lesbian couples and gay couples who partner with lesbian couple. When you have two moms and two dads, there's not only a lot of love to go around, but a lot of resources available for the child — having someone available to pick their kid up after school becomes that much easier." Thompson, A.D. **The Cost of Gay Fatherhood**. Disponível em: <https://gayswithkids.com/2015/09/17/the-cost-of-gay-fatherhood/>. Acesso em: 06 jan. 2017.

sobre as parcerias entre pais e fornece um guia passo a passo denominado de "co-parenting", para acompanhamento desde o início até o final do processo. A seção "Localizar" funciona de forma semelhante a um *site* de namoro, mas faz perguntas detalhadas sobre pensamentos pessoais e sobre a paternidade, para que potenciais parceiros de co-parentalidade possam encontrar uma correspondência altamente compatível. A seção "Compartilhar" é onde a comunidade compartilha - incluindo especialistas profissionais e co-pais bem sucedidos - que respondem às perguntas dos usuários do site e também inclui fóruns onde os co-pais podem compartilhar as melhores práticas, perguntas, preocupações uns com os outros.

Ao que sempre pareceu, a família é um vínculo emotivo, em que as pessoas se unem a laços conjugais para a construção de um modelo que lhe proporcione uma realização pessoal. A família biotecnológica parece fugir um pouco desta noção que é bastante aceita pelo Direito das Famílias e que será, inclusive, melhor abordada na sequência. Primeiramente, porque já se pode diferenciar que o vínculo conjugal é diferente do vínculo parental, que é bastante peculiar ao *family by design*. É certo que a leitura do conceito de *design* ao apenas considerar uma situação problemática que gera um produto a partir de um artefato é muito reducionista se aplicado à noção de família. Ainda que a criança fosse tratada pelos co-pais como uma escolha (um produto), pensa-se que há um elemento emotivo que une esses co-pais na busca desta realização parental individualista. Aqui, é espaço, quiçá, para que se possa introduzir a ideia de que a partícula *design* a que se refere o *site family by design* é aquela vinculada ao chamado *design das emoções* ou *design emocional*.

Segundo Leandro Miletto Tonetto e Filipe Campelo Xavier da Costa, o *design emocional*, ao contrário do que o nome pode sugerir, "é uma das áreas do design mais facilmente caracterizáveis como científicas, na medida em que trabalha com teoria, método e resultados de pesquisa que permitem a elaboração de afirmações sobre a experiência"⁵¹². Assim, o que caracteriza esse caráter científico é a

⁵¹² MILETTO, Leandro Tonetto. COSTA, Filipe Campelo Xavier da. Design emocional: conceitos, abordagens e perspectivas de pesquisa. IN: **Strategic Design Research Journal**, 4(3): 132-140 September-December 2011. Interessante observar que para os autores, O casamento entre a Psicologia e o Design possibilitou, nesse cenário, o desenvolvimento de metodologias que servissem como base para a certificação de que as emoções que se desejava provocar poderiam, de fato, ser obtidas por meio de projetos. A área é fortemente baseada em pesquisa direta com os usuários, de modo que a única forma de certificação de que o projeto realmente atingiria seu êxito, com foco na emoção, é a aproximação do designer com o usuário e, portanto, com a atividade de pesquisa. Isso não significa que a única forma de se lidar com emoções em design seja através dessa perspectiva

sequência projeto/pesquisa, que permite ao *designer* a observação, na realidade, da efetividade da aplicação de suas teorias (de base psicológica) e de *insights*, aplicados em forma de projeto.

Deve-se considerar que a área do *design emocional* apresenta uma relação com questões estratégicas, na medida em que representa um grande avanço no sentido de melhor atender às necessidades e desejos do público-alvo de forma inovadora e competitiva, com foco no usuário. Não se trata de uma manipulação da emoção, criando conflitos éticos, mas sim na excelência de um produto e suas propriedades emocionais, no sentido de proporcionar ao usuário a experiência de consumo desejada quando de sua aquisição.⁵¹³ Eis, desta forma, que a partícula *design* da família biotecnológica se enquadra nas divisões de prazer que o conceito de *design emocional* trabalha, a saber: o prazer fisiológico, o prazer social, o prazer psicológico e o prazer ideológico.

Miletto e Campelo, ao adotarem a perspectiva cunhada por Jordan, conceituam cada um desses prazeres da seguinte forma: o prazer fisiológico está relacionado ao corpo e aos sentidos. Tato, olfato, audição, visão e gustação,

(psicologia-design-pesquisa). Perceba que se pode discutir a dimensão emocional de um projeto a partir de uma diversidade de teorias, abordagens, áreas de conhecimento e métodos. Quando se fala em design emocional, no entanto, há certo consenso no cenário internacional que a referência é o emprego de teorias específicas que provém do casamento anteriormente referido entre psicologia, design e pesquisa, assumindo que a emoção pode ser previsível e controlável, e que o projeto de design pode atuar na modelação das experiências emocionais desejadas pelas pessoas. Esse é o equívoco conceitual apontado no início do artigo: entender, ao deparar-se com a expressão “design emocional”, “dimensão emocional do design”, ao invés de “projetar com a intenção, métodos, teorias e técnicas específicas para despertar ou evitar emoções pretendidas”.

⁵¹³ De acordo com Leandro Tonetto Miletto e Filipe Campelo Xavier da Costa, A questão que permeou e que continua integrando a pesquisa na área de design emocional é justamente relacionada à forma com que se pode investigar essa associação emocional entre os seres humanos e o design de um produto. Os trabalhos de três autores são mais fortemente reconhecidos como marcos inspiracionais para a área (Demir et al., 2009), sendo eles Jordan (1999a), Desmet (2002) e Norman (2004). Jordan (1999a) investigou diferentes fontes de prazer relacionadas aos objetos. Propôs que elas podem ser fisiológicas (sensações corporais), psicológicas (ganhos relacionados ao ‘eu’), sociológicas (interação social) e ideológicas (estimulação sensorial). Desmet (2002), em adição, estudou a forma como a aparência de um produto pode evocar emoções. Utilizou, para tanto, a Appraisal Theory (Frijda, 1986; Lazarus, 1991), que propõe que as emoções são respostas automáticas do usuário em relação ao efeito de um produto sob seu bem-estar, conforme será mais bem detalhado em seção específica deste artigo. Norman (2004) também focou seus trabalhos na forma como as pessoas lidam e utilizam as informações e a influência desse processo nas emoções, identificando três níveis de processamento, sendo o primeiro o nível visceral (relacionado à percepção direta), o segundo o comportamental (envolvendo respostas aprendidas, mas automáticas, emitidas pelo usuário) e o terceiro o reflexivo (partindo de pensamento consciente). Propôs, a partir de seus estudos, que o Design poderia seguir três diferentes estratégias: design para aparência (ou design visceral), design para conforto/facilidade de uso (design comportamental) ou design para significado reflexivo (design reflexivo). MILETTO, Leandro Tonetto. COSTA, Filipe Campelo Xavier da. Design emocional: conceitos, abordagens e perspectivas de pesquisa. IN: **Strategic Design Research Journal**, 4(3): 132-140 September-December 2011.

incluindo o prazer sensual, são fontes de prazer fisiológico. O prazer social refere-se ao prazer derivado das relações com outras pessoas, incluindo o reconhecimento social, ou status. As relações são entendidas em um sentido amplo, incluindo qualquer tipo de interação humana. O prazer psicológico refere-se aos prazeres da mente, incluindo aqueles advindos de executar ou finalizar tarefas, assim como aqueles relacionados a estados particulares, como excitação ou relaxamento. Por fim, o prazer ideológico é aquele advindo de teorias, tais como livros, arte e música, sendo provenientes da combinação entre os valores da pessoa com os valores embutidos no produto. Este desdobramento inclui uma dimensão estética sobre o que é atrativo ou não bem como valores morais.⁵¹⁴

É a partir destes desdobramentos que se compreende que a partícula *design* que se utiliza no *site family by design* procura entender que o acordo de coparentalidade é a expressão dos prazeres oriundos dos desejos sociais e individuais das pessoas. No entanto, tal consideração não é tarefa fácil, pois acaba por questionar um dos pilares em que se assenta a interpretação do Direito das Famílias na Contemporaneidade, qual seja, a existência de um princípio jurídico da afetividade. A família biotecnológica coloca em xeque tal categoria jurídica, mormente porque a forma como a afetividade tem sido encarada pela jurisprudência no Brasil não leva em conta a família como um vínculo afetivo que se expressa em um desejo, em um prazer, em uma emoção, mas como um laço que serve para autorizar determinadas situações jurídicas em que o princípio mencionado serviria como um critério de colmatação de lacunas existentes neste ramo do Direito Civil.

A questão do chamado princípio da afetividade é um dos principais fundamentos que a jurisprudência tem utilizado para o reconhecimento de várias situações jurídicas que se colocam no âmbito do Direito das Famílias. Neste contexto, em pesquisa efetuada nos portais eletrônicos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, encontra-se o seguinte cenário de decisões em que o tema debatido se relaciona ao chamado princípio da afetividade. Ressalte-se que a pesquisa contempla as seguintes palavras-chave: “Direito de Família e afetividade” “Princípio da afetividade”, “Novas

⁵¹⁴ MILETTO, Leandro Tonetto. COSTA, Filipe Campelo Xavier da. Design emocional: conceitos, abordagens e perspectivas de pesquisa. IN: **Strategic Design Research Journal**, 4(3): 132-140 September-December 2011.

Famílias” e “Afetividade”, com o seguinte número total de decisões que se adequavam ao tema de pesquisa, até o ano de 2015.

TABELA 1 – Pesquisa de decisões da jurisprudência acerca da utilização da terminologia “afetividade”.

TJRS	Número de decisões	STJ	Número de decisões	STF	Número de decisões
Direito de Família e afetividade	88	Direito de Família e afetividade	8	Direito de Família e afetividade	0
Princípio da afetividade	6	Princípio da afetividade	3	Princípio da afetividade	0
Novas Famílias	43	Novas Famílias	0	Novas Famílias	0
Afetividade	0	Afetividade	0	Afetividade	2
Total de decisões encontradas: 150					

Fonte: elaborada pelo autor.

Analisando cada um dos julgados encontrados, verifica-se que os Tribunais tem-se utilizado da construção de uma noção jurídica para afetividade, a fim de analisar diferentes temas, como, o abandono afetivo, adoção, alimentos, guarda, entre tantos outros. Para fins de análise de dados, considerando que o número total de decisões localizadas encontra-se na tabela já apresentada, selecionou-se, para cada tema, uma ou mais decisões, com o intuito de demonstrar a aplicação do tema afetividade pelo respectivo Tribunal mencionado. Veja-se, por exemplo, no caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a adoção de um discurso sobre a afetividade, a partir da pesquisa com o seguinte critério: “Direito de Família e afetividade”:

TABELA 2 – Fundamentação utilizada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o critério “Direito de Família e afetividade”

Número da decisão	Natureza	Ano	Tema	Fundamentação
70020676631 ⁵¹⁵	Apelação	2007	Abandono Afetivo	É perfeitamente possível o filho buscar reparação pecuniária do pai por danos morais, em casos onde há a efetiva comprovação de que houve negativa de amparo afetivo, moral e psicológico de que toda criança necessita.
70029285277 ⁵¹⁶	Apelação	2009	Abandono Afetivo	Na esfera do Direito de Família, este Tribunal de Justiça tem entendido que somente em situações especialíssimas é possível condenar-se ao pagamento de indenização por danos morais e materiais em face do chamado abandono afetivo.
70036932333 ⁵¹⁷	Apelação	2013	Abandono Afetivo	O Direito de Família regula os relacionamentos com base no vínculo afetivo e não obrigacional. [...] Não se pode dar uma feição econômica, monetária, a dedicação e

⁵¹⁵ APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS. FALTA DE AMPARO AFETIVO E REJEIÇÃO PATERNA. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE. DESCONHECIMENTO DO PAI QUANTO À EXISTÊNCIA DA FILHA. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA APÓS O RECONHECIMENTO. A responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva, somente surgindo o dever de indenizar quando evidenciado o agir com dolo ou culpa, restando caracterizada a ilicitude da conduta, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido. Ausente um dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, qual seja, o ato ilícito, inexistente o dever de indenizar. Disponível em:

http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70020676631&num_processo=70020676631&codEmenta=2031314&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵¹⁶ APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ABANDONO AFETIVO NÃO DEMONSTRADO. LIAME PARENTAL DECLARAÇÃO EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. A reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, no âmbito do direito de família, é sabidamente de interpretação restritiva, pois que, visando a traduzir o afeto humano em valor monetário, é marcada por enorme subjetividade, e não se configura pelo simples fato de os pais não terem dedicado aos filhos o afeto que deles era de se esperar, mormente quando o vínculo de parentesco somente é conhecido tardiamente através de ação judicial onde se teve realizado exame de paternidade, o que é o caso dos autos. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. Disponível em:

http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70029285277&num_processo=70029285277&codEmenta=2986419&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵¹⁷ APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXCEPCIONALIDADE DE CADA CASO. IMPRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO CABAL DE ATO ILÍCITO. CASO CONCRETO EM QUE AUSENTE A DEMONSTRAÇÃO DE COMPORTAMENTO A ENSEJAR INDENIZAÇÃO. PRECEDENTES. A reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, no âmbito do direito de família, é sabidamente de interpretação restritiva, pois que, visando a traduzir o afeto humano em valor monetário, é marcada por enorme subjetividade. Não se configura ato passível de ser indenizado, pelo simples fato de se por fim a convivência, porquanto se verifica que tal fato decorre de condições atinentes à dissolução da vida em comum, por atos inerentes ao cotidiano. APELAÇÃO DESPROVIDA. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70036932333&num_processo=70036932333&codEmenta=5153801&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

				cuidados que um destina ao outro numa relação afetiva, na qual é natural a troca de qualquer manifestação no âmbito da afetividade.
70063526610 ⁵¹⁸	Apelação	2015	Abandono Afetivo	Importante o registro de que a responsabilidade civil é, em tese, possível de ser apurada no âmbito do Direito de Família, porque dispõe o art. 186 do CC/02
70023771090 ⁵¹⁹	Adoção	2008	Adoção	A observância do afeto que envolve as pessoas, atualmente, é de extrema relevância para o Direito, e impõe, quando existente, o reconhecimento da entidade familiar.
70028546406 ⁵²⁰	Apelação	2009	Adoção	Considerando que a verdade socioafetiva se sobrepõe sobre as demais verdades, a sentença entendeu por manter o registro de paternidade.
70032889644 ⁵²¹	Apelação	2010	Adoção	A maternidade e a paternidade

⁵¹⁸ APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO À FILHA. No Direito de Família, o dano moral é, em tese, cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração do ato ilícito. O distanciamento do varão em relação à filha, somente reconhecida mediante sentença, não constitui motivo para fundamentar a indenização por dano moral, sendo tal fato um acontecimento bastante recorrente, um fato da vida, apesar de lamentável. Embora seja plausível que a autora tenha sofrido pela ausência do pai, essa situação não pode ser atribuída ao genitor somente, a ponto de levar à obrigação de indenizar. Ademais, em que pese reprovável, a conduta do demandado não se enquadra no conceito jurídico de ato ilícito, que gera o dever de indenizar. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70063526610&num_processo=70063526610&codEmenta=6335801&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵¹⁹ APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ADOTANTES NÃO HABILITADOS. VIABILIDADE DA ADOÇÃO NO CASO CONCRETO. AFETIVIDADE. INTERESSE DO MENOR. Mesmo quando o adotante não integra a lista de habilitados para a adoção (art. 50, do ECA), existe a possibilidade jurídica da ação, especialmente quando o vínculo afetivo já esta consolidado. Nessas situações, excepcionais, deve haver flexibilização das normas legais e autorizada a manutenção da criança onde já se encontra. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70023771090&num_processo=70023771090&codEmenta=2351072&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵²⁰ APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ERRO. NÃO COMPROVAÇÃO. SOCIOAFETIVIDADE. PRESENÇA. Adequada a sentença que julgou improcedente a ação negatória de paternidade, porquanto não comprovado o alegado erro na manifestação de vontade que levou o apelante a efetuar o registro da paternidade, e porquanto demonstrado que entre as partes se formou uma relação de parentalidade socioafetiva. NEGARAM PROVIMENTO. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70028546406&num_processo=70028546406&codEmenta=3013652&temIntTeor=true. Acesso em: 29 de dezembro de 2017.

⁵²¹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE MATERNIDADE. AÇÃO ANULATÓRIA DO REGISTRO CIVIL. ADOÇÃO A BRASILEIRA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA. Ainda que intitulada de ação negatória de maternidade, cuja legitimidade ativa seria exclusiva da mãe (art. 1.608 do CC/02), se a ação intentada pelo próprio filho objetiva a declaração de inexistência de filiação e anulação do registro, o filho é parte legítima para intentar a ação. Preliminar rejeitada. ADOÇÃO À BRASILEIRA E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. Incontroversa a adoção à brasileira do autor pelos pais

				não podem ser vistas apenas sob o enfoque biológico, sendo muito relevante o aspecto socioafetivo da relação entretida por pais e filhos.
70044004398 ⁵²²	Agravo de Instrumento	2011	Adoção	Em primeiro lugar, entendo comprovada a relação de afetividade entre a adotante e as crianças.
70065388175 ⁵²³	Apelação	2015	Adoção com Multiparentalidade	Reconhecimento da multiparentalidade, afigurando-se a hipótese como um novo conceito, mas já concebido pelo Direito de Família
70057020083 ⁵²⁴	Apelação	2014	Alimentos	Não se pode desconhecer que

registrais, a exemplo da adoção legal, aquela é irrevogável. Existindo manifesta filiação socioafetiva por mais de três décadas entre autor e a ré (mãe registral), a pretensão de anulação não comporta acolhimento, nem mesmo diante de eventual rompimento de relações entre as partes – filho e mãe - cujos sentimentos em conflito, não têm o condão de desconstituir os vínculos de filiação entre eles. REJEITARAM A PRELIMINAR E DESPROVERAM A APELAÇÃO. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70032889644&num_processo=70032889644&codEmenta=3624995&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵²² AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADOÇÃO. ADOTANTE. PARENTE POR AFINIDADE. ESPOSA DO AVÔ PATERNO DOS ADOTANDOS. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO LEGAL. OBSERVÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. Comprovadas as condições favoráveis e, ausente impedimento legal em razão do parentesco por afinidade da agravante com as crianças, pretendente a adoção dos netos do seu marido, que já estão sob seus cuidados há dois anos, apresentando vínculo afetivo, justifica-se suficientemente a procedência da demanda, nos termos do § 3º do artigo 28, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Descabida a interpretação extensiva do disposto no artigo 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente, quando ponderado o princípio do melhor interesse da criança. Possibilidade do pedido de adoção pela parte autora. Decisão reformada. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70044004398&num_processo=70044004398&codEmenta=4419263&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵²³ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. PADRASTO E ENTEADO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ADOÇÃO COM A MANUTENÇÃO DO PAI BIOLÓGICO. MULTIPARENTALIDADE. Observada a hipótese da existência de dois vínculos paternos, caracterizada está a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade. DERAM PROVIMENTO AO APELO. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065388175&num_processo=70065388175&codEmenta=6476231&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵²⁴ ALIMENTOS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 3. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. 4. Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento havido entre pai e filho, que perpassam necessariamente as categorias do imanente e do transcendente e implicam indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina, da biologia e da psicologia. 5. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto

				afeto é conquista e reclama reciprocidade, não sendo possível compelir uma pessoa a amar outra. A convivência familiar somente é possível quando existe amor. E amor não pode ser imposto, nem entre os genitores, nem entre pais e filhos.
70051903466 ⁵²⁵	Embargos Infringentes	2012	Adoção Póstuma	A adoção é ato volitivo dos adotantes (embora não prescindida do consentimento da adotada quando relativamente incapaz ou maior) e, necessariamente, é ato do qual participa o Estado. De outra banda, destaco que inexistente o instituto da “adoção socioafetiva” e, menos ainda, da “adoção socioafetiva póstuma”. E, em hipótese alguma se pode cogitar de adoção quando não existe a expressa manifestação de vontade do adotante. Como se infere, revela-se juridicamente impossível, portanto, o pedido de adoção socioafetiva.
70025288010 ⁵²⁶	Apelação	2008	Poder Familiar	Para o exercício da paternidade,

por um quanto pelo outro. Recurso desprovido. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70057020083&num_processo=70057020083&codEmenta=5633138&temIntTeor=true. Acesso em 06 jan. 2017.

⁵²⁵ EMBARGOS INFRINGENTES. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE OU ADOÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA. NÃO É POSSÍVEL INVESTIGAR PATERNIDADE CONTRA QUEM NÃO DEU CAUSA À GERAÇÃO E NÃO É POSSÍVEL RECONHECER ADOÇÃO PÓSTUMA QUANDO AUSENTE A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO FALECIDO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Não é possível juridicamente investigar a paternidade contra quem não é o pai biológico, pois essa ação busca o reconhecimento forçado da paternidade, reclamando-se a responsabilidade jurídica de quem deu causa à geração. 2. Se inequivocamente inexistente o vínculo biológico, inexistente também a possibilidade jurídica de se reclamar o reconhecimento forçado da paternidade. 3. De outra banda, visto o mesmo fato sob o prisma de uma possível adoção póstuma, tenho que também há impossibilidade jurídica do pedido quando não existe inequívoca manifestação de vontade do adotante em relação à adoção. Inteligência do art. 42, §5º, da Lei nº 8.069/90. 4. É juridicamente impossível o pedido de transformação da mera guarda em relação jurídica de filiação ou de adoção socioafetiva, quando a pessoa apontada como adotante não deixou patente a vontade de adotar em momento algum, nem em testamento, nem em algum escrito, nem tomou quaisquer medidas tendentes ao estabelecimento do vínculo de filiação, ficando claro que o vínculo que existiu era apenas e tão-somente o de mera guarda, ainda que o de cujus possa ter dedicado aos autores os cuidados e atenções próprios de filhos. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70051903466&num_processo=70051903466&codEmenta=5077769&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵²⁶ APELAÇÃO CÍVEL. PERDA DO PODER FAMILIAR. PAIS QUE NÃO OSTENTAM CONDIÇÕES DE EXERCER A PATERNIDADE DE FORMA RESPONSÁVEL. Verificando-se que os pais não ostentam condições de proteger seus filhos, exercendo a paternidade de forma responsável, de modo a garantir às crianças um desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, a destituição do poder familiar é medida que se impõe. Recursos desprovidos. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70025288010&num_processo=70025288010&codEmenta=2618155&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

				outrossim, não basta a vontade simples e pura. É preciso, ainda, ter condições de fazê-lo de forma adequada, o que não restou evidenciado no presente caso.
70047346564 ⁵²⁷	Apelação	2012	União Estável	É na intenção de constituir família, entre outros requisitos legais, que se vai encontrar o elemento anímico que distingue a união estável de outras formas de relacionamento em que afetividade e intimidade estão presentes.
70048452643 ⁵²⁸	Apelação	2012	União Estável Homoafetiva	Com efeito, ali já estava clara a existência de lacuna do direito e a necessidade de sua colmatação com base constitucional nos princípios da não discriminação por sexo, igualdade e dignidade da pessoa. Como dito lá, tínhamos “o Direito”, tínhamos boa “Teoria” e tínhamos o “Poder”. Faltava apenas o exercício regular do juízo do Poder Judiciário para o

⁵²⁷ APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. SEGUNDO PERÍODO DE RELACIONAMENTO. AGRAVO RETIDO. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS APÓS ENCERRADA A INSTRUÇÃO. DIREITO AO CONTRADITÓRIO PRESERVADO. AGRAVO RETIDO. Se, em razão de paralisação nos serviços cartorários, foi permitido que a autora, com seus memoriais, apresentasse documentos (fotografias), igual direito toca ao demandado. Não houve qualquer lesão ao direito a autora, pois foi garantida sua ampla defesa e o princípio do contraditório, uma vez que teve vista dos documentos trazidos pelo varão, podendo manifestar a respeito. UNIÃO ESTÁVEL. Não se encontra nos autos prova segura de que a relação posterior ao fim da união estável foi pública, contínua e duradoura. A importância constitucional conferida às entidades familiares constituídas por uniões estáveis e suas relevantes seqüelas jurídicas exigem cautela e atenção nas decisões de ações desta natureza, só se reconhecendo a união estável em situações em que esteja palpitante na prova dos autos, nunca em situações dúbias, contraditórias, ou em que a prova se mostre dividida. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO. UNÂNIME. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70047346564&num_processo=70047346564&codEmenta=4693963&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵²⁸ APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO. CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA PARA REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. 1. Tendo em vista o julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, resta superada a compreensão de que se revela juridicamente impossível o reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo. 2. Considerando a ampliação do conceito de entidade familiar, não há como a omissão legislativa servir de fundamento a obstar a conversão da união estável homoafetiva em casamento, na medida em que o ordenamento constitucional confere à família a “especial proteção do Estado”, assegurando, assim, que a conversão em casamento deverá ser facilitada (art. 226, § 3º, CF/88). 3. Inexistindo no ordenamento jurídico vedação expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não há que se cogitar de vedação implícita, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo e livre planejamento familiar. Precedente do STJ. 4. Afirmada a possibilidade jurídica do pedido de conversão, imperiosa a desconstituição da sentença, a fim de permitir o regular processamento do feito. APELO PROVIDO. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70048452643&num_processo=70048452643&codEmenta=4924581&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

				deferimento da pretensão das partes
70038075032 ⁵²⁹	Apelação	2011	Visita avoenga	Expressivas posições na doutrina e jurisprudência têm reconhecido o direito de visitas dos avós aos netos, e reciprocamente, com vista a solidificar o vínculo afetivo e familiar que deve existir entre os mesmos, para a saudável formação da criança.

Fonte: elaborada pelo autor.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar diferentes casos, adotou os seguintes posicionamentos nas decisões encontradas ainda com o termo de pesquisa “Direito de Família e afetividade”:

TABELA 3 – Fundamentação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça com o critério “Direito de Família e afetividade”

Número da decisão	Natureza	Ano	Tema	Fundamentação
1159242 ⁵³⁰	Recurso Especial	2012	Abandono Afetivo	É possível a fixação de indenização por dano moral na

⁵²⁹ APELAÇÃO CÍVEL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO INTENTADO POR AVÓS PATERNOS. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA PARA PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. O direito de visita dos avós para com os netos é admitido por construção pretoriana e na doutrina, com vista ao fortalecimento das relações familiares e saudável constituição afeto-emocional da criança. Assim, descabe a extinção do feito, ab initio, diante da possibilidade jurídica do pedido, impondo ser desconstituída a sentença com vista ao prosseguimento da ação. APELAÇÃO PROVIDA. Disponível em:

http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70038075032&num_processo=70038075032&codEmenta=4044067&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵³⁰ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em: 06 jan. 2017.

				hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, exteriorizando-se o abandono em atos concretos como aquisição de propriedades, por simulação, em nome de outros filhos, falta de carinho, afeto, amor, apoio moral, falta de auxílio em despesas médicas, escolares, vestuário e reconhecimento da paternidade apenas na esfera judicial, após longa resistência do genitor, pois está caracterizada a omissão efetiva do pai.
945283 ⁵³¹	Recurso Especial	2009	Guarda Avoenga	O que deve balizar o conceito de família é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.
1000356 ⁵³²	Recurso Especial	2010	Maternidade	Inexiste meio de desfazer um ato

⁵³¹ DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA. 1. É sólido o entendimento segundo qual mesmo para fins de prequestionamento, a oposição de embargos de declaração não prescinde de demonstração da existência de uma das causas listadas no art. 535 do CPC, inócidentes, no caso. 2. No caso em exame, não se trata de pedido de guarda unicamente para fins previdenciários, que é repudiada pela jurisprudência. Ao reverso, o pedido de guarda visa à regularização de situação de fato consolidada desde o nascimento do infante (16.01.1991), situação essa qualificada pela assistência material e afetiva prestada pelos avós, como se pais fossem. Nesse passo, conforme delineado no acórdão recorrido, verifica-se uma convivência entre os autores e o menor perfeitamente apta a assegurar o seu bem estar físico e espiritual, não havendo, por outro lado, nenhum fato que sirva de empecilho ao seu pleno desenvolvimento psicológico e social. 3. Em casos como o dos autos, em que os avós pleiteiam a regularização de uma situação de fato, não se tratando de guarda previdenciária, o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança. Notadamente porque o art. 33 está localizado em seção intitulada Da Família Substituta, e, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo família, não se pode afirmar que, no caso dos autos, há, verdadeiramente, uma substituição familiar. 4. O que deve balizar o conceito de família é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700791294&dt_publicacao=28/09/2009. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵³² Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar. - A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido considerada a sua imutabilidade nesta via recursal, registrou filha recém-nascida de outrem como sua. - A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/16, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigador vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa a da existência da

			Socioafetiva	levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.
1381609 ⁵³³	Recurso Especial	2013	Uniões	É indubitável que a Constituição

socioafetividade, é que a lide deve ser solucionada. - Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar. - O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha. - Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto. - Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também parentescos de outra origem, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. - Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. - Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares. [...] Recurso especial não provido. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702526975&dt_publicacao=07/06/2010. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵³³ PROCESSO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NÃO DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. ALTERAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA Nº 283/STF. 1. É indubitável que a Constituição Federal reconhece juridicidade às uniões constituídas pelo vínculo da afetividade, dentre as quais incluem-se as relações homoafetivas cujos direitos e deveres relativos ao instituto devem ser observados desde que preenchidos os seus requisitos, quais sejam a estabilidade e a ostensibilidade, com intuito de constituição de família. 2. O tribunal de origem, a partir do conjunto fático-probatório dos autos, reputou ausentes os requisitos aptos à configuração da união estável no caso concreto, contexto que é insindicável nesta instância

			Homoafetivas	Federal reconhece juridicidade às uniões constituídas pelo vínculo da afetividade, dentre as quais incluem-se as relações homoafetivas cujos direitos e deveres relativos ao instituto devem ser observados desde que preenchidos os seus requisitos, quais sejam a estabilidade e a ostensibilidade, com intuito de constituição de família.
1157273 ⁵³⁴	Recurso Especial	2010	Paralelismo de Uniões Afetivas	As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos

superior ante o óbice Súmula nº 7/STJ. 3. A teor da Súmula nº 283/STF, aplicada por analogia, não se admite recurso especial quando a decisão recorrida assenta-se em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. 4. Recurso especial não provido. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300595999&dt_publicacao=13/02/2014. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵³⁴ Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades. - Sob a tônica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos. - A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. - A despeito do reconhecimento na dicção do acórdão recorrido da união estável entre o falecido e sua ex-mulher, em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado entre os ex-cônjuges a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente art. 1.724 do CC/02, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. - O dever de lealdade implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural. - Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade que integra o conceito de lealdade para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. - As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. - Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. - Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. Recurso especial provido. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901892230&dt_publicacao=07/06/2010. Acesso em: 06 jan. 2017.

				processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses.
--	--	--	--	--

Fonte: elaborada pelo autor.

Ademais, utilizando-se da terminologia “Princípio da Afetividade”, podem-se destacar os seguintes julgados provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

TABELA 4 – Fundamentação utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com o critério “Princípio da Afetividade”

Número da decisão	Natureza	Ano	Tema	Fundamentação
70065335655 ⁵³⁵	Apelação	2015	Adoção	O princípio da afetividade entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. Essa virada de rumo foi bem apreendida por Orlando Gomes: ‘O que há de novo é a tendência para fazer da <i>affectio a ratio</i> única do casamento’. Não somente do casamento, mas de todas as entidades familiares e das relações de filiação.
70061337846 ⁵³⁶	Apelação	2015	Alimentos	Além disso, a prevalência da

⁵³⁵ APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ADOÇÃO PÓSTUMA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADA NO CASO CONCRETO. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE POR PARTE DO FALECIDO. Comprovada, de maneira uníssona pelas declarações dos autos, a posse do estado de filho, aliada à existência de declaração do de cujus sobre a sua vontade de regularizar a situação do “filho de criação”, cumpre deferir o pedido de adoção. DERAM PROVIMENTO AO APELO. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065335655&num_processo=70065335655&codEmenta=6476230&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵³⁶ APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE ALIMENTOS. AFASTAMENTO DO DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR ESTABELECIDADA EM FAVOR DA FILHA ADOLESCENTE. PEDIDO DE REDUÇÃO. DESCABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Comprovado que a autora é filha do réu, cabível a fixação de alimentos provisórios, nos termos do art. 1.694 do CC, o que não se pode afastar sob o pálio da suposta existência de uma paternidade socioafetiva exercida pelo padrasto. 2. Não merece redução a verba alimentar fixada em favor da filha adolescente no patamar de dois salários mínimos, seja porque suas necessidades são presumidas e inerentes a sua faixa etária, seja porque não se desincumbiu o alimentante do ônus, que era seu, de

				paternidade socioafetiva sobre a biológica é prerrogativa da infante, significa dizer que esta poderia evocar tal o princípio da afetividade para si para fazer valer os direitos de personalidade, a alimentos, sucessórios e etc.
70064864432 ⁵³⁷	Agravo em Execução	2015	Convivência Familiar do Preso	Na medida do possível, assim, os Juízes das Varas de Execuções Penais e os administradores dos estabelecimentos prisionais devem atuar de forma a assegurar o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes, a fim de concretizar o princípio da afetividade. Estimular o vínculo de amor entre as apenadas e seus filhos é fundamental para o desenvolvimento saudável e pleno da criança, bem como facilita a ressocialização das presidiárias.

Fonte: elaborada pelo autor

Da mesma forma, utilizando-se da terminologia “Princípio da Afetividade”, destaca-se o seguinte julgado oriundo do Superior Tribunal de Justiça:

comprovar não ter condições para arcar com essa quantia. Conclusão n.º 37 do Centro de Estudos desta Corte de Justiça. 3. Os honorários advocatícios fixados na sentença devem ser mantidos, pois que observada a previsão do art. 20, § 3º, e do art. 21, ambos do CPC. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70061337846&num_processo=70061337846&codEmenta=6367706&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵³⁷ AGRAVO EM EXECUÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PRESÍDIO. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. Ainda que o direito de visita ao preso não seja absoluto, deve ser considerada a importância da convivência entre pais e filhos, a fim de concretizar o princípio da afetividade, seja para desenvolvimento da criança, bem como para facilitar a ressocialização da condenada. Embora a transferência ou a permanência de presos dependam da conveniência da Administração Pública, no caso, não há demonstrativos de que a medida adotada pelo Juízo singular seja imprescindível para manutenção da segurança no estabelecimento prisional. Assim, em juízo de ponderação, mais razoável a permanência da agravante na casa prisional em que cumpre pena, a fim de evitar obstaculização ao direito da infante de conviver com sua genitora, mormente a considerar que se trata de prisão cautelar. AGRAVO PROVIDO. POR MAIORIA. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70064864432&num_processo=70064864432&codEmenta=6358026&temIntTeor=true. Acesso em: 06 jan. 2017.

TABELA 5 – Fundamentação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça com o critério “Princípio da Afetividade”

Número da decisão	Natureza	Ano	Tema	Fundamentação
1328380 ⁵³⁸	Recurso Especial	2014	Declaração de	Em atenção às novas estruturas

⁵³⁸ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO POST MORTEM DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA, COM A MANUTENÇÃO, EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO, DA MÃE REGISTRAL. ALEGAÇÃO DE QUE A MÃE REGISTRAL E A APONTADA MÃE SOCIOAFETIVA PROCEDERAM, EM CONJUNTO, À DENOMINADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA" DA DEMANDANTE, QUANDO ESTA POSSUÍA APENAS DEZ MESES DE VIDA. 1. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. 2. CERCEAMENTO DE DEFESA. VERIFICAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, RECONHECENDO-SE, AO FINAL, NÃO RESTAR DEMONSTRADA A INTENÇÃO DA PRETENSA MÃE SOCIOAFETIVA DE "ADOTAR" A AUTORA. O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA REQUER A VONTADE CLARA E INEQUÍVOCA DA PRETENSA MÃE SOCIOAFETIVA, AO DESPENDER EXPRESSÕES DE AFETO, DE SER RECONHECIDA, VOLUNTARIAMENTE, COMO TAL, BEM COMO A CONFIGURAÇÃO DA DENOMINADA 'POSSE DE ESTADO DE FILHO', QUE, NATURALMENTE, DEVE APRESENTAR-SE DE FORMA SÓLIDA E DURADOURA. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA ANULAR A SENTENÇA, DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, A FIM DE VIABILIZAR A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. 1. A Corte de origem adentrou em todas as questões submetidas a sua análise, tendo apresentado fundamentação suficiente, segundo sua convicção. No ponto ora destacado, o Tribunal estadual deixou assente que, embora se afigure possível o reconhecimento do estado de filiação, estribada no estabelecimento de vínculo socioafetivo, inclusive em hipóteses em que os pais formem um casal homossexual, não restou demonstrado nos autos a intenção da pretensa mãe socioafetiva em, também, adotá-la, sendo certo, ainda, que a mãe registral e a suposta mãe socioafetiva não constituíram um casal homoafetivo, tanto que esta última, posteriormente, casou-se com o primeiro demandado. 2. A constituição da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai/mãe, ao despendar afeto, de ser reconhecido juridicamente como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convalidarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que depende o afeto, clara e inequívoca intenção de ser concebido como pai/mãe daquela criança. Tal comprovação, na hipótese dos autos, deve revestir-se de atenção especial, a considerar que a pretensa mãe socioafetiva já faleceu (trata-se, pois, de reconhecimento de filiação socioafetiva post mortem). 2.1. O Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação, bem identificou a importância do aspecto sob comento, qual seja, a verificação da intenção da pretensa mãe de se ver reconhecida juridicamente como tal. Não obstante, olvidando-se que a sentença havia sido prolatada em julgamento antecipado (sem a concessão, portanto, de oportunidade à parte demandante de demonstrar os fatos alegados, por meio das provas oportunamente requeridas), a Corte local manteve a improcedência da ação, justamente porque o referido requisito (em seus dizeres, "a intenção de adotar") não restou demonstrado nos autos. Tal proceder encerra, inequivocamente, cerceamento de defesa. 2.2. Efetivamente, o que se está em discussão, e pende de demonstração, é se houve ou não o estabelecimento de filiação socioafetiva entre a demandante e a apontada mãe socioafetiva, devendo-se perquirir, para tanto: i) a vontade clara e inequívoca da pretensa mãe socioafetiva, ao despendar expressões de afeto, de ser reconhecida, voluntariamente, como mãe da autora; ii) a configuração da denominada 'posse de estado de filho', que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura. Todavia, em remanescendo dúvidas quanto à verificação dos referidos requisitos (em especial do primeiro, apontado pelo Tribunal de origem), após concedida oportunidade à parte de demonstrar os fatos alegados, há que se afastar, peremptoriamente, a configuração da filiação socioafetiva. É de se ressaltar, inclusive, que a robustez da prova, na hipótese dos autos, há de ser ainda mais contundente, a considerar que o pretendido reconhecimento de filiação socioafetiva refere-se à pessoa já falecida. De todo modo, não se pode subtrair da parte a oportunidade de comprovar suas alegações. 2.3. Em atenção às novas estruturas familiares, baseadas no princípio da afetividade jurídica (a permitir, em última análise, a realização do indivíduo

			Maternidade e Petição de Herança	familiares, baseadas no princípio da afetividade jurídica (a permitir, em última análise, a realização do indivíduo como conseqüentário da dignidade da pessoa humana), a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social, não pode passar despercebida pelo direito.
--	--	--	----------------------------------	---

Fonte: elaborada pelo autor.

Na linha propositiva desta Tese, há que se destacar, por fim, duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal utilizando-se do critério da afetividade em casos que envolveram o reconhecimento da União Estável Homoafetiva e, recentemente, acerca da existência de paternidade socioafetiva que não exime de responsabilidade o pai biológico. Neste sentido, seguem os dados tabelados:

TABELA 6 – Fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal com o critério “Afetividade”

Número da decisão	Natureza	Ano	Tema	Fundamentação
4.277 ⁵³⁹ e 132	Ação Direta de	2012	Uniões Estáveis	Proibição de preconceito, à luz

como conseqüentário da dignidade da pessoa humana), a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social, não pode passar despercebida pelo direito. Desse modo, há que se conferir à parte o direito de produzir as provas destinadas a comprovar o estabelecimento das alegadas relações socioafetivas, que pressupõem, como assinalado, a observância dos requisitos acima referidos.³ Recurso especial provido, para anular a sentença, ante o reconhecimento de cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, de modo a viabilizar a instrução probatória, tal como requerido oportunamente pelas partes. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+1328380&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵³⁹ 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO 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

	Inconstitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental		Homoafetivas	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.
--	--	--	--------------	---

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. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 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. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. 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 lócus 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. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. [...] Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284%2E277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hpwbrxx>. Acesso em: 06 jan. 2017.

692.186 ⁵⁴⁰	Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo	2016	Prevalência da Paternidade Socioafetiva sobre a Biológica	O princípio da paternidade responsável impõe que, tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos pela legislação.
------------------------	--	------	---	---

Das informações tabeladas, percebe-se que o argumento⁵⁴¹ da afetividade de fato baliza as decisões tomadas na seara do Direito das Famílias. Esta análise documental⁵⁴² evidencia que há uma espécie de discurso comum na jurisprudência, que poderia permear a construção de um conceito-chave para a afetividade pelo Direito como sendo um princípio que tem como finalidade a realização do indivíduo como conseqüência da dignidade da pessoa humana dentro de uma estrutura familiar.

A pergunta, porém, é: existiria família sem o sentido de afetividade que a jurisprudência coloca ou, na verdade, o sentido da afetividade é diferente daquilo que o Direito incorporou ao seu discurso jurídico? Ilustrativamente, aplicando-se este questionamento ao desenvolvimento das famílias biotecnológicas, pode-se pensar na seguinte representação gráfica:

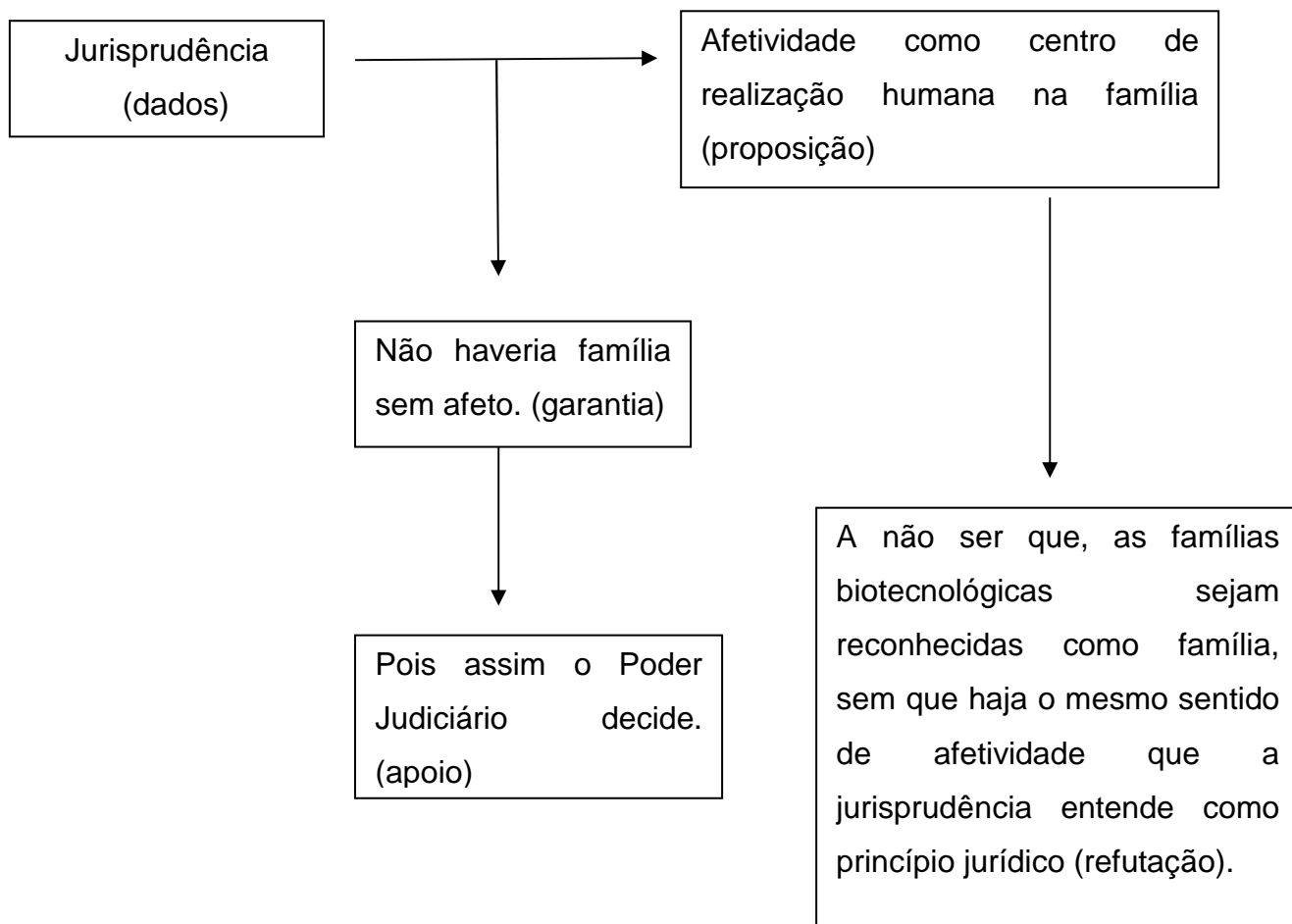
⁵⁴⁰ RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jn8slox>. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵⁴¹ Utiliza-se aqui a definição de argumento ou argumentação como a atividade verbal ou escrita que consiste em uma série de afirmações com o objetivo de justificar ou refutar determinada opinião e persuadir uma audiência. O objetivo da análise da argumentação é documentar a maneira como as afirmações são estruturadas dentro de um texto discursivo, e avaliar sua solidez. A análise normalmente se centra na interação entre duas ou mais pessoas que apresentam argumentos como parte de uma discussão ou debate ou sobre um texto dentro do qual a pessoa constrói um argumento. BAUER, Martin. W. GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. 13. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2015. p. 219.

⁵⁴² Por análise documental se compreende uma operação ou um conjunto de operações visando representar o conteúdo de um documento sob uma forma diferente da original, a fim de facilitar, num estado ulterior, a sua consulta e referência. Enquanto tratamento da informação contida nos documentos, a análise documental tem por objetivo dar forma conveniente e representar de outro modo essa informação, por intermédio de processos de transformação. O propósito a atingir é o armazenamento sob uma forma variável e a facilitação do acesso ao observador, de tal forma que se obtenha o máximo de informação (aspecto quantitativo), com o máximo de pertinência (aspecto qualitativo). BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2016. p. 51.

ILUSTRAÇÃO 3 – Estrutura do Argumento Afetividade



Fonte: elaborada pelo autor.

É na esteira do que a jurisprudência tem colocado como sentido jurídico da afetividade que se pode inferir que os Tribunais advogam uma tese de que a afetividade é princípio do Direito das Famílias brasileiro, que está implícito na norma jurídica, refletindo a sua centralidade nas relações familiares, e, portanto, deve ser sempre observado. No mesmo sentido, por exemplo, a definição de Rodrigo da Cunha Pereira, quando afirma:

Para que haja uma entidade familiar, é necessário um afeto especial ou, mais precisamente, um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental. Independente do embate entre velhas e novas concepções, assim caminha a família. [...] Em outras palavras, a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e princípio. Isto porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valoriza a linhagem masculina [...].⁵⁴³

⁵⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 179-190 *passim*.

Diferentemente de tal concepção, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal compreendem que o afeto é um valor de extrema importância para as famílias contemporâneas, mas sem incluí-lo como um princípio. Para os autores, a família do novo milênio protege todo e qualquer modelo de vivência afetiva, compreendida como uma estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade.⁵⁴⁴

No sentido expressado por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, é certo que o *ser* da família não encontra no afeto, mesmo na contemporaneidade, o seu único cimento, mas ele é um dos motivos mais relevantes de conformação estrutural das comunidades familiares, subsidiando uma nova configuração de um *dever-ser* da família, que apreende a relevância da afetividade, como um modo coerente de repersonalização destas relações.⁵⁴⁵ É na busca dos vínculos de afeto que se abrem novas possibilidades funcionais para a compreensão coexistencial da família, em um preceito que se denomina de família eudemonista, que reconhece a superação do sentido transpessoal desta para a dimensão em que a família se torna o lugar da busca pela felicidade e desenvolvimento pessoal.

Adota-se, porém, nesta Tese, a compreensão doutrinária de Gustavo Tepedino, que reconhece o afeto como um sentimento, mas cuja ausência jurídica de um conceito inviabiliza a construção de uma categoria jurídica principiológica da afetividade. Como refere o autor em análise, “nos escombros da desconstituição da família inexitem certamente amor e afeto – que, de resto, não se constituem em princípios jurídicos, e, por isso mesmo, carecem de força coercitiva.”⁵⁴⁶ O que se quer dizer, na verdade, é que o desenvolvimento do indivíduo em sociedade se dá pela manutenção do seu relacionamento com as pessoas por laços de afetividade, mas sem que isso demande um conteúdo jurídico a dizer que sem a presença deste elemento, não haveria como se reconhecer outros tipos familiares.

Para Ricardo Calderón, no entanto, muito mais do que procurar negar a possibilidade de utilização da afetividade como categoria jurídica, em face de sua subjetividade e relatividade, a doutrina e a jurisprudência devem contribuir para a construção sólida de seu subtrato jurídico. Partindo de tal premissa, o autor

⁵⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.10

⁵⁴⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): pensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.326.

⁵⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. Bases teóricas para o novo Direito de Família. IN: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.23. jul-set. 2005. p. IV.

compreende que, desta forma, as relações familiares afetivas restariam reconhecidas pelo Direito, que assumiria o caráter verdadeiramente principiológico da afetividade, afastando qualquer confusão entre o afeto como sentimento e o direito à afetividade jurídica.⁵⁴⁷ Disto resultaria, para Calderón, na criação de um dever jurídico de afetividade, que se concentra, em um aspecto objetivo, na averiguação da manifestação de atos e fatos que possam caracterizar sua presença, como a convivência, a proteção, o carinho, a comunhão de vida, entre outros.

A crítica que se faz, muito a partir dos argumentos apresentados pela jurisprudência, é que os Tribunais parecem aplicar a afetividade como um princípio apenas para que ela tenha uma consideração jurídica, mas sem estar fundamentado em um alicerce do Direito. Mais do que isso, o discurso adotado demonstra que vincular a família à existência da afetividade é colocar um sentido de dependência de um ao outro, quando família não é dependência, mas liberdade, autodeterminação, autonomia privada. O espaço da família, mais do que um espaço afetivo, deve ser um espaço em que a autodeterminação do indivíduo o legitime para que se reconheça como inserido em um contexto familiar afetivo. Aí sim ter-se-á um sentido jurídico que ratifique a própria ideia que o Direito Privado Contemporâneo dá ao indivíduo no sentido de tutelar as suas escolhas, inclusive biotecnológicas. A autonomia privada, neste contexto, se desvela como um interesse merecedor de tutela jurídica. Assim, chega-se no ponto nodal da discussão: a família biotecnológica é um exercício de autonomia privada contratual na contemporaneidade, em vista da celebração do contrato de co-parentalidade ou ela se sustenta como família, a partir do momento em que se pode compreender que o afeto não é um elemento jurídico vinculante para a consideração da liberdade de formas familiares, mormente frente ao desenvolvimento biotecnológico?

No primeiro aspecto, a consideração da família biotecnológica como uma forma contratual, já que sua conformação se dá a partir de um acordo co-parental,

⁵⁴⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 309. Para Calderón, a afetividade é um princípio que assume uma dupla face: a primeira, voltada para os que já possuem algum vínculo familiar estabelecido, reconhecido pelo sistema; já a segunda face é voltada para as pessoas que não possuem vínculo familiar reconhecida pelo Direito, em que a afetividade seria a face geradora do vínculo familiar, pela qual consubstanciará uma relação de parentalidade ou conjugalidade. Ou seja, para as pessoas que não possuam qualquer relação de parentalidade ou de conjugalidade estabelecida prevalecerá a face geradora de vínculo familiar do princípio da afetividade, pela qual se verificará se as relações fáticas subjacentes àquela relação são suficientes para caracterizar um liame jurídico, seja 'parental ou de qualquer relação conjugal.

implica, necessariamente, aplicar a revisão do instituto contratual pela matriz civil-constitucional adotada na Tese. Neste sentido, parte-se da premissa de Paulo Nalin, para quem o deslocamento do foco de interpretação do contrato do Código Civil para um sistema civil-constitucional é “que enquadra o homem no centro das atenções do ordenamento”.⁵⁴⁸ Para o autor não é o homem econômico que figura como vértice da Constituição, mais sim o homem existencial, que passa a ser o centro da atenção constitucional e cujo contrato deve levar em conta este fundamental aspecto. Afasta-se o caráter contratual puramente individualista, cedendo-se espaço á visão social do contrato. Como elucida Marcos Catalan, “quando o olhar se volta ao passado, avulta a impressão de que as codificações oitocentistas – e muitas das que as sucederam – foram concebidas a partir de uma racionalidade que buscava dar respostas para perguntas que não tinham sido feitas”.⁵⁴⁹

No mesmo sentido, refere Marcelo De Nardi que a pós-modernidade, desconstrutiva e reconstrutiva, exige respostas que não se limitem a ideais abstratos aos quais se devem referir os fenômenos, pois as soluções devem estar vinculadas á realidade, inserindo-se no sistema um elevado grau de incerteza e imprecisão. Nas palavras do autor, “o novo fenômeno revela a valorização da cooperação solidária como ponto determinante das relações contratuais, a superação do parâmetro indivíduo em favor do indicativo ‘negócio’ como amarra da teoria [...]”.⁵⁵⁰ Trata-se do aparecimento de um modelo de contrato em rede, sem rigidez no enquadramento dos fenômenos jurídicos. Ao intérprete caberá constatar que o fenômeno jurídico se enquadra em um espaço flexível e variável ao longo do tempo.

O contrato, hodiernamente, não se coloca apenas mais como um instrumento econômico regulador de interesses individuais. Funcionalizado, o instituto contratual passa a ser um mecanismo de contato social, possibilitador de situações existenciais. É com Enzo Roppo que se vislumbra a noção do contrato como contato social:

Por contacto social entende-se, aqui, o complexo de circunstâncias e comportamentos –valorados de modo socialmente típico – através dos quais se realizam, de facto, operações econômicas a transferências de riqueza entre os sujeitos, embora faltando,

⁵⁴⁸ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 243.

⁵⁴⁹ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013. p. 286.

⁵⁵⁰ DE NARDI, Marcelo. **Redes de contratos em perspectiva de interpretação sistêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 204.

aparentemente, uma formalização completa da troca num contrato, entendido como encontro entre uma declaração de vontade como valor de proposta e uma declaração de vontade conforme, com o valor de aceitação. [...] Pode-se dizer que o facto constitutivo, no qual aquelas relações contratuais têm origem, não é propriamente o contrato, mas o contacto social estabelecido entre as partes, ao qual a lei atribui valor de fonte de relação e das respectivas obrigações e responsabilidade.⁵⁵¹

No caso do contrato de co-parentalidade tem-se uma dificuldade em reduzi-lo à Teoria Geral dos Contratos, como se conhece no Direito Civil Brasileiro, porquanto o seu objeto, o filho, é um sujeito e não um bem ou até mesmo um bem existencial, porque não é este o conceito que se depreende do que a doutrina até hoje desenvolveu. Tanto é assim que, André Perin Schmidt Neto, ao explicitar o significado de bem existencial o vincula como algo básico para a sobrevivência digna do ser humano, como, por exemplo, um serviço público. Para o autor, “não se trata de vontade, mas de sobrevivência, conforme os direitos humanos mais básicos, valendo mencionar, ainda, a característica de monopólio do fornecimento de tais produtos ou serviços, quer pelo Estado, quer pelas concessionárias”.⁵⁵²

A família biotecnológica não é produto, é um *design* que se sustenta na vontade virtual dos co-pais de se realizar parentalmente, sem a necessidade de vincular-se afetivamente ao outro sujeito que aceita este contrato. Trata-se, tipicamente, de uma situação existencial, familiarista e não reduzida a um contrato, muito embora para quem desejasse uma visão dogmática enquadrando este arranjo familiar em um contrato, encontraria na figura do contrato atípico⁵⁵³ uma possibilidade a se aventar. Outrossim, seria possível a sua conformação na ideia de contrato existencial, novamente figurado por Paulo Nalin, segundo o qual, o contrato é, hoje, uma relação complexa solidária. Assim, o contrato existencial é “o contrato interprivado, a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os

⁵⁵¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 303-4.

⁵⁵² NETO, André Perin Schmidt. **Contratos na sociedade de consumo: vontade e confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 102.

⁵⁵³ De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, os contratos atípicos são aqueles que não contêm na lei um modelo típico de disciplina própria, mesmo que difundidos no tráfego jurídico. Pode ocorrer de um contrato estar consagrado na prática social, versado em doutrina e jurisprudência, mas ser legalmente atípico. Basta cogitarmos das figuras do *factoring*, da concessão de *know-how* e da utilização de cartões de crédito, legalmente atípicos, apesar de socialmente típicos. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. v. 4. Contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.369.

titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.⁵⁵⁴ A solidariedade passa a ser considerada um cânone do Direito, uma pauta aberta que supera a consideração do contrato como instrumento de circulação de bens. Na família biotecnológica, não há credor e não há devedor. Há uma ressignificação do sujeito que se considera como *ser-de-uma-família*, que virtualiza o amor para a busca de sua realização pessoal, motivado pelo anseio parental e não contratual. Assim, tem-se o afastamento da consideração da família biotecnológica como um modelo de recontratualização do Direito de Família, pois se trata da tutela de uma situação existencial para além do contrato de co-parentalidade, mas para a vida do ser que será concebido pelos co-pais, com base na liberdade que se afigura a eles e que deve ser tutelado juridicamente pelo Direito.

Nas palavras de Carlos Pacheco, “há muitos casos de amor verdadeiro nascidos em um bate-papo e que, em seguida, resultaram em um casamento e no nascimento de crianças. As famílias formadas são as mesmas que qualquer família tradicional”⁵⁵⁵ O ser humano está em família porque o ser humano é família. O ser humano é um ser afetivo que se reconhece ontologicamente dentro de uma família, independentemente da forma como ela é formada, fisicamente ou virtualmente. É na hermenêutica filosófica, novamente, que se compreende a conformação da família para além da simples consideração de um vínculo afetivo.

Neste contexto, é o sentido que Stefano Rodotà vislumbra na relação entre o Direito e o Amor, ao dissertar que “se o direito quer se aproximar de amor, deve abandonar não só a pretensão de aproveitá-lo, mas, também, tecnicamente, transformar-se em um discurso aberto, capaz de compreender e aceitar a contingência, a variabilidade e até mesmo irracionalidade”.⁵⁵⁶ Na experiência

⁵⁵⁴ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.253.

⁵⁵⁵ Hay muchos casos de amor verdadero que nacieron en un chat y que luego desembocaron en el matrimonio y en el nacimiento de hijos. Las familias formadas son iguales a cualquier familia tradicional. PACHECO, Carlos. **Tecno**: el impacto de la revolución tecnológica en la vida cotidiana. Montevideo: Fin de siglo, 2016. p. 45 (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

⁵⁵⁶ Dobbiamo concludere che l'amore, nella sua essenza, è allergico alle goffagini del diritto civile? O, più radicalmente, che, timoroso com'è degli incendi, il diritto ha confinato l'amore senza legge in uno stato d'eccezione. Dobbiamo allora convenire che, se il diritto vuole avvicinarsi all'amore, deve abbandonare non solo la pretesa d'impadronirsene. ma anche trasformare tecnicamente sé stesso in un discorso aperto, capace di cogliere e accettare contingenza, variabilità e persino irrazionalità. Soprattutto, di fronte alla vista, il diritto deve essere pronto a lasciare il posto a non diritto. RODOTÀ, Stefano. **Diritto d'amore**. Editora Laterza, 2015. p. 4-5. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

histórica, o Direito é fortemente apreendido pelo amor, e esta experiência deve ser considerada em toda a sua complexidade, nas variáveis que a acompanham.⁵⁵⁷

O Direito levantou-se como uma barreira, por vezes, inviolável, robusta, entre o amor e a vida. É difícil remover essas barreiras, mesmo em tempos que parecem ser os mais propícios para a renovação.⁵⁵⁸ A lei, como um trabalho consciente do homem, permanece na sua disponibilidade, e pode ser alterada. É uma ferramenta, mesmo antes de ser uma restrição. É a vontade da nação, acompanhada da explícita afirmação de liberdade.⁵⁵⁹ O amor não pode negar ao amor.⁵⁶⁰

Por tais afirmações, é que Rodotà compreenderá que a relação de amor é apresentada como um modelo social, marcado como inevitável por uma abertura para o outro. Exatamente o oposto de sua representação como resultado de individualismo extremo, porque o amor traz à dimensão social a constituição do momento do reconhecimento, retirando-se em causa a natureza absoluta de tudo o que é apresentado como uma autorreferência. O momento em que a pessoa se abre para o outro é quando confirma o seu exercício do direito de amor.⁵⁶¹

O pensamento de Rodotà vem, portanto, a calhar com a afirmação de que o ser humano se insere na família por ser um *ser afetivo*. A fenomenologia como ontologia, explica Wilson Engelmann, está preocupada em desvelar o ser, na medida do seu velamento.⁵⁶² Trata-se de desvelar o ser do ente, um legítimo caminho que se constroi para a apreensão da consciência de algo, constatando os dados que estão ao redor do homem, permitindo a percepção do seu ser.

⁵⁵⁷ Nell'esperienza storica, il diritto si è fortemente impadronito dell'amore, e questa esperienza deve essere considerata nella sua complessità, nelle variabili che l'hanno accompagnata. RODOTÀ, Stefano. **Diritto d'amore**. Editora Laterza, 2015. p. 7. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

⁵⁵⁸ Il diritto alzava una robusta talora inviolabile barriera tra amore e vita. Difficile rimuovere queste barriere anche in tempi che sembrano i più propizi al rinnovamento. RODOTÀ, Stefano. **Diritto d'amore**. Editora Laterza, 2015. p. 9. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

⁵⁵⁹ La legge, invece, come opera consapevole dell'uomo, rimane nella sua disponibilità, può essere modificata. È uno strumento, prima ancora che un vincolo. È la volontà della nazione, e ad essa s'accompagna un'affermazione esplicita di libertà. RODOTÀ, Stefano. **Diritto d'amore**. Editora Laterza, 2015. p. 19. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

⁵⁶⁰ L'amore non può negare all'amore. RODOTÀ, Stefano. **Diritto d'amore**. Editora Laterza, 2015. p. 48. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

⁵⁶¹ Il rapporto amoroso si presenta come un modello sociale, segnato com'è dalla ineliminabile apertura verso l'altro. Essatamente l'opposto di una sua rappresentazione come esito estremo dell'individualismo, perché l'amore introduce nella dimensione sociale il momento costitutivo del riconoscimento, revocando in dubbio l'assolutezza di tutto quel che si presenta come autoreferenzialità. Nel momento in cui esercito il mio personalissimo diritto d'amore riconfermo continuamente l'apertura verso l'altro. RODOTÀ, Stefano. **Diritto d'amore**. Editora Laterza, 2015. p.144. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor).

⁵⁶² ENGELMANN, Wilson. Direito natural, ética e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 106.

Desta forma, a racionalidade que impera na chamada pós-modernidade gera a chamada interpelação provocadora, asseguradora e calculadora, onde a produção é a grande regra mestra que deverá ser observada.⁵⁶³ Por tal razão, é que Wilson Engelmann compreende que esta situação acaba gerando a perda da essência humana, ou seja, a ameaça que o homem convive de perder a sua humanidade. A par disso, o homem é constantemente provocado a cultivar racionalmente o mundo ao qual pertence.

Este argumento corrobora a constatação de que as famílias biotecnológicas não devem ser vistas pela perspectiva contratualista. O indivíduo se dá conta da provocação virtual que a tecnologia faz acerca da forma sobre como a família manter-se-á no futuro, porque a família, não é uma verdade absoluta, é um existir no mundo, em que o Poder Judiciário deve agir muito mais do que apenas fundamentar suas decisões no princípio da afetividade, mas sim promover um choque hermenêutico entre a Lei e o Direito, juridicizando o texto do Direito das Famílias, para que elas estejam inseridas na linguagem do Direito. A afetividade que interessa ao Direito não é esta reduzida a um conceito de vínculo entre pessoas para realização da sua dignidade na família. A afetividade que interessa é aquela que permite ao ser humano a experiência de viver a família, produzindo um saber, um conhecimento, ou seja, um efetivo exercício da compreensão na complexidade social provocada pelo desenvolvimento biotecnológico, em que a relação familiar não se dá entre sujeitos e e objetos, mas passa de sujeito a sujeito.

4.3 Revolvendo o chão linguístico para a estruturação dos “canteiros da fraternidade” nas famílias biotecnológicas por meio do reexame da Teoria do Fato Jurídico desde o olhar pontesiano à necessária releitura dos seus conceitos clássicos pela matriz civil-constitucional: do suporte fático ao suporte constitucional como a reconstrução das pontes sobre *pontes*

Ao adotar-se o aporte da matriz civil-constitucional para o desenvolvimento da Tese pode-se perceber que o seu significado é muito além do que justificar a teoria a partir de um enquadramento de situações fáticas infraconstitucionais à interpretação constitucional. O Direito Civil-Constitucional é além disso, ele se ocupa de ser um

⁵⁶³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 115.

Direito Civil humanista, pluralista, democrático e social, voltado a dar a resposta constitucionalmente adequada aos enfrentamentos sociais da contemporaneidade. Neste contexto, bem cabem as palavras de Otávio Luiz Rodrigues Junior, quando afirma:

Diz-se que o novo Direito Civil, também denominado Direito Civil constitucionalizado, repersonalizado, despatrimonializado etc., voltou-se para princípios e valores por muito tempo esquecidos, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da função social do contrato, da função social da propriedade. É também sustentado que esse novo Direito Civil ocupou-se dos problemas da sociedade contemporânea, abrindo-se para as novas famílias, para a função social da propriedade e para a luta dos grupos excluídos. Seria esse o novo limiar de um Direito Civil humanista, pluralista, democrático e social. Adjetivos, discursos hiperbólicos e afirmações panfletárias não faltam para descrever esse Direito Civil pós-moderno. Muito bem. Mas, é imprescindível a realização de delimitações para se analisar toda essa enxurrada retórica em torno dessa nova visão do direito civil⁵⁶⁴

De toda sorte, não se pode olvidar que há uma perspectiva crítica que não pode justificar na matriz civil-constitucional a adoção de decisões e posicionamentos solipsistas, as quais esquecem que o Direito é um conceito interpretativo e que é emanado pelas instituições jurídicas, sem se confundir com a Moral. Tal posicionamento é adotado por Lenio Luiz Streck, quando compreende que o Direito encontra respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador.⁵⁶⁵ É dizer, há uma Constituição que deve ser respeitada e uma doutrina que leve o texto constitucional a sério.

⁵⁶⁴ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. IN: **O Direito**, Lisboa, vol. 143, p. 43-66, 2011.

⁵⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pamprincipiologismo a partir do caso das "famílias paralelas". IN: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 1/2014. p. 151 – 160. Out - Dez / 2014. De acordo com o autor, busca-se um conceito "ontológico-material de família" no "mundo dos fatos" a partir de pesquisas empíricas, sob alegação de não se estar sendo "solipsista"; aporta-se Dworkin para "innovar na história institucional" a despeito de texto de lei (desconsiderando que a nossa Constituição é analítica e nossa legislação, farta, radicando no Civil Law); mistura-se métodos de interpretação com críticas a "silogismos", mistura-se Gadamer com Alexy, faz-se elogios à "lógica-racional" e uma tentativa de instrumentalização da hermenêutica filosófica, como se esta fosse relativista. Há que se objetar contra esses cruzamentos fundacionais entre vários paradigmas, operados em favor do pamprincipiologismo. Outro argumento que deve ser rechaçado, constantemente utilizado contra todo aquele que prega a obediência aos limites semânticos dos textos jurídicos (leis e Constituição), é o de que estar-se-ia professando uma espécie de positivismo exegético (ou originalismo – sic). Algumas decisões nesse sentido recorrem à proibição de non liquet. Com efeito, não há aí "non liquet, mas improcedência (quando não, impossibilidade jurídica do pedido). As situações que dizem respeito aos relacionamentos concubináticos já estão regulamentados. Daí a existência de coisas acacias, como: se a união estável (que pode ser

Na sua finalidade de ordenar a conduta humana, a comunidade jurídica valora os fatos e através das normas jurídicas que adota, erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano.⁵⁶⁶ Destarte, a busca pela ressignificação da família diante do desenvolvimento biotecnológico merece ser analisada a do reexame do suporte fático da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda conjugada à metateoria do Direito Fraternal. Para Pontes de Miranda, a regra jurídica é a norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos, a certa ordem e previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida.⁵⁶⁷ Isso significa que há o fato de incidir, sempre que ocorre o que a regra jurídica prevê ou regula. O que é pela regra previsto e sobre o que ela incide denomina-se de suporte fático, tido, por Pontes de Miranda, como um dos conceitos da mais alta relevância para as investigações científicas.

O suporte fático é apontado por Pontes de Miranda da seguinte forma: “a regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida; há o fato de legislar, que é editar a regra jurídica; há o fato de incidir, sempre que ocorra o que ela prevê e regula.”⁵⁶⁸ A regra jurídica está no cerne da teoria pontesiana, prevendo os comportamentos humanos e os acontecimentos naturais que são relevantes para o Direito.

Assim, a previsibilidade existe em dois momentos: quando a regra pretende circunscrever os fatos jurídicos (no plano teórico) e, num segundo momento, quando ocorre a incidência, pois a previsão abstrata ganhou vida – com ou sem a intervenção da vontade humana. Desta forma, como refere Paolo Grossi, a previsão desse conteúdo pela norma é cada vez menos provável, pois “o Direito do Estado exige a escritura, deve se converter em texto: por ser autoritário, por se concretizar

equiparada ao casamento) exige a prova da ruptura, é exatamente isso que não existiu no caso concreto, porque a mancebia ocorreu durante quase duas décadas. Logo, não havia o requisito legal para se apropriar de qualquer herança, que é a união estável. O que impressiona, portanto, não é o fato, mas a sua simbologia. Quando o Judiciário se arvora como arauto da justiça e da correção legal pela via da facticidade, ele, em vez de avançar, está atrasando o progresso do direito. No final do século XIX é que se poderia justificar uma espécie de “socialismo processual” (Menger e Klein).

⁵⁶⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da Existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40.

⁵⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado. Parte geral**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Tomo I. p. 3.

⁵⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1983, tomo I. p. 3.

em um comando (com previsões precisas nas hipóteses de desobediência), por ser comando deve ser obedecido e o pode ser unicamente se é claro e certo.”⁵⁶⁹

É neste contexto que se insere a Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda, o qual produz o seguinte resultado: a incidência, dentro da mecânica descrita pelo autor, tem cada vez mais dificuldades. Para tanto, é preciso destacar que não se pretende a crítica por isso, mas reler, atualizar e adequar a proposta pontesiana, a fim de continuar sendo a estrutura jurídica que serve para compreender o fenômeno jurídico, a partir da premissa Gadameriana, “segundo o qual se tem de compreender cada época a partir de si própria e de não medi-la com o padrão de um presente estranho a ela.”⁵⁷⁰, compreendendo-se que a Teoria do Fato Jurídico está vinculada a determinado contexto histórico que lhe é subjacente.

No que se refere ao suporte fático, Pontes de Miranda entendia: “o que é por ela previsto e sobre o qual ela incide é o suporte fático, conceito da mais alta relevância para as exposições e as investigações científicas.”⁵⁷¹ A regra jurídica, destarte, prevê os fatos e quando eles ocorrem, da maneira como foram previamente caracterizados, ocorre a incidência. Assim, o suporte fático deverá estar previsto, descrito e caracterizado na regra. Se o fato da vida ou da natureza preencher estes pré-requisitos (suporte fático) a regra incide e produz os efeitos contemplados teórica e previamente.

É na compreensão das insuficiências e necessidade de releitura da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda que se deverá inscrever uma nova Teoria das Fontes do Direito. Embora ela tenha sido adequada ao período histórico onde surgiu, se mostra incapaz de dar conta dos novos direitos e deveres decorrentes dos avanços biotecnológicos na seara do Direito das Famílias.

Os elementos do suporte fático são os pressupostos do fato jurídico, de modo que o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte, ou seja, dos fatos jurídicos provém a

⁵⁶⁹ GROSSI, Paolo. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 80.

⁵⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, vol. I. p. 353, § 235.

⁵⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1983, tomo I. p. 3.

eficácia jurídica.⁵⁷² Todo fato é uma mudança no mundo. Os fatos que se passam no mundo jurídico, passam-se no mundo.

Justifica-se, pela teoria pontesiana, que os fatos no mundo ou interessam ao Direito ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos pela incidência das regras jurídicas, normas abstratas que encontram os fatos. A incidência das regras jurídicas se dá sobre todos os casos que elas podem atingir. Por isso, são de conteúdo determinado.

Nas palavras de Pontes de Miranda:

O suporte fático (*Tatbestand*) da regra jurídica, fato é, aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide pode ser da mais variada natureza: a) o nascimento do homem, b) o fato físico do mundo inorgânico, c) a doença, d) o ferimento, e) a entrada em terrenos, f) a passagem por um caminho, g) a goteira do telhado, h) a palavra do orador, i) os movimentos do pastor diante do altar, j) a colheita de frutos, k) a simples queda do fruto. É incalculável o número de fatos do mundo que a regra jurídica pode fazer entrarem no mundo jurídico – que o mesmo é dizer-se pode tornar fatos jurídicos.⁵⁷³

Em síntese, o fato jurídico é o suporte fático que o Direito reputou pertencer ao mundo jurídico. A entrada dele nesse mundo e não a sua permanência eficaz é que o pode definir. A questão é que para que se dê a incidência da regra jurídica, é preciso que o suporte fático existe. Se esse suporte fático não for suficiente ou haverá outra regra que atenda a essa insuficiência, ou não, e aí a regra jurídica deixa de incidir.

Os contornos relativos à família biotecnológica revelam a necessidade da revisão da estrutura do “suporte fático” e da Teoria das Fontes do Direito, por meio do “diálogo entre as Fontes do Direito”⁵⁷⁴. No caso da Teoria do Fato Jurídico de

⁵⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado. Parte geral**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Tomo I. p.4.

⁵⁷³ Pontes de MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado. Parte geral**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Tomo I. p.19.

⁵⁷⁴ Utiliza-se aqui a expressão diálogo, no sentido de ser o “diálogo entre (todas) as Fontes do Direito” diferentemente do “diálogo das Fontes” lecionado por Cláudia Lima Marques. Para tanto, consultar: MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes. IN: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2009. p. 89-102. Ainda, como define Cláudia Lima Marques no sentido de que diálogo das fontes é uma expressão simbólica de um novo paradigma de coordenação e coerência restaurada de um sistema legal, sistema hoje de fontes plúrimas, com diversos campos de aplicação, a criar, na era pós-descodificação, uma grande complexidade no antes simples fato-ou ato- de o aplicador da lei escolher entre as fontes (em aparente conflito) a lei ou leis a serem aplicadas ao caso concreto. MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo das fontes como método na nova teoria geral do direito: um tributo a Eerik Jayme. IN: MARQUES, Cláudia Lima (org). **Diálogo das**

Pontes de Miranda, a expressão “regra jurídica” tem um traço marcante: a intenção de subordinar, ou seja de subsumir os fatos à norma jurídica, ordenando-os. É preciso reger, subordinar, com o intuito de controlar, de prever. No entanto, o grau de previsibilidade resultante dos processos de inovação tecnológica é cada vez menor e a possibilidade desse controle da subordinação dos fatos tendo em vista a proteção dos bens da vida atua com graus crescentes de imprevisibilidade. Tanto é assim que as categorias encontradas em Pontes de Miranda representam os próprios dogmas da Escola Histórica alemã, formalista, conceitualista, que sustentaram a “jurisprudência dos conceitos” ou “Pandectística”, como a teoria da subsunção, o dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico e a interpretação “objetivista”.⁵⁷⁵

A relação entre “regra jurídica” e “suporte fático” exsurtem de uma característica peculiar e típica do positivismo jurídico: a vinculação da regra jurídica à lei, conforme se observa das próprias passagens de Pontes de Miranda⁵⁷⁶: (a) “há o fato de legislar, que é editar a regra jurídica”; (b) “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os, ‘jurídicos’”; (c) “só excepcionalmente a lei cogita de um só caso, sem que esse caso seja, sozinho, a sua classe. A generalidade não é, pois, essencial à lei; é exigência que, através da evolução humana, se vem fazendo à lei: a regra jurídica há de ser igual para todos os fatos da mesma classe”; (d) “à lei é essencial colorir fatos, tornando-os fatos do mundo jurídico e determinando-lhes os efeitos”; (e) “a regra jurídica lá está, despregado o cordão umbilical ao órgão legislativo, se o houve; se o não houve, o mecanismo foi mais rudimentar: fatos passados realizavam a norma, ao mesmo tempo em que ela os regia (costume)”; (f) “a eficácia da regra jurídica, que é a de incidir, eficácia ‘legal’ (da lei), eficácia nomológica (= da regra jurídica); e a eficácia jurídica, mera irradiação de efeitos dos fatos jurídicos”; (g) “todo efeito tem de ser efeito após a incidência e o conceito de incidência exige lei e fato. Toda eficácia jurídica é eficácia jurídica é eficácia de fato jurídico; portanto da lei e do fato, e não

fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.27.

⁵⁷⁵ HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 185 *et seq.*

⁵⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, tomo I. p. 3-22.

da lei *ou* fato”; (h) “o que caracteriza a regra jurídica, como lei, é a incidência. O fato, em si mesmo, não surte eficácia; é preciso que a lei incida sobre ele, que o faça jurídico”.

A leitura destes trechos permite inferir que existe uma aproximação entre Hans Kelsen, na sua caracterização do positivismo jurídico⁵⁷⁷, e Pontes de Miranda, na estruturação da Teoria do Fato Jurídico, pois “existe uma relação de causalidade entre regra jurídica e suporte fático com o nascimento do fato jurídico e das relações jurídicas.”⁵⁷⁸ É nesta parte, que Pontes de Miranda se aproxima de Hans Kelsen, quando compreende que “[...] o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. [...]”⁵⁷⁹

A exata relação de causa e efeito é necessária à incidência da regra jurídica sobre o suporte fático previamente definido pela própria norma. Esse núcleo de “certeza”, porém, não se coaduna com a “era das incertezas”, que se caracteriza por uma “crise generalizada da razão prática”, motivada pelo progresso científico, que cria novos valores, engendrando novas e acesas controvérsias jurídicas. Gera-se uma contradição no momento em que “[...] a acumulação de tão profundos conhecimentos sobre o mundo não aumentou a sabedoria do mundo, da pessoa em relação a si própria, aos demais, à natureza.”⁵⁸⁰ O paradigma da certeza é substituído, a partir do Século XX, pela incerteza, imprevisibilidade e insegurança. Estas características deverão ser absorvidas pelo Direito, transformando os pressupostos até então aceitos e praticados pelo Direito.

Nisso reside a principal problemática da pesquisa. A pretensa família desenhada pela relação virtual é um fato social. A esse fato, haverá um instrumento jurídico que o regule: o acordo de co-parentalidade. Logo, torna-se um fato jurídico.

⁵⁷⁷ ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do Direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. IN: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz e ROCHA, Leonel Severo (Orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, n. 7, p. 289-308.

⁵⁷⁸ SARMENTO, George. Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. IN: DIDIER JR., Fredie e EHRHARDT JR., Marcos. **Revisitando a Teoria do Fato Jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 259-60.

⁵⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, tomo I. p. 77.

⁵⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 59-68.

Entretanto, não há regras jurídicas no Direito de Família Codificado que atenda a esse suporte fático, quer seja no reconhecimento como entidade familiar, quer nos efeitos desse contrato no Brasil. Portanto, para se compreender a aplicação desse suporte no sistema jurídico brasileiro e haver o reconhecimento da família *design* como um modelo de família biotecnológica, a categoria suporte fático deverá ser revista. A proposição é que o suporte constitucional venha a substituir a noção clássica de Pontes de Miranda, mormente se construído sobre a premissa da constitucionalização do Direito.

Atente-se que, da construção relativa às fontes do Direito desenvolvida por Pontes de Miranda, emerge a quase exclusividade dada ao texto da lei, que busca nos fatos produzidos na sociedade e o seu ponto de incidência para, juridicizando-os, trazê-los para o Direito. Há, na teoria pontesiana, uma clara cisão entre o “mundo dos fatos” e o “mundo do Direito”, em que a presença do Estado, por meio da atividade do Poder Legislativo, também é um elemento fundamental à construção do jurídico. Portanto, o suporte fático se situa na seguinte ordenação, que integra qualquer “estudo sério do Direito”, como rotulado pelo próprio Pontes de Miranda: i) “a elaboração da regra jurídica (fato político); ii) a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico); iii) o suporte fático (abstrato), a que ela se refere; iv) a incidência quando o suporte fático (concreto) ocorre; v) o fato jurídico, que daí resulta; vi) a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais os efeitos dos fatos jurídicos.”⁵⁸¹ A previsão em abstrato do fato da vida, como se as pessoas se comportassem sempre da mesma maneira, caracterizam o suporte fático.

A proposta de revisão da Teoria do Fato Jurídico vem compreendida nas próprias lições de Gustavo Tepedino, quando ensina que desde os anos oitenta se sustenta, no direito brasileiro, a imprescindibilidade da aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado. Entretanto, no início dos anos noventa, com a promulgação da CRFB/88, surgiu, contra tal corrente, uma forte resistência dos civilistas mais tradicionais, ao argumento de que a chamada constitucionalização do direito civil representaria, em realidade, uma diminuição do papel da dogmática própria do direito privado no âmbito da Teoria Geral.⁵⁸²

⁵⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, tomo I, p. 4.

⁵⁸² TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil. IN: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004. p.167-8.

Neste contexto, diante do Código Civil de 2002, impõe-se uma reflexão acerca dos paradigmas axiológicos que devem nortear o intérprete na reconstrução dos institutos de direito privado. Mesmo admitindo-se difusamente a força normativa da CRFB/88, a aplicação direta dos princípios constitucionais, cujo conteúdo normativo foi proclamado pelos civilistas há vinte anos, nas relações de direito privado encontrou na doutrina e jurisprudência críticas que podem ser agrupadas em quatro objeções centrais: (i) os princípios constitucionais, mesmo tomados como preceitos normativos, constituem-se em normas de organização política e social e, portanto, valer-se deles para a regulamentação das relações jurídicas interindividuais traduziria verdadeiro salto sobre o legislador ordinário, ao qual é dado disciplinar o direito privado; (ii) a baixa concretude dos princípios constitucionais, suscitaria exagerada e por vezes perigosa subjetividade dos juízes; (iii) as normas constitucionais sujeitam-se a reformas, compromissos e contingências políticas, ao contrário das normas do direito privado, muito mais afeitas à estabilidade própria da sua dogmática, em grande parte herdada, quase de forma intacta, desde o direito romano; e (iv) o controle de merecimento de tutela imposto pela aplicação automática das normas constitucionais, para além do juízo de ilicitude dos atos em geral, representaria uma ingerência valorativa indevida nos espaços privados, reduzindo o campo das escolhas e liberdades individuais.⁵⁸³

Todas as quatro críticas, ressalta Gustavo Tepedino, embora respeitáveis, relacionam-se com uma realidade inteiramente obsoleta, pressupondo o cenário característico da codificação do Século XIX, quando delineava-se, então, uma clara dicotomia entre o direito público e o direito privado, este destinado à sublimação da autonomia privada. O Código Civil de 2002, embora desenhado sob a égide do paradigma patrimonialista, imaginando ciosamente um mundo privado que devesse se resguardar de ingerências estatais, fazendo por isso mesmo concessões por meio de restrições pontuais em cláusulas gerais, desponta em contexto axiológico que altera radicalmente o sentido emprestado para autonomia privada e para a aquisição e utilização dos bens.

Com efeito, vive-se hoje cenário bem distinto: a dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas

⁵⁸³ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004. p.169.

patrimoniais. Torna-se obsoleta a summa divisio que estremava, no passado, direito público e direito privado bem como ociosa a partição entre direitos reais e direitos obrigacionais, ou entre direito comercial e direito civil. Tal advertência ganha importância especial no momento em que, com o Código Civil de 2002, propaga-se a chamada unificação do direito privado. O relevante, ressalte-se, não consiste na topografia da disciplina da empresa na normativa codificada senão a distinção axiológica que deve presidir a dogmática da pessoa humana e a da pessoa jurídica. Ou seja, a proposta unificante do direito privado, concebido em seu aspecto estrutural, só por si nada representa.

À luz do princípio fundamental da dignidade humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil. A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial e da solidariedade social, ambos previstos no artigo 3º da CRFB/88.

As novas tecnologias, como se veio de demonstrar, rompem com os compartimentos do direito público e do direito privado, invocando regulação a um só tempo de natureza privada e de ordem pública. A dignidade da pessoa humana há de ser tutelada e promovida, em última análise, nos espaços públicos e privados, daí resultando a imprescindibilidade de um controle da atividade econômica segundo os valores constitucionais, processo hermenêutico que, em definitivo, há de ser intensificado – e jamais arrefecido – com a promulgação de leis infraconstitucionais.⁵⁸⁴

O desafio do jurista de hoje consiste precisamente na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. O Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico. Portanto, deve ser interpretado à luz da CRFB/88, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja

⁵⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004. p.174.

em favor da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento.

Nunca é demais refletir que o Código Civil de 2002 foi concebido no final da década de 1960 e início da década de 1970, e, por essa razão, questões referentes ao direito de família estão, hodiernamente, defasadas, de modo que as regras jurídicas não atingem a finalidade de proporcionar agilidade nas demandas jurídicas que possuem como pano de fundo a vida das pessoas, verdadeiros fatos sociais, premissa da teoria de Pontes de Miranda.

Concebe-se que o sistema jurídico contém regras jurídicas e essas se formulam com os conceitos jurídicos, que advém dos fatos e das relações humanas. Para saber o suporte fático é necessário estudar o que as relações apontam. Fazendo-se isso é que se exerce a “função esclarecedora, discriminativa, crítica, retocadora, da pesquisa jurídica.”⁵⁸⁵

Marcos Bernardes de Mello, ao explicar a teoria pontesiana, aduz que o jurista clássico mostrou que suporte fático (*Tatbestand*) é conceito universal e não peculiar a um ou algum ramo da Ciência Jurídica (Direito Penal, onde primeiro foi tratado), além de ter criado e desenvolvido o conceito de incidência, efeito da norma jurídica que tem duas consequências essenciais: i) juridicizar o suporte fático, transformando-o em fato jurídico, e ii), por isso, tornar obrigatória a sua aplicação (da norma).⁵⁸⁶

Ademais, ressalta Mello que a teoria de Pontes distinguiu o mundo dos fatos do mundo jurídico, dividindo este último, de forma lógica, em planos da existência, da validade e da eficácia, mostrando, daí, que existir, valer e ser eficaz são três situações distintas em que se pode encontrar os fatos jurídicos, revelando a relação fundamental entre a norma jurídica que define o mundo jurídico, o fato jurídico, que o compõe, e a eficácia jurídica, que o integra.

Justifica-se, dessa forma, que a inexpressiva eficácia de direitos fundamentais decorre do despreparo dos juristas para enfrentarem, corajosamente, as causas apresentadas ao Direito na modernidade. O problema, e aqui, valendo-se da lição de Warat, é que, no trabalho jurídico, os diversos profissionais são influenciados por um

⁵⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado. Parte geral**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983. Tomo I. p. X-XI

⁵⁸⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. A genialidade de Pontes de Miranda. IN: **Revista Getúlio**: Revista da GVlaw – Programa de Especialização e Educação Continuada da DIREITO GV. São Paulo, p. 44-48, mar. 2008.

senso comum teórico, um pano de fundo que condiciona todas as atividades cotidianas. Sem ele, não pode existir práticas jurídicas, isto é, não se tem como produzir decisões ou significados socialmente legitimáveis.⁵⁸⁷

Eis assim que este *senso comum teórico* representa um sistema que organiza os dados da realidade, pretendendo a reprodução de valores e práticas predominantes. Ou seja, é um discurso o qual oferece respostas que apenas aludem ao real e apresenta um conjunto de questões em que as respostas já estão determinadas.

Nesse diapasão, como ensina Streck negar a possibilidade de que possa existir uma resposta correta pode vir a se constituir em uma profissão de fé no positivismo, e, portanto, na discricionariedade judicial. Corre-se o risco de conceder ao juiz uma excessiva discricionariedade, um excesso de liberdade na produção de sentidos, acreditando que o direito é apenas um conjunto de normas e não norma, fato e direito.⁵⁸⁸ De forma mais poética, como refere Warat, essa repetição do passado impede receber os sinais do novo, determina a morte do pensamento, do sentimento e da ação. Em suma, nos aliena, exclui e nos devora. Repetir o passado é uma forma de esgotar o presente, de desestimar a sua força criativa, de introduzir uma pulsão destrutiva: uma forma de instalar a apatia e o cinismo como condições da transmodernidade. Um eterno presente de sobrevivências e um futuro indecifrável.⁵⁸⁹

É a partir desta perspectiva de Warat que se busca compreender a afetividade como um elemento do convívio familiar, pois se percebe que, cada vez mais, é um princípio citado dentro do direito de família brasileiro. Como refere Ricardo Lucas Calderón, parece prudente verificar quais as balizas delimitariam tal princípio, de modo a evitar que sua abertura acabe por inviabilizá-lo ou enfraquecê-lo. Nas suas palavras, “há que se demarcar objetivamente seus limites jurídicos, para que possa ser considerado, efetivamente, uma categoria do direito”.⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ WARAT, Luiz Alberto. O senso comum teórico dos juristas. IN: JUNIOR, José Geraldo de Sousa. **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: Universidade Federal de Brasília, 1993. p.101.

⁵⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? IN: **Revista NEJ**. v.15.n.1.p.158-173/jan-abr 2010. Disponível em <http://www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁵⁸⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. Porto Alegre:Sérgio Antônio Fabris editor, 1997. p.138.

⁵⁹⁰ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 302.

A questão que se coloca em debate é a necessidade de sustentação de um sentido jurídico para a afetividade, ou seja, o conhecimento acerca das relações sociais de natureza afetiva que moldam condutas suscetíveis de merecerem a incidência da norma jurídica.

Desde Pontes de Miranda, já se observara uma pequena referência à ideia de afetividade como contemplador das relações familiares. Veja-se:

Do par conjugal à família, do clã à fratria, à tribo, à nação, às chamadas raças, aos continentes, às civilizações, há a mesma **exaltação sentimental**, fecunda, que amplifica o eu, aumenta, cerebralmente todos os valores, transforma o objeto amado em sinal de sinais, alusão simbólica a tudo que é belo. É assim que se explicam as paixões do grupo binário (homem, mulher). (grifado).⁵⁹¹

A obra pontesiana reflete uma situação de época, conduzida pelo Código Civil de 1916, mas em muitos momentos as ideias do autor são plenamente aplicadas e vividas no contexto jurídico contemporâneo, mormente porque o aporte de Pontes de Miranda não é outro senão o da universalidade, pois ele concebe o Direito como fenômeno social.

Por tal razão, é que se concorda com Sánchez e Moreno, quando referem que a variedade das relações sociais é imensa e nem todas são relevantes para a ordenação do Direito, porém, todas elas em seu conjunto destacam a alteridade do ser humano, é dizer, a necessidade de conceber um mundo ordenado na base de uma dimensão social do homem: em família, em associação, em relacionamentos de cooperação, entre outros. A norma, portanto, não deve estar desligada desta realidade social, muito antes pelo contrário, deve recolhê-la em sua estrutura como passo necessário prévio à regulação, finalidade última de toda norma ou regra jurídica. Por isso, quanto mais ajustada e correta seja a visão da realidade social contemplada na norma, mais probabilidade há de que sua posterior aplicação resulte satisfatória para os cidadãos.⁵⁹²

⁵⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado. Parte geral**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983. Tomo I. p. 171.

⁵⁹² La variedad de estas relaciones sociales es inmensa y no todas son relevantes para la ordenación del derecho, pero todas ellas em su conjunto destacan la alteridade del ser humano, es decir, la necesidad de concebir um mundo ordenado em base a uma dimensión social del hombre: em família, em asociación, em relaciones de cooperación, etc. La norma, por tanto, no debe estar desligada de esta realidad social, sino que, por el contrario, deve recogerla em su estructura como paso necesario y prévio a su regulación, fin último de toda norma o regla jurídica. Por eso, cuanto más ajustada y correcta se ala visión de la realidad social contemplada em la norma, más probabilidades hay de que su posterior aplicaciión resulte satisfactoria para el conjunto de los ciudadanos. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). SANCHÉZ, Emílio M. Beltrán. MORENO, F. Javier Orduna. **Curso de Derecho Privado**. 4. ed. Valencia: Tirant Le Blanch Livros, 2000. p. 29.

O autor português Guilherme de Oliveira igualmente refere que o casamento dos antepassados mais próximos foi uma transação sentimental e não um contrato financeiro estabelecido pela autoridade familiar de uma qualquer linhagem medieval.

Nas palavras do autor:

Pode-se dizer que actualmente o Direito da Família tende a conformar-se sob a inspiração de um princípio de verdade: as prescrições jurídicas tendem a reconhecer as aspirações, as necessidades e a situação real, biológica e afectiva dos membros da comunidade familiar. Pensando no direito matrimonial, verifica-se que a alteração mais profunda na concepção da família consiste no reconhecimento de um direito à felicidade individual conjugal. A realização afectiva dos parceiros matrimoniais liberta-se do constrangimento imposto pela ideia societária da família tida como um ente supra individual e, hoje em dia, o bem da família resulta do somatório do bem de cada um dos seus membros, da felicidade que o agregado familiar pode proporcionar a cada um, agora senhor e não servidor da família. O reconhecimento deste direito à felicidade individual tem determinado múltiplos aspectos da regulamentação jurídica da vida familiar cujo denominador comum é, pode dizer-se, a repartição flexível das funções dos cônjuges, de acordo com as aspirações e exigências particulares e consoante o quadro circunstancial em que a família se move num certo momento (ciclo familiar).⁵⁹³

Foi no século XX, ao lado de ter proporcionado uma evolução tecnológica, que também se verificou o abalo de valores que sustentaram ética e juridicamente os valores da civilização ocidental. O jurista do novo século não encontra valores consagrados e definidos para ditar os rumos da ordem jurídica contemporânea, nem critérios válidos e permanentes para imprimir-lhe eficácia e coerência. Por tal razão, o Direito Positivo vai se transformando em uma colcha de retalhos.⁵⁹⁴ No Direito de Família, a dogmática encontrou no chamado princípio ou noção de afetividade uma espécie de resposta a qualquer forma familiar. Porém, vislumbra-se que tal noção já não mais é suficiente para justificar o ser família no Direito Civil Contemporâneo. Amarrar-se a uma espécie apenas de princípio que não possui conteúdo jurídico é

⁵⁹³ OLIVEIRA, Guilherme de. Sobre a verdade e a ficção no direito da família. IN: **Temas de direito da família**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 9.

⁵⁹⁴ JUNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. IN: **Revista da EMERJ**. v. 9, n. 35, 2006. p.15. Assevera o autor que com técnicas de direito público, de acendrado teor socializante, sempre mais e mais, se coacta a liberdade individual, sem embargo de o Estado Ocidental se declarar fundado na livre iniciativa individual. Por isso, questiona onde localizar a dignidade da pessoa humana quando o indivíduo não consegue se libertar da intromissão constante e intensa nas esferas não apenas econômicas, mas até mesmo íntimas, personalíssimas. Cada vez mais se exige que o direito se faça presente com força cogente e inarredável, a tal ponto que, em nome do gigante aterrorizante do social e do coletivo, nem mais se consegue separar o direito público do direito privado.

prender-se a um discurso comum, que não considera, efetivamente, que os indivíduos que formam a família, muito além de serem afetivos, são fraternos.

Considera-se que o discurso do afeto nas relações familiares, transformou-se muito mais em um discurso fetichista, mormente pela doutrina e jurisprudência, que, em razão deste princípio da afetividade, modelou um discurso jurídico pronto, que desconsidera a cientificidade teórica, aproximando-se daquilo que Warat cunhou como um senso comum teórico dos juristas. Vincula-se, neste contexto, ao entendimento de Leonel Severo da Rocha que apresenta o discurso jurídico a partir da semiologia, que considera a natureza do discurso, para obter critérios firmes para a interpretação dos discursos e efetuar em torno deles leituras ideológicas e trata o problema da significação como fenômeno discursivo. Segundo o autor, postula-se a elaboração de uma semiologia voltada à análise do poder da significação, inicialmente denominada de semiologia do poder e rebatizada de semiologia política.⁵⁹⁵

Eis assim que, para Severo Rocha, o discurso jurídico, a partir da inserção no marco teórico da semiologia política, é o conjunto das enunciações jurídicas, enquanto formações discursivas, produzidas em determinado momento histórico, no Estado e nas instituições, caracterizando-se por possuir um poder que co-constitui decisivamente as relações de dominação na sociedade.⁵⁹⁶ Estas formações discursivas não são meros reflexos das relações materiais da sociedade, pois constituem uma das dimensões que organiza o social como totalidade, e, assim o discurso jurídico constitui-se como uma produção ideológica caracterizada pela sua singularidade.

O discurso da dogmática jurídica colide frontalmente com as conclusões da moderna epistemologia, que postula a inexistência de um conhecimento pronto e acabado, mas apenas de verdades aproximadas. O que os juristas dogmáticos afirmam ser ciência não passa de um conjunto de crenças e valores, que, articulados no interior de uma formação discursiva, dá o efeito de ser um conhecimento sistemático e coerente. Eis, novamente, as representações de práticas cotidianas que constituem o senso comum teórico dos juristas.

⁵⁹⁵ ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985. p.35.

⁵⁹⁶ ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985. p. 37.

Ao se afirmar a cientificidade desse *sensu comum teórico*, o discurso jurídico pretende afirmar a impossibilidade de seu questionamento. Neste sentido, como leciona Leonel Severo Rocha, postular um conhecimento sistemático do Direito é impor um tipo de imaginário, que organiza o social, ao mesmo tempo em que se tenta ocultar as suas funções políticas.

No saber jurídico dominante, a maior parte das análises produzidas prefere não assinalar as dimensões sociais dos diferentes discursos do Direito, bem como o seu papel, enquanto um dos elementos constituintes das relações político-sociais. É dizer que o paradigma da ciência jurídica predominante encontra-se fundamentado em mecanismos conceituais que apresentam um âmbito de significação tópico-retórico, que não tem por função primordial a organização sistemática de um discurso do conhecimento, mas, antes, pretendem condicionar as formas de raciocínio dos juristas, assim como estabelecer o consenso em torno de alguns princípios éticos e do monopólio da força assumido pelo Estado.⁵⁹⁷

O problema na interpretação-aplicação do Direito encontra-se no fato de os diversos profissionais do Direito estarem influenciados por um *sensu comum teórico*, como na expressão *warattiana*, um pano de fundo que condiciona as atividades cotidianas. Sem ele, não pode existir práticas jurídicas, isto é, não se tem como produzir decisões ou significados socialmente legítimos.

Eis assim que este *sensu comum teórico* representa um sistema que organiza os dados da realidade, pretendendo a reprodução de valores e práticas predominantes. Ou seja, é um discurso o qual oferece respostas que apenas aludem ao real e apresenta um conjunto de questões em que as respostas já estão determinadas. Warat considera que a ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social. Assim, o

⁵⁹⁷ ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985. p. 37-44. Explica Leonel Severo Rocha que o esquema teórico dos juristas é elaborado numa ideia de autonomia e neutralidade da lei, que possibilitaria a segurança de todos os cidadãos frente a qualquer tentativa de violação de seus direitos legais. Entretanto, estas premissas são infundadas, se contrastadas com análises da lei elaboradas desde um ponto de vista discursivo. Numa análise discursiva, percebe-se como as categorias do discurso jurídico não obedecem as pretensões positivistas da cientificidade, caracterizando-se, ao contrário, por sua pseudo-objetividade e neutralidade ideológica, e sendo, na verdade, dimensões discursivas com evidentes dimensões político-ideológicas.

conhecimento do Direito responde em alta medida às subordinações cotidianas e à versão conformista do mundo que fundamenta a sociedade instituída.⁵⁹⁸

A ciência jurídica, respaldada em seus próprios fetiches, massifica, deslocando os conflitos sociais para o lugar instituído da lei, tornando-os menos visíveis. O saber jurídico aposta na racionalidade para garantir o poder e regular o imaginário jurídico-político da experiência cotidiana. Isto produz um campo simbólico que serve para dissimular conflitos e antagonismos desenvolvidos fora da cena linguística. Assim, a ciência jurídica aparece como um conjunto de técnicas de fazer crer, com as quais se consegue produzir a linguagem oficial do direito que se integra com significados tranquilizadores, representações que têm como efeito impedir uma ampla reflexão sobre a experiência sociopolítica. Eis a capacidade do campo simbólico do Direito para ocultar a genealogia e o funcionamento institucional do discurso jurídico.⁵⁹⁹

O fetichismo que aponta Warat significa a dissolução de todos os poderes do Estado na lei, atribuindo à ordem legal uma qualidade intrínseca e obrigatória, quando, na realidade, ela não pertence às normas positivas, mas ao tipo de relações sociais reais das quais as normas jurídicas são (ou pelo menos deveriam ser) a sua expressão. No mundo do Direito tudo passou a ser objeto de decisão, de vontade, fruto de atos pessoais, que mais parecem uma volta da razão. Em tal perspectiva, o Estado nada mais é do que um fundamento simbólico de um sistema institucional, que busca encarnar uma autoridade e conceder a segurança.

A expressão *sensu comum teórico dos juristas* designa, assim, as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura no Direito. Ao afirmar esse argumento, Warat defende que o discurso das ciências humanas é uma modalidade conformista da produção social da subjetividade, na medida em que sua aparente nitidez lógica produz o ocultamento dos segredos do cotidiano, das práticas científicas que produzem os saberes sobre o indivíduo e suas relações sociais.

De um modo geral, os juristas contam com um arsenal de condensações do saber, no sentido de que fragmentos de teorias vagamente identificáveis, elos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. No interior da linguagem do

⁵⁹⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995. p. 57.

⁵⁹⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995. p. 59.

Direito Positivo, produz-se uma linguagem eletrificada e invisível que vaga indefinidamente servindo de poder.⁶⁰⁰

A legitimação e o poder do discurso jurídico em nome da verdade se encontra no fato de que ele se apresenta como a revelação de segredos, que reforça a intenção política da unificação dos atores sociais e da produção de uma viagem da sociedade homogênea.⁶⁰¹ Assim, a Lei e o Direito se constituem em níveis das relações simbólicas de poder, que se manifestam no discurso jurídico. Logo, que se manifestam nas decisões judiciais tão celebradas pela comunidade jurídica, quando, na verdade, não são mais do que a mais nítida representação desse senso comum teórico, porque se constituem em uma falácia em nome de uma pretensa estabilização dos conflitos.

Neste sentido, a discussão ganha um contorno bastante definido, qual seja, a crise do Direito e da dogmática jurídica, bem como os seus reflexos na sociedade. Como discorre Lenio Streck, com efeito, preparado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica, que o instrumentaliza, não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa. O paradigma liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social reclamam novas posturas dos operadores jurídicos.⁶⁰²

Para além disso, ainda é com Lenio Streck que a expressão *senso comum teórico* ganha um novo contorno a partir daquilo que o autor chama de “senso incomum”. Neste contexto, pretende o “senso incomum” combater os elementos que compõem o conceito de *senso comum teórico jurídico*, pois, como refere o autor, “o sendo comum teórico tem a pretensão de criar conceitos para além ou para aquém dos textos jurídicos, não para torná-los mais democráticos, e, sim, para atender a

⁶⁰⁰ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1994. p. 15. Leciona Warat que os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político para investigação de verdades. Por conseguinte, se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam a compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável da história do poder.

⁶⁰¹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995. p. 90.

⁶⁰² STRECK, Lenio Luiz. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em *terra brasilis*. IN: CARVALHO, Amilton Bueno de *et al.* **Em busca dos direitos perdidos: uma discussão à luz do estado democrático de direito.** Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003. p. 122.

ideologia de quem atribui o sentido”.⁶⁰³ O senso comum liga-se ao solipsismo, porque são construídos *standards* retóricos que justifiquem o processo de atribuição de sentido, buscando um lugar distante do objeto.

Estes são os fundamentos da releitura pretendida, com o intuito de alinhar a noção de “suporte fático” a âmbitos adequados e consistentes para a produção de respostas jurídicas à construção do ideário das *famílias design* ou famílias biotecnológicas ao Direito das Famílias. É através do diálogo entre todas as fontes do Direito se construirá a noção de “suporte fático”, flexível e especificado a partir do caso concreto, por meio dos direitos e deveres mínimos consagrados na Constituição da República. Com isso, se verifica que ganham importância, enquanto fontes do Direito, a doutrina⁶⁰⁴ e a jurisprudência⁶⁰⁵, mas sem o caráter positivista de cerrar a família em conceitos estanques ou categorizações como a afetividade, já que, neste momento, se pode afirmar que a família biotecnológica desconhece o conceito de afetividade cunhado pela jurisprudência. Trata-se de uma família que questiona a estrutura e o funcionamento do Direito, o qual busca (ou ainda tenta buscar) fatos ocorridos no passado, que são juridicizados no presente, a fim de se regular o futuro.

Neste contexto, percebe-se que a concepção de Pontes de Miranda sobre a construção dos elementos e da mecânica do *suporte fático* foram desenhadas dentro de uma perspectiva de construção das respostas jurídicas adequadas para a primeira parte do Século XX, eis que, a partir da segunda metade deste século já

⁶⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto?** O senso incomum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 10.

⁶⁰⁴ A doutrina é considerada efetiva fonte do Direito: “Se a norma jurídica [melhor dizer, se o texto] não está pronta [pronto] na fonte para ser conhecida e aplicada antes da atividade do intérprete, é este quem atribui significado àquela. Nesta linha de raciocínio, a doutrina se apresenta como fonte do Direito não porque os doutrinadores tenham poder para a tomada de decisões a serem impostas coativamente [coercitivamente] à sociedade, mas sim porque essas decisões tomadas por quem detém o poder só são inteligíveis após o processo de compreensão/interpretação/aplicação, que é feito, entre outros, pelos cientistas do Direito”. ANDRADE, Paulo José Cabana de Queiroz. Considerações sobre a Doutrina como Fonte do Direito: a heresia jurídica do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. IN: **Revista Ciências Sociais**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, v. 15, n. 2, p. 93-115, dez. 2009, p. 105.

⁶⁰⁵ No contexto do diálogo entre as fontes do Direito, parece acertado afirmar que “o legislador deve resignar-se a ver suas leis tratadas como ‘partes’ do Direito, e não como ‘todo o Direito’. [...] Hoje, certamente, os juízes tem uma grande responsabilidade na vida do Direito desconhecida nos ordenamentos do Estado de Direito legislativo. Porém, os juízes não são os senhores do Direito no mesmo sentido em que o era o legislador no século passado. São mais exatamente os garantes da complexidade estrutural do Direito no Estado Constitucional, quer dizer, os garantes da necessária e flexível coexistência entre lei, direitos e justiça. [...] O Direito não é um objeto de propriedade de alguém, senão que deve ser objeto do cuidado de todos”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 153.

foram percebidos sinais de insuficiência. Considerando as rápidas mudanças científicas e tecnológicas que iniciam neste período, as quais foram levadas a novas fronteiras no início do Século XXI, será necessária a promoção de movimentos inovatórios no Direito.

Destarte, por meio do diálogo entre as suas fontes, poderá construir respostas jurídicas apropriadas para dar suporte aos novos direitos e deveres gerados pelo desenvolvimento biotecnológico. Do movimento da tradicional regulação, onde a participação do Estado é fundamental, se partirá para uma atividade de regulação, a partir das constantes internas, especialmente a partir da valorização de outros atores em condições de produzir as respostas jurídicas esperadas.

A sociedade do Século XXI gera riscos com novos formatos e impactos, ao mesmo tempo em que busca a segurança, frente a uma projetada e previsível insegurança por ela mesma produzida. A inovação, como um sistema ou um conjunto de sistemas, exigirá a interação entre diversos atores que também não estavam acostumados historicamente a interatuar e que resulta em um intenso desafio, especialmente na percepção da responsabilidade de cada sujeito no tocante aos riscos gerados pela sua atividade inovadora na sociedade, abrindo-se possibilidades para o uso das contribuições geradas pelo *Design*, enquanto uma nova área de produção de conhecimento, na estruturação do jurídico para as novidades, onde se inserem os desafios e as possibilidades gestadas por meio das *famílias by design*.

As práticas discursivas encontram-se em um momento de revisão, pois, se há uma crise, ela apenas existe, porque o velho paradigma ainda não deixou de existir totalmente e um novo modelo assentado nas bases de um Estado Democrático de Direito não consegue surgir em sua plenitude, constituindo-se, assim, o grande desafio do Direito na contemporaneidade.

Propõe-se, desta forma, tornar a fraternidade como objeto do Direito das Famílias, evidenciando que o homem deve ser humano, numa concepção universal de pessoa, indivíduo e cidadão, visto que a fraternidade acontece na sociedade humana, eis que o homem é fraterno em relação ao outro homem. Como alude Maria Inês Chaves de Andrade, fraternalmente, ao homem importa o todo como ao todo, o homem haja vista que a justiça se realiza quando cada um, desempenhando a função que lhe é própria no corpo social, intenciona o indivíduo, devendo ser tratado por esse mesmo corpo social individualmente, com necessidades e fins

próprios, de modo que a felicidade, que é um fim individual por excelência, se realize em sociedade.⁶⁰⁶

A *fraternidade* possui um sentido vagamente anacrônico, segundo Resta, eis que reporta às narrativas com as quais se apresentava, no cenário da Revolução Iluminista, aquele projeto complexo a partir do qual a política e o direito moderno teriam permeado a história subsequente. O Direito Fraternal, tendo aparecido timidamente na época das grandes revoluções, retorna hoje, anacronicamente a re-propor aquelas condições que já se haviam se apresentado no passado.⁶⁰⁷

Ensina Sandra Vial que o Direito Fraternal utiliza-se também (assim como outros fundamentos) da técnica, no sentido ambivalente implícito sempre no contexto do seu emprego. Assim, é fundamental ter presente a ideia de *pharmakon*, termo grego que pode significar, ao mesmo tempo, remédio e veneno, dependendo da forma como se utiliza a própria técnica.

Neste sentido, o Direito Fraternal prima pela análise transdisciplinar dos fenômenos sociais. A transdisciplinaridade significa, antes de tudo, transgredir e, ao mesmo tempo, integrar. É nesta perspectiva que Resta busca, em várias áreas do conhecimento, os fundamentos, as fragilidades e a aposta para o Direito Fraternal.⁶⁰⁸ Um fundamento importante para o Direito Fraternal deriva da identificação do paradoxo da humanidade ou desumanidade da sociedade, na perspectiva que ressalta que existe uma grande distância entre ser homem e ter humanidade. Este aspecto aponta para a necessidade de uma análise antropológica dos deveres contidos na gramática dos direitos, porque os direitos humanos são o lugar da responsabilidade e não da delegação.

⁶⁰⁶ ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o deve ser da dialética dos opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 46.

⁶⁰⁷ RESTA, Eligio. **O direito fraternal**. Tradução: Sandra Regina Martini Vial (coordenadora). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 10-2.

⁶⁰⁸ VIAL, Sandra Regina Martini. O direito fraternal na sociedade cosmopolita. IN: **Contribuciones desde Coatepec**. núm. 12, enero-junio, 2007, p. 123-138. Universidad Autónoma del Estado de México. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28101207>. Acesso em: 06 jan. 2017. Segundo a autora, considera-se relevante, para o bom entendimento do tema, comentar brevemente a semântica da palavra fraternidade. Ela tem origem no vocábulo latino frater, que significa irmão, e no seu derivado fraternitas, fraternitatis e fraternitate. É substantivo feminino, que apresenta três significados: (a) parentesco de irmãos; irmandade; (b) amor ao próximo, fraternização; e, (c) união ou convivência de irmãos, harmonia, paz, concórdia, fraternização. O verbo fraternizar, por outro lado, vem da união entre fraternal + izar, e apresenta quatro significados quais sejam: (a) v.t.d. unir com amizade íntima, estreita, fraternal; (b) v.t.i., v.int. unir-se estreitamente, como entre irmãos; (c) aliar-se, unir-se; e, (d) fazer causa comum, comungar nas mesmas ideias, harmonizar-se (Ferreira, 1986). Resta (2002) alerta para a diferença entre fraternidade (que indica sentimento), fratellanza (que indica condição) e a ideia de affratellamento (que indica projeto).

Ainda de acordo com Vial, opera-se o Direito Fraternal também por meio da técnica, ao mesmo tempo encontra dificuldades para sua implementação, já que este propõe, no seu projeto, uma co-divisão e uma inclusão universais. Em outros termos: analisar a relação entre Direito e Técnica significa retornar ao conceito grego de *técnica da ambivalência*, no sentido de que a técnica que resolve os problemas é a mesma que cria novos problemas. Ou seja, condena-se salvando e se salva condenando; cura-se adoecendo e adoecem-se curando. A técnica é o lugar do aumento da complexidade e, portanto, do aumento das possibilidades. Assim, a fraternidade não considera a técnica como algo que se “abre” ou se “fecha”, mas como algo que alcança a *philia* das contradições e da ambivalência. Por exemplo, o corpo humano: a técnica pode reduzir (e reduz) o corpo humano em mercadoria, mas pode também, ao mesmo tempo, desvelar novas dimensões de solidariedade. Pode-se observar esse fato quando se descobre, graças à pesquisa científica, a compatibilidade de medula, viabilizando-se, assim, o transplante; a questão, agora, é: pode-se falar em “dever doar”? Esse nível de solidariedade, antes impensável, torna-se possível e factível nos dias de hoje por meio da técnica. Ela é uma nova *philia* e um novo desafio para a co-divisão. Porém, essa co-divisão tem seu caráter de ambivalência, que faz pensar se é possível ser proprietário do próprio corpo ou se é necessário colocá-lo à disposição da humanidade.⁶⁰⁹

Como alude Resta, enquanto, com uma certa ênfase, se exaltam os intervalos, em relação ao passado, operados pela técnica e se chega a definir o modelo pós-humano da “vida” e das suas representações, ao Direito se dirigem sempre mais fortes demandas por indicar limites e explicitar as possibilidades dentro de fronteiras normativas. A tradição jurídica pela qual a técnica toma distância esmagando todas as referências, mostra ao contrário consciência de tais problemas; e não é de hoje. A relação que o Direito estabeleceu com a “vida” é menos ingênua de quanto possa parecer. Tomar consciência talvez ajude a se orientar de maneira ao menos aproximativa.⁶¹⁰

⁶⁰⁹ VIAL, Sandra Regina Martini. O direito fraternal na sociedade cosmopolita. IN: **Contribuciones desde Coatepec**. núm. 12, enero-junio, 2007, p. 123-138. Universidad Autónoma del Estado de México. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28101207>. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁶¹⁰ Mentre, con una certa enfasi, si esaltano le cesure rispetto al passato operate dalla tecnica e si arriva a definire il modello post-umano della vita e delle sue rappresentazioni, al diritto si rivolgono sempre più forti richieste di indicare limiti e di esplicitare confini normativi dentro i quali definire le possibilità. La tradizione giuridica, dalla quale, si è detto, la tecnica prende distanza travolgendone tutti i riferimenti, mostra al contrario consapevolezza di tali problemi; e non da oggi. Il rapporto che il diritto ha da sempre stabilito con la vita è meno ingenuo di quanto possa apparire. Prenderne

O Direito Fraternal coloca em evidência toda a determinação histórica do Direito fechado na angústia dos confins estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar comum, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Bastaria, para tanto, como compreende Resta, escavar na fenda profunda que corre entre duas diferentes expressões como “ser homem” e “ter humanidade”.⁶¹¹ Ser homem não garante a posse sobre o sentimento de humanidade, e, por essa razão, o Direito Fraternal se trata de um modelo que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo, representada pela necessidade universalista de respeito aos Direitos Humanos.

No sentido do que refere Maria Inês Chaves de Andrade, é necessário ter a humanidade como essência do ser que nem sempre é ser humano sendo homem, pois a essência aparecer por intermédio do ser e não haveria de ser de outra forma. Desta forma, “o homem é um conceito que aparece como totalidade imediata e em si, mas como ser humano é necessário que a essência se revele por meio de outro homem e o ser humano explique o homem para si”.⁶¹² O outro deve haver para que a humanidade exista enquanto uma comunidade de seres fraternos. O ser homem apenas não é o suficiente para que haja fraternidade. A fraternidade, como constroi Luciane Cardoso Barzotto, “consiste na capacidade de reconhecer o outro como pessoa, ser racional e livre e igual aos demais como fim em si mesmo”.⁶¹³

Ainda, como leciona Sonilde Lazzarin, o princípio da fraternidade passa pelo reconhecimento e pela valorização de um tecido social solidário, de um sistema de relações estruturado em formações sociais com interdependência dos entre os

conscienza forse aiuta a orientarsi in maniera meno approssimativa. RESTA Eligio. **Diritto vivente**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2008. p. 81.

⁶¹¹ RESTA, Eligio. **O direito fraternal**. Tradução: Sandra Regina Martini Vial (coordenadora). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 13.

⁶¹² ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 53.

⁶¹³ BARZOTTO, Luciane Cardoso. Acesso à justiça e fraternidade: o exemplo da conciliação. IN: GUEDES, Gabriel Pinto. GUEDES, Priscila Dal Ponte Amado. BARZOTTO, Luciane Cardoso. (orgs.). **Direito de Fraternidade: em busca de respostas**. Porto Alegre: Sapiens, 2016. p. 49. A autora compreende que a fraternidade se faz presente de diversas formas no direito positivo, ora como princípio, ora na força de máximas, ora presente no conceito de justiça social e outras diversas expressões do direito. Mas a sua presença ostensiva em ordenamento jurídico é ociosa. Isso porque a fraternidade não se agrega ao direito positivo – sistema de regras – como algo externo ao mesmo: é da essência de um sistema de regras conceber os seres humanos como capazes de compreender as regras (racionalidade), segui-las e ser responsabilizado por isso (liberdade) e impor-se de modo indêntico a todos os destinatários das regras (igualdade).

sujeitos. É a promoção deste tecido social que permite o Estado buscar o desenvolvimento da pessoa. Ou seja, “trata-se de uma fraternidade que segue o modelo comunitário de cunho ético, não baseado em convergências espontâneas de interesses individuais egoístas, nem na transferência integral ao Estado das ações sociais”.⁶¹⁴ Inserido na vivência fraternal, desenvolvem-se os mecanismos para a viabilização da liberdade e igualdade.

O Direito Fraternal pode ser, então, a forma pela qual se pode desenvolver um processo de autorresponsabilização, cuja relação entre Direito e Fraternidade sirva como base para um modelo jurídico que “abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos”.⁶¹⁵ Neste sentido, Eligio Resta enumera as estruturas fundamentais do Direito Fraternal, como as condições mínimas de direito vivo que atende a sua forma:

a) o direito fraternal é direito jurado em conjunto por irmãos, homens e mulheres, com um pacto em que se “decide compartilhar” regras mínimas de convivência. Então, é convencional, com o olhar voltado para o futuro. O seu oposto é o “direito paterno”, que é o direito imposto pelo “pai senhor da guerra”, sobre o qual se deve somente jurar (*ius iurandum*). [...]; b) por isso, é livre de obsessão da identidade que deveria legitimá-lo. Está longe de ser um *ethnos* que o justifica, mas está preparado para constituir um demos graças a um pacto. A sua “raiz errante” encontra seu terreno em um espaço político aberto, privado daquele território, que, mais ou menos artificialmente, justifica seu domínio [...]; c) o seu olhar voltado para além do confim, para proximidades distantes, requer revogações decisivas daquele “direito de cidadania”, que é, desde sempre, lugar de exclusão através de um *ethnos* [...]; d) a sabedoria da distância entre sermos homens e termos humanidade sugere ao direito fraternal uma antropologia dos deveres que corresponde, no estilo de S. Weil, à gramática do direito [...]; e) destituindo o jogo do amigo-inimigo, o direito fraternal é *não-violento*. Não incorpora a ideia do inimigo sob outra forma, e, por isso, é diferença em relação à guerra [...]; f) é, então, contra os poderes, de todos os tipos, de uma maioria, de um Estado, de um governo, que, se sabe, exercem domínio sobre a “vida nua”; g) o direito fraternal é inclusivo, no sentido de que se escolhe direitos fundamentais e define o acesso universalmente compartilhado a bens “inclusivos”. Bens e direitos fundamentais são inclusivos, quando um indivíduo não pode gozar deles, se, no mesmo momento, não gozam deles todos os outros [...]; h) é a aposta de

⁶¹⁴ LAZZARIN, Sonilde K. A ética da fraternidade: o reconhecimento do outro e a educação para a fraternidade. IN: GUEDES, Gabriel Pinto. GUEDES, Priscila Dal Ponte Amado. BARZOTTO, Luciane Cardoso. (org.). **Direito de Fraternidade**: em busca de respostas. Porto Alegre: Sapiens, 2016. p. 251.

⁶¹⁵ RESTA, Eligio. **O direito fraternal**. Tradução: Sandra Regina Martini Vial (coordenadora). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 16.

uma diferença em relação aos outros códigos que olham a diferença entre amigo e inimigo [...]”.⁶¹⁶ (grifos no original)

No âmbito do Direito de Família, entende-se que deve haver o espaço para a metateoria do Direito Fraternal explicar, juridicamente, os vínculos de fraternidade que se formam dentro da relação familiar, como uma resposta científica ao conceito de afetividade nas relações familiares. A família está sempre no foco dos estudos das ciências sociais e demais ciências comportamentais, pois é a primeira instituição social que o indivíduo se depara ao nascer, ela é e continuará sendo o núcleo básico e essencial de qualquer sociedade. Diante das transformações sociais que desencadearam as modificações dos conceitos de família, torna-se necessário expressar um conceito jurídico para a entidade familiar, entendida como o conglomerado de pessoas que vivem unidas por um vínculo sócioafetivo em prol da realização de um bem comum, a ideia de plena realização na família.

A partir desse entendimento, concebe-se que a fraternidade está presente em todas as relações familiares, pois está embasada na concretização de um bem que seja comum a todos os membros da família que, por sua vez, estão ligados entre si por um vínculo não apenas afetivo, mas fraternal, mormente porque a ideia de fraternidade penetrou, ainda que discretamente, no ordenamento jurídico, passando a ser aplicado por outras vias, como é possível observar quando se aplicam os requisitos da função social da empresa e da propriedade, entre outras matérias que priorizam o respeito ao ser humano e suas relações sociais, previstos no texto constitucional de 1988, capazes de assegurar à fraternidade total reconhecimento e obrigatoriedade normativa de cumprimento e efetivação.

Para Pizzolato, “[...] a fraternidade age no ordenamento como solidariedade”⁶¹⁷. Assim, considerando que a solidariedade faz parte dos princípios norteadores do direito de família, percebe-se que a fraternidade está presente também no rol desses princípios, mas com conteúdo jurídico, explicitado pela metateoria do Direito Fraternal. A ideia mais clássica da solidariedade remete essencialmente a uma relação vertical entre o Estado e o particular, que comporta o dever de assistência que o ente público possui para com o sujeito de direito considerado hipossuficiente,

⁶¹⁶ RESTA, Eligio. **O direito fraternal**. Tradução: Sandra Regina Martini Vial (coordenadora). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 133-5.

⁶¹⁷ PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. IN: BAGGIO, Antônio Maria. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008. p.124.

como o consumidor, o idoso, a criança e o adolescente, entre outros. Em contrapartida, pensa-se que a fraternidade atua em uma dimensão horizontal entre os particulares, dentro da ideia que Resta alude no sentido de ser o direito fraterno uma forma de crescimento de um processo de autorresponsabilização, desde que o reconhecimento do compartilhamento se libere da rivalidade destrutiva do modelo dos “irmãos inimigos”. Tratam-se dos códigos fraternos, constituídos como uma tentativa de valorizar possibilidades diferentes, sem a prevalência “do míope egoísmo de quem pensa em termos de pequenas e estéreis devoções, mas poderia ser diferente, e nem sempre essas outras possibilidades são adequadamente cultivadas”.⁶¹⁸

Com o desenvolvimento das relações sociais, o conceito de família acabou por assumir diversas faces, fazendo com que o legislador adequasse o direito às inúmeras transformações sociais. Além disso, a positivação dos direitos correspondentes às relações familiares trouxe a necessidade de se arrolarem aquilo que a doutrina do Direito de Família chamou de princípios norteadores das relações familiares. Um desses princípios enumerados pela doutrina é justamente o que expressa a ideia de solidariedade nas relações de família. Tal princípio, estaria fundamentalmente relacionado a uma concepção materialista de responsabilidade social, isto é, a solidariedade é utilizada, via de regra, como sinônimo de assistencialismo, uma forma de ajuda humanitária dos mais ricos para com os mais pobres.

Juridicamente, o princípio da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver da sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade. No âmbito familiar, tal princípio vincula-se à ideia de que no laço familiar, todos os seus membros devem agir em prol do bem de todos, da realização familiar e do dever de assistência parental na infância e juventude e na assistência à velhice. Essa concepção foi consagrada na doutrina e na jurisprudência, a partir da interpretação dos artigos 226, §7º e 227, da CRFB/88.⁶¹⁹

⁶¹⁸ RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Tradução: Sandra Regina Martini Vial (coordenadora). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 15.

⁶¹⁹ Art. 226, § 7º 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

Consoante refere Maria Celina Bodin de Moraes, a referência expressa à solidariedade feita pelo constituinte, “longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador”⁶²⁰, que deve ser observado nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e destinatários, ou seja, por todos os membros da sociedade. O ser humano não é um ser fechado ao mundo exterior, e, por essa razão, o princípio da solidariedade será um fato social, pois somente se pode conceber o indivíduo como um ser inserido na sociedade, parte de um tecido coeso e interdependente.

Novamente, valendo-se de Maria Celina Bodin de Moraes, pode-se compreender a solidariedade como um comportamento pragmático, isto é, o manter-se solidário nos atos da vida cotidiana.⁶²¹ Assim, o princípio da solidariedade será a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana, conservando a humanidade para a construção de uma sociedade livre e justa.

A fraternidade, em sua relação com a solidariedade, portanto, não deve se apresentar apenas como enunciação de um conceito, mas como princípio ativo, motor do comportamento, da ação dos homens, com uma conotação essencialmente moral. Dessa forma, resta indubitável a presença do princípio da fraternidade como categoria do ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que está intrinsecamente relacionado às relações interpessoais protegidas pela CRFB/88. Nesse sentido, a fraternidade, por estar contida no âmago constitucional, como visto anteriormente, está também inserida nas normas de conduta voltadas aos núcleos familiares.

Como referido ao longo desta Tese de Doutorado, a evolução social provocou contínuas mudanças no quadro familiar, propondo até mesmo a inserção de outros princípios no rol daqueles utilizados para compreender estas relações. Dessa forma, por possuir em seu bojo um caráter interpessoal, o Direito Fraternal não poderá ser afastado do Direito de Família.

por parte de instituições oficiais ou privadas. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁶²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 238.

⁶²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 245.

O chamado *Direito Fraterno* não confunde a fraternidade com um sentimento fraterno ou afetivo, mas traduz a potencialidade normativa que a fraternidade possui, por meio da positivação de outros princípios como a dignidade da pessoa humana e da solidariedade. A fraternidade é um dever inerente a todos aqueles que compõem o mesmo núcleo familiar e deve perdurar em todos os momentos em que a relação conjugal ou parental existir. Em termos de obrigação, a fraternidade mostra-se como uma obrigação coletiva e ao mesmo tempo individualizada, uma vez que cada ser humano é único e possui necessidades particulares. O caráter coletivo da fraternidade é proveniente da real necessidade de reciprocidade no cumprimento desse princípio, tendo em vista sua amplitude social.

Por tais razões, entende-se que o Direito Fraterno encontra amplo espaço de aplicação dentro das relações privadas, tuteladas pelo Código Civil de 2002, apresentando um conteúdo dinâmico, sempre em busca da promoção do bem comum e da cooperação, ideias basilares do Código Civil de 2002, estruturado sob a égide do solidarismo social e da cooperação, dentro de relações jurídicas coordenadas entre particulares.

No contexto biotecnológico, poder-se-á compreender, portanto, a inclusão de um novo *design* de família aberto, físico e virtual, em que a família biotecnológica, embora não seja uma família afetiva, será uma família fraterna e solidária, plasmada em uma complexa rede que considera que o amor não necessita de um contato físico para se consolidar enquanto *ser* família, pois se pode configurá-lo a distância, uma espécie inovadora de *afetivibyte*, capaz de armazenar em sua memória um novo tipo de relacionamento familiar, independente de qualquer relação de dependência entre os membros desta família virtualizada, brasileira ou mundial.

Se as famílias “normais” são cada vez menos capazes de apoiar-se em um corpo de tradição que pode ser tomado como certo, não se pode mais supor que as famílias do mundo são suscetíveis de gerar crianças com uma infância sem memórias, porque perderam as imagens e histórias de seus antecedentes. Esses argumentos, juntos, levarão à conclusão de que as famílias do mundo não têm sentido de tempo e continuidade. As famílias globalizadas podem muito bem fazer uso dos vestígios imaginários das suas origens e do passado, mas não poderão orientar-se na história como famílias mundiais.⁶²² Como referem Ulrich Beck e

⁶²² If even normal families are less and less able to lean on a body of tradition that can be taken for granted, may we not suppose that world families are likely to form milieus of childhood without

Elisabeth Beck-Gersheim, os defensores do amor a distância enfatizaram as deficiências do amor próximo. Tal constatação se deu através da observação de evidências empíricas, que fora resumido sob o título “o coeficiente de efeito do amor próximo”. De acordo com os estudos efetuados e referidos pelos autores, “os casais que passaram mais de quinze dias por mês juntos foram quatro vezes mais propensos a se separar do que casais distantes durante o mesmo período de tempo.”⁶²³

Nesta linha, cabe lembrar as ideias de Jean Carbonnier, ao lecionar que as reformas do Direito de Família não fizeram outra coisa senão adaptar-se à legislação civil na mudança dos costumes, de modo que, deixa transparecer a nova imagem da família, uma imagem na qual dois de seus traços são levantadas: o estreitamento do grupo e da autonomia dos seus membros.⁶²⁴ E, aqui, se estabelece o paradoxo: cada vez mais a família se torna um núcleo reduzido, ao tempo em que as escolhas de quem será parte desta família ampliam-se ao desconhecimento da imensidão do espaço virtual.

Portanto, o estudo do Direito Fraternal não se desvela como algo simples. Partindo-se das ideias de Eligio Resta, tem-se a demonstração da urgência de um *Direito fundamentado no pacto entre irmãos*, no cosmopolitismo, na humanidade como fundamento de qualquer Código. Trata-se de um Direito inclusivo, que propõe a ruptura com os modelos tradicionais, não em um futuro distante, mas em um presente cotidiano. O Direito Fraternal é tema que encontrou fundamentação na

memories because they have lost the images and stories of their background and country of origin? These arguments, taken together, would lead us to the conclusion that world families have no sense of time and continuity. Globalized families might well make use of the imagined vestiges of their origins and their past but would not be able to orientate themselves in history as world families. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). BECK, Ulrich. BECK-GERSHEIM, Elisabeth. **Distant love: personal life in the global age**. Translated by Rodney Livingstone. Cambridge: Polity Press, 2011. p. 186.

⁶²³ The advocates of distant love emphasized the deficiencies of nearby love. They had no difficulty in producing empirical evidence, which they summed up under the heading 'the coefficient of the effect of nearby love'. This played well in the media. According to their studies, couples who spent more than fifteen days per month together were four times more likely to split up than distant-love couples over the same period of time. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). BECK, Ulrich. BECK-GERSHEIM, Elisabeth. **Distant love: personal life in the global age**. Translated by Rodney Livingstone. Cambridge: Polity Press, 2011. p. 191.

⁶²⁴ Las reformas del derecho de familia no han hecho otra cosa que adaptar la ley civil al cambio de las costumbres, de modo que, a través de los textos de estos últimos años, vemos transparecer la nueva imagen de la familia, una imagen en la que dos de sus trazos están en relieve: el estrechamiento del grupo y la autonomía de sus miembros. (Tradução para a língua portuguesa livre do autor). CARBONNIER, Jean. **Ensayo sobre las leyes**. Traducción: Luis Díez-Picazo. Editorial Civitas, 1998. p. 142.

seara jurídica, como uma aposta em outras formas de solução de conflitos e de justificação das relações sociais, constituindo-se em uma linguagem entre iguais.

Fica evidenciado, portanto, que a produção do Direito sempre estará atrás dos fatos sociais: em que o Direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos, ou para que entrem no chamado *mundo jurídico*. Tudo isso será necessário para que se assegure a função social do Direito promovendo “um renascimento da defesa da liberdade de contratar, da liberdade de escolha do parceiro contratual, através de um suporte constitucionalizado inoculado na construção do jurídico, a fim de adequá-lo à produção de respostas adequadas temporalmente e alinhadas aos novos contornos da vida na sociedade onde eclode o desenvolvimento biotecnológico.

O alargamento e a releitura do espectro do “suporte fático” busca justamente resgatar a humanidade e a eticidade da formulação do jurídico, potencializando uma nova sintonia com o mercado e a preocupação econômica e existencial. Assim, assumir a possibilidade de flexibilizar a construção do “suporte fático” de tal forma que nele possam ser incluídos fatos futuros e imprevisíveis no momento de sua definição não significa dizer que se poderá aplicar o texto a qualquer situação, mas sempre definir os novos contornos a partir do conteúdo (objeto) estabelecido de modo precedente.

Como refere Gadamer, “[...] o horizonte de sentido da compreensão não pode ser limitado nem pelo que o autor tinha originalmente em mente, nem pelo horizonte do destinatário a que foi escrito o texto na origem.”⁶²⁵ Esse será o fundamento hermenêutico que sustenta a releitura da noção de “suporte fático”, mostrando que o suporte fático deverá ser definido a partir do conjunto das fontes do Direito e em observância das contornos característicos de cada caso da vida.

Consubstanciado no diálogo entre todas as fontes do Direito, “a realização do Direito é unitária: apenas em análise abstrata é possível decompô-la em várias fases que funcionam, tão-só em inseparável conjunto”⁶²⁶, propondo-se o desfazimento da pirâmide kelseniana, onde a construção do jurídico é nitidamente verticalizada, com a CRFB/88 localizada no topo, por este modelo, onde as fontes estarão todas uma

⁶²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, vol. I. p. 575, § 398.

⁶²⁶ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Introdução à Edição Portuguesa. IN: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. CIV.

ao lado da outra, podendo conjugar contribuições para a adequada resolução do caso concreto.

Esta desconstrução viabiliza o *diálogo* pode ser por meio da figura complexa e engendradora da “rede” que promove a aproximação das fontes e faça circular as diversas possibilidades de solução. O plano de redes será o caminho para a definição dos contornos e elementos que comporão o “suporte fático” em cada situação, transitando-se pelo arcabouço normativo e principiológico da Constituição. Destarte, a noção de “suporte fático”, como categoria presente no Direito, independente do ramo abordado, por meio do *diálogo em rede das fontes do Direito* será uma alternativa para a construção dos pressupostos, adequados material e substancialmente, para o exercício pleno do direito de ser família na era biotecnológica.

Neste cenário, se consolida o percurso de um Direito renovado, em condições de absorver as inovações biotecnológicas que estão surgindo na pluralidade das formas familiares. Revitalizando-se o conceito de *suporte fático*, substitui-se o postulado da segurança e certeza do Direito pelo tratamento substancial e constitucionalmente adequado para conjugar o respeito ao ser humano e ao seu solidário desenvolvimento na sociedade, em que o *suporte constitucional*, será, portanto, uma estrutura forjada no horizonte histórico da cultura jurídico-constitucional, onde as regras e princípios que conectam os indivíduos à história brasileira e global são os pressupostos estabelecidos na linguagem como um meio universal.

5 CONCLUSÃO: BELO PORQUE É UMA PORTA ABRINDO-SE EM MAIS SAÍDAS – POR UMA NOVA COMPREENSÃO DE QUE “FAMÍLIAS” NÃO COMPORTA UM CONCEITO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

A Tese de Doutorado apresentou como problema de pesquisa a inclusão de uma nova família, chamada de *família biotecnológica*, surgida na rede mundial de computadores, em que parceiros *on-line* colocam-se, segundo seus perfis, como potenciais pais para, conforme um projeto parental de ambos, satisfazerem ao outro e a si mesmos com o filho plasmado pela realidade virtual. Neste sentido, questionou-se, de que forma se deveria refletir as tratativas prévias para a formulação do acordo de co-parentalidade no modelo civil brasileiro, quando os contratos que regularão os arranjos familiares para uma parceria de projeto parental podem implicar na (des)consideração de que as famílias biotecnológicas constituem um novo arranjo familiar que, embora não seja conjugal, é parental.

Como se percebeu na Tese, o ponto nodal do *family by design* reside no fato de que para o fim de escolha do casal co-parental, dá-se notável importância às definições acerca da guarda e educação do filho projetado, quando um e outro já evidenciam como gostariam de cuidar do filho, ou como dividir as tarefas inerentes ao exercício do poder familiar de cada um, e como poderão trabalhar uma cooperação entre si, para proteger os interesses maiores do filho, portanto, todos os variados aspectos que envolvem o poder parental.

A mudança de paradigma tão propalada pelo Direito Civil, e que se irradia em todo o Direito Privado, parece colocar, no Direito das Famílias, o intérprete-aplicador em uma posição nova, a de analisar os institutos clássicos que fundamentaram o tripé família, propriedade e contrato, dentro de uma esfera existencial, porque não podem mais permanecer aprioristicamente como limitadores da natureza da pessoa, que se projeta não apenas em sua individualidade, mas em uma coletividade que nem mais real necessita ser, conquanto possa se estabelecer a partir de parâmetros virtuais que desconstruem uma dogmática clássica sobre propriedade, contrato e família, de onde não mais se verificam certezas na clausura de suas definições ou na silente eloquência das suas lacunas.

A ruptura ocasionada pela transformação paradigmática no Direito Privado evidencia que o problema atual do Código Civil de 2002 é a sua perda de capacidade de se apresentar como norma superior, papel que passa a ser destinado

às Constituições, Tratados, princípios e valores. É neste contexto que se deve considerar que a codificação representou a estrutura de um sistema privado clássico que elegeu três pilares, como o *contrato*, sendo este a expressão da autonomia da vontade; a *família*, baseada em uma organização social considerada como base do sistema e a *propriedade*, representando a relação entre pessoas e sobre as coisas.

No Direito Civil clássico, a propriedade, o trabalho, o contrato ou a responsabilidade foram instrumentados pelos setores sociais, com amplo acesso aos bens, pensando-se no indivíduo “já instalado e bem”. Enfim, o Direito Privado “está aberto a todos, porém nele tem entrada apenas alguns”. Trata-se, basicamente, daquilo que já se abordou na tese, a complexa conciliação entre patrimonialismo e liberalismo, que, no Brasil, resultou numa estratégia liberal-conservadora que, de um lado, permitiria o ‘favor’, o clientelismo e a cooptação; de outro, introduziria uma cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental.

O Código Civil de 1916, em que pesem seus reconhecidos méritos de rigor metodológico, sistematização técnico-formal e avanços sobre a legislação portuguesa anterior, era avesso às grandes inovações sociais que já se infiltravam na legislação dos países mais avançados do Ocidente, refletindo a mentalidade patriarcal, individualista e machista de uma sociedade agrária preconceituosa, presa aos interesses dos grandes fazendeiros de café, dos proprietários de terra e de uma gananciosa burguesia mercantil, comprometida com o projeto burguês-individualista, projeto assentado na liberdade, na segurança e na propriedade.

Destarte, a importância do Direito Civil está no fato de ter, por diferentes circunstâncias políticas, econômicas e culturais, instituído, a partir de seus conceitos e técnicas, a imagem do homem como indivíduo singular, como sujeito abstrato, matéria com que trabalha o pensamento sistemático e que tem no positivismo jurídico a grande herança deixada para o Direito Civil Contemporâneo. O sujeito é virtualmente considerado no modelo do *family by design*, descobrindo-se o futuro contratante da co-parentalidade a partir de elementos declarados pela própria pessoa em formulários disponibilizados na página eletrônica, em que, preenchendo os campos, poderá encontrar o seu parceiro com maior compatibilidade para a finalidade a que se destina.

A família sempre teve as funções de ordem moral, de natureza não-material, em que os sociólogos enfatizam que as funções psicológicas realizadas pela família,

mesmo nas sociedades contemporâneas, são insubstituíveis. Com efeito, o rompimento de uma visão tradicional da família significa a necessidade de uma releitura dos pilares do Direito Privado, especialmente a partir de um olhar constitucionalizado sobre os pilares que, classicamente, erigiram o Direito Civil como um dos principais ramos do Direito Privado.

O Estado Democrático de Direito, fundado na soberania e na dignidade da pessoa humana, tem, no Brasil, marco histórico inquestionável com o advento da CRFB/88, sendo fundamental imunizar, em toda a sua extensão, a proclamação constitucional, emanada do povo, por meio de seus representantes, para que seja possível, no respeito ao pluralismo e ao processo histórico e político, construir uma sociedade justa e solidária. Operou-se, desta forma, com o advento da CRFB/88, uma inversão no rol de preocupações da dogmática tradicional, fazendo com o que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa como instrumento para o seu pleno desenvolvimento.

Esta opção constitucional coloca a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, especialmente a partir do momento em que designa como fundamento da República o princípio da dignidade humana. Neste sentido, todo o sistema jurídico tem na CRFB/88 o seu fundamento e orientação, conferindo uma unidade ao ordenamento, blindando-se o texto constitucional que se desvela importante a partir do momento em que abandona a postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano como um valor expressamente consagrado em seu texto.

Atenta-se que a significação deste chamado Direito Civil-Constitucional imprescinde em não cair na armadilha de pensá-lo como uma mera necessidade metodológica de releitura que compreenda o Direito Civil à luz da Constituição, pois não se está querendo entender este Direito como o conjunto de normas constitucionais que trata do Direito Civil, mas sim obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas, em que o Direito Civil-Constitucional se firme como uma resposta ao processo de codificação e neutralidade da dogmática civilista, que confiava ao Código um papel de abstração.

A convicção de que o Direito Civil-Constitucional não é neutro representa a ideia oposta da codificação burguesa que intentava manter a segurança e a estabilidade dos negócios, em que o Direito Civil protegeria a autonomia da vontade. No entanto, essa construção se confronta radicalmente com o ideal solidarista que

acompanha as Constituições, fazendo com que o Direito Civil seja reformulado à luz dos valores constitucionais erigindo uma verdadeira transformação e reconstrução do Direito Privado, sendo dever do jurista, mormente do civilista, reler todo o sistema do Código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais e comunitários, de forma a individuar uma nova ordem científica que não freie a aplicação do Direito e seja mais aderente às escolhas da sociedade contemporânea.

Desvinculando-se de dogmas historicamente superados, abre-se maior espaço para institutos que desvelam a realidade atual, reservando-se menor atenção aos já ultrapassados. Logo, a norma constitucional eleva-se a justificação da norma ordinária, que deve se compatibilizar e harmonizar com ela, aproveitando totalmente a sua potencialidade. Neste contexto, a norma constitucional pode ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de Direito Civil, reconhecendo-se a preeminência da norma constitucional e de todos os valores nela expressos, compatibilizando-se em um ordenamento jurídico unitário, baseado em tais conteúdos.

Da pesquisa jurisprudencial efetuada, ratifica-se que os Tribunais utilizam-se do argumento da afetividade como um balizador vinculado ao senso comum teórico dos juristas, na expressão de Warat, para a tomada de decisões no âmbito do Direito das Famílias, evidenciando a adoção de um discurso comum, que pretende considerar a afetividade pelo Direito como um princípio que tem como finalidade a realização do indivíduo dentro de uma estrutura familiar, como se a presença deste requisito jurídico fosse elemento indispensável para a configuração de uma família na contemporaneidade

Entender, portanto, a guinada do Direito Civil-Constitucional, e sua consequente aplicação nas relações intersubjetivas, não significa compreender tal metodologia como uma espécie de autorização normativa de subjetividade do intérprete. Da mesma forma, defender que a aplicação desta teoria necessita ser refletida em cada caso concreto igualmente não conduz ao entendimento de que uma postura destas seria chamada de positivista, no sentido kelseniano. O que se desvela com as possibilidades do *family by design* é que as novas tecnologias abriram espaço para a redefinição de conceitos que envolvem a própria formação da família: mãe, pai, filhos, que passam a ser co-mãe, co-pai e co-filho. Surge um novo modelo de família, que não se encerra na clausura do Código Civil oitocentista, mas igualmente não deve ser tratada apenas como mais um modelo albergado no Direito

Civil-Constitucional, pois como já se pode perceber, falar dos valores existenciais do ordenamento jurídico não é uma autorização para a discricionariedade interpretativa.

A família que exsurge das relações virtuais se coloca como um verdadeiro desafio à constitucionalização do Direito, pois é um espaço que ainda não foi alcançado pelo Direito Civil Contemporâneo, qual seja, como cotejar o desenvolvimento existencial da pessoa como o desenvolvimento científico, um questionamento que se coloca como fundamental para a construção da tese, considerando que a ressignificação do papel dos membros da família passa pela própria ressignificação do seu conceito.

A tecnociência transforma, portanto, o mundo e a chamada ordem natural. Essa transformação pareceu relativamente benéfica enquanto que não se a colocou em jogo frente ao próprio ser humano. Todavia, agora, a tecnociência igualmente se centra na sua condição ou na sua essência. Hoje, aproxima-se a passos largos o dia em que o corpo humano não poderá ser considerado como imutável. O indivíduo será capaz de remodelar não apenas cada corpo, um a um, mas também a raça humana em seu conjunto. A mudança em conceitos ocasionados pela técnica não transformam apenas a relação entre os indivíduos, mas a relação entre eles e o Direito.

Compreender que o Direito e a técnica participam de uma mesma cultura e avançam em um mesmo ritmo evita que se feche o debate em torno do vínculo que une as duas Ciências. Não se trata de uma mera relação, conquanto seja, na verdade, a própria representação de um conflito entre uma concepção jusnaturalista do Direito e de uma concepção instrumental do Direito. No caso das *famílias design*, este ponto parece tocar profundamente, quando o filho concebido pela internet pode se colocar muito mais como uma ambição, um produto da vontade dos pais, do que uma realização de um projeto parental. Não como algo que pode ser escolhido, mas como um inesperado que, ainda assim, pode ser controlado, de alguma forma, como uma forma de procura pela perfeição.

No entanto, no entendimento que se coloca nesta Tese, a escolha possibilitada pelo *family by design* não se assemelha às escolhas possibilitadas por um melhoramento genético, porquanto não se procure a concepção de um filho melhorado geneticamente, mas sim um filho que será desenhado tecnologicamente, concebido biologicamente, mas sem conhecer uma estrutura familiar. Mas em um

ponto estes aspectos se assemelham, que são as escolhas morais que serão decididas pelos pais para moldar este filho.

É como se este molde, esta identidade fosse toda construída a partir de um computador. Os co-pais podendo escolher dentre uma infinidade de opções quais serão aquelas mais desejáveis para este filho, tal qual um computador que se coloca como uma infinidade de dispositivos materiais e de programas que se relacionam em interface uns com os outros, abertos para novas conexões, ao imprevisível, que transformam, de forma radical, conceitos e significados que passam a envolver o Direito pelo manto da técnica.

A infinidade de opções que apresenta o *family by design* é como uma infinidade de interfaces que surgem pelos computadores. Da codificação das relações privadas, passa-se a uma codificação digital, que representa o domínio da digitalização, atingindo as técnicas de comunicação e processamento de dados, dentro da matriz abordada na Tese, que se explica no sentido de uma inexistência de identidade estável na informática, porque os computadores são redes de interfaces abertas a novas conexões, imprevisíveis, que podem transformar radicalmente seu significado e uso.

Quando se fala no modelo de família biotecnológica, deve-se ir além das questões de manipulações genéticas, pois nem este é o objeto da tese, mas sim em considerar que o *family by design* proporciona que se forme, de antemão, e, contratualmente, a identidade da pessoa que nascerá, a partir de um contrato bilateral, violando, de certa forma, a plena liberdade do nascimento. A técnica potencializa a perda da forma de vir a ser-no-mundo, pois poderá ser utilizada para qualquer fim. Utilizando-se da técnica, o ser humano abre e fecha as portas que quiser e o fruto disso é o filho de concepção virtualizada.

É deste viés que se pode enquadrar o *family by design* como um mecanismo tecnológico de controle de comportamento e que desvela um paradoxo: as descobertas científicas liberaram na espécie humana uma nova forma de ser, criando um inovador ambiente humano, em uma velocidade cada vez mais crescente. Ainda que se fale no humano como sujeito da técnica, verifica-se o homem como objeto da técnica a serviço de alguns sujeitos. Diante disso, pode-se pensar na família biotecnológica como uma família em que os sujeitos co-parentais valem-se da técnica (encontro virtual) para a pactuação de um objeto jurídico (contrato de co-parentalidade) para a gestação do próprio objeto técnico (o filho).

Este último terá sido utilizado tão somente como meio de satisfação parental de quem detinha a autonomia privada para o controle da técnica.

As redes sociais conectam, os aparelhos móveis conectam, o GPS conecta, logo, o indivíduo parece se acostumar a reduzir as suas relações a níveis de conexão, dentro de uma nova realidade virtual, trivializada, mas que multiplica as suas possibilidades de relacionamento. O Direito Civil-Constitucional, nesta concepção, criaria condições para que o Direito fosse tomado por padrões de moralidade, frutos da maximização do conceito de dignidade e da concepção que vincula a tarefa do Direito à sua máxima proteção, corroendo-se, por completo, o lado formal do Direito.

Acreditar em sentido contrário, significaria o risco de se compreender o Direito Civil-Constitucional como uma espécie de portal em que se estaria autorizando o juiz a lançar mão de concepções decisionistas, contanto que se mantivesse no esquadro, no campo de visão da dignidade humana. Ou seja, seria o risco de se desfuncionalizar os institutos funcionalizados pela matriz constitucionalizada caso não seja corretamente aplicada.

Neste sentido, a metodologia civil-constitucional passa a exigir que a pessoa seja valorizada na sua condição humana, de tal modo que haja uma funcionalização do ter ao ser, sob pena de uma inversão sistemática e axiológica. Como tarefa imposta na análise do enquadramento do *family by design* como um modelo de família biotecnológica, necessita-se o equilíbrio entre o legalismo estrito, reproduzidor de normas e o subjetivismo que impede o intérprete-aplicador de encontrar o seu verdadeiro projeto constitucional dentro da sociedade, fundado na primazia dos valores consagrados pelo texto constitucional, reconstruindo-se o sentido de ser do Direito Civil.

Na verdade, a família biotecnológica sugere até mesmo um repensar da definição de Direito Privado. Se a doutrina já apresentada coloca o Privado como a divisão científica do Direito que traduz a relação entre particulares, hoje já se pode dizer que o Direito Privado seria a materialização jurídica da individualidade em uma ordem institucional da identificação particular do indivíduo, que se relaciona com outro indivíduo, dentro de espaço público nacional ou transnacional, físico ou cibernético, que permite o acesso a informações instantâneas, representando um novo nível de socialização.

Comprova-se, então, que, na sociedade tecnocientífica, múltiplas questões se colocam e evidenciam interrogações que não se bastam apenas no campo legislativo, conquanto dimensionem a insuficiência de uma mera aplicação normativa aos dilemas colocados pelos avanços biotecnológicos. Trata-se da busca de um ponto convergente, em que Direito e Tecnologia consigam estabelecer um diálogo que assuma, como principal, eixo condutor, a responsabilidade ética humana sobre os seus atos.

No *family by design* há uma construção híbrida do relacionamento afetivo: inicialmente, é virtual, nas escolhas dos perfis do co-pais, e em toda a negociação preliminar que envolve a elaboração do contrato de co-parentalidade para a gestação do filho. Posteriormente, se esta foi a opção do casal, poderá haver a relação sexual para que o filho programado virtualmente seja fisicamente gestado. Por certo, ainda que haja o contato físico para a gestação do filho, não se trata de uma relação que terá outra finalidade senão esta.

A cibernética, conhecida por transcender as disciplinas científicas, desenvolve uma metateoria e metalinguagem, a qual permite que cientistas de disciplinas diferentes e variadas conversem entre si sobre assuntos que podem agora reconhecer como de interesses compartilhados. Além disso, a cibernética recobre as noções que a ciência natural não reconhece. Cada uma dessas noções está no mesmo ponto central do *design* - pelo menos quando visto de uma perspectiva cibernética. Família, contrato, bens e técnica passam a evidenciar um entrelaçamento entre os institutos, que guiam um novo paradigma jurídico, a família que se desvela em um projeto que não necessita da presença física para se constituir como tal.

Destarte, os três pilares fundamentais do Direito acabam por assumirem um novo contorno, passam a assumir novos papéis. Aquilo que antes denominava-se de contrato, família e propriedade, passa a ser visto como trânsito jurídico, projeto parental e titularidades. A família gradativamente surge como um fenômeno social, nesta tendência de remodelamento das relações sociais, do singular ao plural.

O desenvolvimento biotecnológico recria a forma de se pensar os vínculos de parentalidade e de parentesco, porque, ao emergir de escolhas individuais entre os co-pais, resulta em algo: a criança gerada. Logo, os laços sociais são substituídos por laços tão somente genéticos e reforça a indagação sobre o ser da criança concebida, se alguém exerce a posse da criança como se propriedade fosse

(vínculo contratual) ou se a criança representa um novo elemento de estruturação da co-parentalidade (vínculo familiar biotecnológico).

Trata-se de um novo estabelecimento de sentido para o Direito das Famílias em que o intérprete não está dissociado da história, mas compreende a partir das possibilidades dadas pela tradição, pelo tempo, não havendo um grau zero na linguagem. É apenas pelos conceitos prévios que o intérprete poderá acessar as coisas como elas são, desvelando o mundo humano, e, sobretudo, desvelando o Direito ontológico-afetivo e virtualizado das Famílias.

Torna-se, portanto, essencial que o Direito leve em conta tal incerteza para que um novo processo de aprendizagem oriundo da inovação seja possível, auxiliando no processo de tomada de decisões e reescrevendo um caminho para a utilização dos instrumentos jurídicos e das fontes do Direito em É neste fascínio criativo que o *family by design* se insere ao colocar a possibilidade da criação de um filho virtualmente antes de sua concepção. Ocorre que a partícula *design* representa muito mais do que se falar em um novo projeto de família. O *design* enquanto uma ciência traz a representatividade de um desejo, de um produto almejado, o que permite questionar se o filho concebido neste novo modelo relacional é, na verdade, o produto final de um desejo, o objeto de um contrato ou a realização de um novo modelo de projeto parental.

Nesta medida da modernidade, o que se pode seguramente definir é que o *family by design* possibilita um pretense arranjo familiar sem modelo. Não há interesse algum em definição, pois não se trata de uma família pautada na sexualidade do co-pai ou da co-mãe. a família é um vínculo emotivo, em que as pessoas se unem a laços conjugais para a construção de um modelo que lhe proporcione uma realização pessoal. A família biotecnológica foge desta noção que é bastante aceita pelo Direito das Famílias. Primeiramente, porque se pode diferenciar que o vínculo conjugal é diferente do vínculo parental, algo bastante peculiar ao *family by design*. É certo que a leitura do conceito de *design* ao apenas considerar uma situação problemática que gera um produto a partir de um artefato é muito reducionista se aplicado à noção de família. Ainda que a criança fosse tratada pelos co-pais como uma escolha (um produto), pensa-se que há um elemento emotivo que une esses co-pais na busca desta realização parental individualista.

Portanto, em tempos de uma ressignificação do sentido da afetividade como elemento presente nas famílias se reconhece o afeto como um sentimento, mas há

uma ausência jurídica de um conceito que inviabiliza a sua construção enquanto categoria jurídica principiológica. O desenvolvimento do indivíduo em sociedade se dá pela manutenção do seu relacionamento com as pessoas por laços de afetividade, mas sem que isso demande um conteúdo jurídico a dizer que sem a presença deste elemento, não haveria como se reconhecer outros tipos familiares.

É neste contexto que se insere a proposta de revisão da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda. A família desenhada pela relação virtual é um fato social. A esse fato, haverá um instrumento jurídico que o regule: o acordo de coparentalidade. Logo, torna-se um fato jurídico. Entretanto, não há regras jurídicas no Direito de Família Codificado que atenda a esse *suporte fático*, quer seja no reconhecimento como entidade familiar, quer nos efeitos desse contrato no Brasil. Portanto, para se compreender a aplicação desse suporte no sistema jurídico brasileiro e haver o reconhecimento da *família design* como um modelo de família biotecnológica, a categoria *suporte fático* deverá ser revista. A proposição, neste contexto, é que o *suporte constitucional* venha a substituir a noção clássica de Pontes de Miranda, mormente se construído sobre a premissa da constitucionalização do Direito, forjando-se em uma nova estrutura no horizonte histórico da cultura jurídico-constitucional, em que regras e princípios estão conectados aos indivíduos e à história brasileira e global, permanecendo-se (n) a linguagem como um meio universal, de onde não haverá o estabelecimento de um grau zero de significado.

Partindo-se de tais fundamentos, vislumbra-se o intuito de adequar a noção de suporte fático a âmbitos adequados e consistentes para a produção de respostas jurídicas à construção do ideário das *famílias design* ou famílias biotecnológicas ao Direito das Famílias, tomando-se em consideração o horizonte de sentido espelhado pelas regras e princípios constitucionais.

É através do diálogo entre todas as fontes do Direito se construirá a noção de suporte fático, flexível e especificado a partir do caso concreto, por meio dos direitos e deveres mínimos consagrados na Constituição da República. Através do diálogo entre as fontes, poder-se-á construir respostas jurídicas apropriadas para dar suporte aos novos direitos e deveres gerados pelo desenvolvimento biotecnológico.

Abre-se espaço, neste cenário, para a compreensão de que o Direito Fraternal também derivará da identificação do paradoxo da humanidade ou desumanidade da sociedade, na perspectiva que ressalta que existe uma grande distância entre ser

homem e ter humanidade. Este aspecto aponta para a necessidade de uma análise antropológica dos deveres contidos na gramática dos direitos, porque os direitos humanos são o lugar da responsabilidade e não da delegação. No contexto biotecnológico, poder-se-á compreender, portanto, a inclusão de um novo *design* de família aberto, físico e virtual, em que a família biotecnológica, embora não seja uma família afetiva, será uma família fraterna e solidária, plasmada em uma complexa rede que considera que o amor não necessita de um contato físico para se consolidar enquanto ser família, pois se pode configurá-lo à distância, uma espécie inovadora de *afetivibyte*, capaz de armazenar em sua memória um novo tipo de relacionamento familiar, independente de qualquer relação de dependência entre os membros desta família virtualizada, brasileira ou mundial.

Esta desconstrução viabiliza o diálogo pode ser por meio da figura complexa e engendradora da Rede que promove a aproximação das fontes e faça circular as diversas possibilidades de solução. O plano de redes será o caminho para a definição dos contornos e elementos que comporão o suporte fático em cada situação, transitando-se pelo arcabouço normativo e principiológico da Constituição. Logo, substitui-se o postulado da segurança e certeza do Direito pelo tratamento substancial e constitucionalmente adequado para conjugar o respeito ao ser humano e ao seu solidário desenvolvimento na sociedade, em que o *suporte constitucional*, será, portanto, esta estrutura forjada no horizonte histórico da cultura jurídico-constitucional, onde as regras e princípios serão os limites estabelecidos na linguagem como um meio universal.

Destarte, comprova-se a hipótese original lançada na Tese, qual seja a de que a emergência de novos modelos de famílias, enquanto categorias jurídicas no Direito Contemporâneo possibilitam o surgimento de inúmeros e diferentes arranjos, dentre os quais, as chamadas famílias *design*, as quais desvelam uma nova formação familiar, a família biotecnológica, cuja inclusão não está na Teoria Geral dos Contratos, mas sim no Direito das Famílias, livre e biotecnológico, já que a arte de viver em família não é algo que se ensina dogmaticamente.

Cuida-se de um momento de intensa criatividade para o Direito por meio da valorização de sua multidimensionalidade. O mundo jurídico, ao mesmo tempo em que pode conter alguns exemplos de simples sistemas hierárquicos como foi a família tradicional, é, também, um mundo de cruzamentos, híbridos, de hierarquias inversas, flutuações e fluidez do espaço. Os desdobramentos que as novas

tecnologias ainda produzirão deverão ser captados pelo Direito, posicionando-os na sua multifacetada possibilidade de produção de efeitos, de onde novas formas de regulação deverão surgir, a fim de encapsular esses tipos de relacionamento, e estudos jurídicos devem encontrar maneiras de capturar tais mudanças.

A resposta a todas estas questões, provoca uma interrogação final sobre a possibilidade de se falar de uma “desjurisdicionalização” da família, não apenas a partir da tendência de um sistema jurídico mais flexível para a elaboração de normas jurídicas, mas com o objetivo de atenuar os efeitos que o controle social exerce sobre as famílias e seus componentes e também no sentido de que os seus integrantes modelem o seu comportamento consoante aquilo que, livremente, desejam acordar, suas aspirações e necessidades, especialmente abandonando modelos patriarcais e autoritários da família e aceitando tais princípios como uma ampla gama de possibilidades para uma (re)construção ontológica da família como um *modelo sem modelo*.

Tratar da pluralidade interconectada das fontes do Direito, em caminhos imprecisos e inseguros, com novas feições de direitos subjetivos, construídos a partir do conteúdo envolvido entre os sujeitos à luz dos princípios constitucionais, presentes em muitos textos constitucionais da atualidade poderá ser um caminho para o Direito sobreviver e dar a sua contribuição ao maravilhoso e admirável mundo novo e tecnologicamente estruturado. O desenvolvimento biotecnológico evidencia esta nova arte. Uma nova família materialmente aberta nas inúmeras possibilidades da Rede, em que conceitos só serão necessários para aqueles que desejam viver sem uma família, sequestrados no tempo, entificados e velados no seu ser.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução: Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- AGOSTINHO, Santo. **A trindade (Patrística)**. Tradução: Agostinho Belmonte. São Paulo: Paulus, 1995.
- ALFONSIN, Jacques Távora. Desafios à construção de uma ética da práxis solidária, num contexto de direitos humanos fundamentais. In: **Revista de estudos jurídicos**. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. v. 35, n. 95. 2002.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- AMARAL, Francisco do. **Direito civil: introdução**. 8. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ANDRADE, Marcelo. É a educação um direito humano? Por quê? In: CANDAU, Vera Maria. SACAIVINO, Susana. (orgs.) **Educação em direitos humanos: temas, questões e propostas**. Rio de Janeiro: DP et Alli editora, 2008.
- ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o deve ser da dialética dos opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010.
- ANDRADE, Paulo José Cabana de Queiroz. Considerações sobre a Doutrina como Fonte do Direito: a heresia jurídica do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. IN: **Revista Ciências Sociais**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, v. 15, n. 2, p. 93-115, dez. 2009.
- APPEL, KARL-OTTO. **Ética e responsabilidade; o problema da passagem para a moral pós-convencional**. Lisboa: Instituto Piaget, 1988.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2009.
- ASCOTT, Roy. Cultivando o hipercórtex. In: DOMINGUES, Diana (Org.). **A arte no século XXI: a humanização das tecnologias**. São Paulo: Editora UNESP, 1997.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e início da vida. IN: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. (coord.). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr, 2010.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2016.
- BARRETO, Vicente de Paulo. A ideia de pessoa humana e os limites da bioética. IN: BARBOZA, Heloísa Helena. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. BARRETO,

Vicente de Paulo (orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O “admirável mundo novo” e a teoria da responsabilidade. In: FACHIN, Luiz Edson. TEPEDINO, Gustavo (coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Lucas Abreu. Evolução histórica. IN: MORRIS, Amanda Zoe. BARROSO, Lucas Abreu (coordenadores). **Direito dos contratos**: teoria contratual – contratos em espécie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Acesso à justiça e fraternidade: o exemplo da conciliação. In: GUEDES, Gabriel Pinto. GUEDES, Priscila Dal Ponte Amado. BARZOTTO, Luciane Cardoso. (orgs.). **Direito de Fraternidade**: em busca de respostas. Porto Alegre: Sapiens, 2016.

BAUER, Martin. W. GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**: um manual prático. 13. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

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

_____. **Ética posmoderna**: en busca de una moralidad en el mundo contemporáneo. Buenos Aires: Siglo Veinteuno, 2011.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. BECK-GERSHEIM, Elisabeth. **Distant love**: personal life in the global age. Translated by Rodney Livingstone. Cambridge: Polity Press, 2011.

BECKER, Fernando. Alteridade e construção do sujeito. In: GUÉRIOS, Ettiène. STOLTZ, Tania (orgs.). **Educação e alteridade**. São Carlos: EdUFSCar, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2009.

BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. IN: SCHWARCZ, Lília Moritz. **História da vida privada no Brasil**: contrastes da intimidade contemporânea. v. 4. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZM, 2003.

BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. IN: LOREA, Roberto Arriada. **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BONSIEPE, Gui. **Design, cultura e sociedade**. São Paulo: Blucher, 2011.

_____. **Do material ao digital**. São Paulo: Blucher, 2015.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 06 jan. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº. 12.376, de 2010). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 06 jan. 2017.

BRASIL. **Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 06 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Revogado pela Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 06 jan. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº. 6.583, de 16 de outubro de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013. Acesso em: 04 de janeiro de 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº. 470, de 12 de novembro de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: <file:///C:/Users/guilhermewuns/Desktop/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-20983.pdf>. Acesso em: 04 de janeiro de 2017.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: MADALENO, Rolf Hanssen e WELTER, Belmiro Pedro. **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRUNKHORST, Hauke. Jürgen Habermas. IN: JANSOHN, Heinz. HENNIGFELD, Jochem. **Filósofos da atualidade**. Tradução: Ilson Kayser. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução: Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BURGUIÈRE, André. KLAPISCH-ZUBER, Christiane. SEGALÉN, Martine ZONABEND, Françoise. **Historia de la familia 1: mundos lejanos, mundos antiguos.** Madrid: Alianza Editorial, 1988.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Elementos. IN: MORRIS, Amanda Zoe. BARROSO, Lucas Abreu (coordenadores). **Direito dos contratos: teoria contratual – contratos em espécie.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** Tradução: Renato Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CARBONNIER, Jean. **Écrits.** Textes rassemblés par Raymond Verdier. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

_____. **Ensayo sobre las leyes.** Traducción: Luis Diez-Picazo. Editorial Civitas, 1998.

_____. **Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur.** 10.ed. Paris: L.G.D.J, 2001

CARDOSO, Simone Tassinari. Do contrato parental à socioafetividade. IN: ARONNE, Ricardo. **Estudos de direito civil-constitucional.** v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **A morte do direito.** Adaptação e tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Tradução: Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual.** Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013.

CITELI, Maria Tereza. Fazendo diferenças: teorias sobre corpo, gênero e comportamento. In: **Revista de estudos feministas**. Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 11-145. 2001.

CLAM, Jean. A autopoiese no direito. Tradução: Caroline Graeff. Revisão: Germano Schwartz. In: ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Introdução à Edição Portuguesa. IN: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CÔRREA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Fernando de Aguiar. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis V, do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito**. Tradução: Luisa Raboline. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

DE MASI, Domenico. **O futuro chegou**: modelos de vida para uma sociedade desorientada. Tradução: Marcelo Costa Sievers. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014.

DE NARDI, Marcelo. **Redes de contratos em perspectiva de interpretação sistêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DUMONT, Louis. **O individualismo**; uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Tradução: Jaime A. Clasen. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do Direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. IN: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz e ROCHA, Leonel Severo (Orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, n. 7.

_____. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

_____. Direitos bio-humanos-éticos: os humanos buscando ‘direitos’ para proteger-se dos avanços e riscos (desconhecidos) das nanotecnologias. IN: **Anais do XIX encontro nacional do CONPEDI**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3400.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. O direito de ‘ser informado’ sobre as possibilidades e os riscos relacionados às nanotecnologias: o papel do engajamento público no delineamento de um (novo?) direito/dever fundamental. IN: MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. COELHO, Alexandre Zavaglia P. (org.). **Direito, inovação e tecnologia**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Mind the gap between the new portfolio and the so-called old systems. In: **civilistica.com**. a. 2. n. 1. 2013.

_____. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. IN: CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. (coord.). **Direito privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FAMILY BY DESIGN. Disponível em: <http://www.familybydesign.com/content/about-us/matching-help/>. Acesso em: 06 jan. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional. IN: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. v. 4. Contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FISCHER, Thomas. Wiener's prefiguring of a cybernetic design theory. In: **IEEE Technology and Society Magazine**. v. 34, n. 3. september 2015.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos multiculturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FONSECA, Cláudia Lee Williams. As novas tecnologias legais na produção da vida familiar: antropologia, direito e subjetividades. In: **Civitas**. v. 11 n. 1. Porto Alegre: jan.-abr. 2011.

_____. De família, reprodução e parentesco: algumas considerações. IN: **Cadernos Pagu**, n. 29. jul-dez. 2007.

_____. **Estudos da ciência na ótica feminista**. Disponível em: <http://www.comciencia.br>. Acesso em: 06 jan. 2017.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução: Luiz Felipe Baeta Neves. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. **História da sexualidade 1**: a vontade de saber. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque. J. A. Guilhon Albuquerque. 21. ed. São Paulo: Edições Graal, 2011.

_____. **Microfísica do poder**. 28. reimpressão. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010.

_____. **Segurança, território, população**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANKLIN, KAREN. Educação e ética: o reconhecimento da alteridade na educação. In: GUÉRIOS, Ettiène. STOLTZ, Tania (org.). **Educação e alteridade**. São Carlos: EdUFSCar, 2010.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 49. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FRIEDMAN, Ken. Theory construction in design research: criteria: approaches, and methods. In: **Design Studies**. v. 24. n. 6. Elsevier: November, 2003.

GABRIELLI, Enrico. L'operazione economica nella teoria del contratto. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. v. 63. n. 3. set. 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne**: o homem na idade da técnica. Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006.

GARRAFA, Volnei. **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Tradução: Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Penso, 2012.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução: A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Medeiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

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

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução: Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo-finitude-solidão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Ser e tempo**. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. São Paulo: Vozes, 2008.

HELGUERA, Carlos de Cores. **Pasado, presente y futuro de la teoría general del contrato: una mirada desde la tradición jesuítica**. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2015.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos – um devaneio acerca da ética no Direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Anais do V Congresso brasileiro de direito de família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

HOFFMANN-RIEN, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. IN: MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. COELHO, Alexandre Zavaglia P. (org.). **Direito, inovação e tecnologia**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

HOTTOIS, Gilbert. **El paradigma bioético: una ética para la tecnociencia**. Barcelona: Anthropos editorial, 1999.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. Tradução: Vidal de Oliveira. 21. ed. São Paulo: Globo, 2012.

INGOLDSBY, Bron B. SMITH, Suzanna. **Families in multicultural perspective**. London: The Guilford Press, 1995.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução: Marijane Barbosa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto – PUC RIO, 2006.

JUNGES, José Roque. **Bioética: hermenêutica e casuística**. São Paulo: Loyola, 2006.

JUNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. IN: **Revista da EMERJ**. v. 9, n. 35, 2006.

JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil Brasileiro do século XX. IN: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

_____. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. IN: **O Direito**, Lisboa, vol. 143, p. 43-66, 2011.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos e notas Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. IN: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRIPPENDORF, Klaus. **The semantic turn: a new foundation for design**. CRC Press, 2005.

LANDIM, Paula da Cruz. **Design, empresa, sociedade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 191 p. ISBN 978-85-7983-093-8. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LAZZARIN, Sonilde K. A ética da fraternidade: o reconhecimento do outro e a educação para a fraternidade. IN: GUEDES, Gabriel Pinto. GUEDES, Priscila Dal Ponte Amado. BARZOTTO, Luciane Cardoso. (orgs.). **Direito de Fraternidade: em busca de respostas**. Porto Alegre: Sapiens, 2016.

LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Tradução: Marina Appenzeller. 6. ed. São Paulo: Papirus, 2003.

_____. **Antropologia do corpo e modernidade**. Tradução: Fábio dos Santos Creder Lopes. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

LEAL, Fernando, Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**. n. 1. out-dez 2007. Porto Alegre: HS Editora, 2007.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução: Mariano Ferreira. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Tradução: Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

_____. **O que é o virtual?** Tradução: Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Ed.34, 2011.

LIMA VAZ, Henrique C. de. **Antropologia filosófica II**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1995.

LIPOVETSKY, Gilles A era do após-dever. In: PRIGOGINE, Ilya. MORIN, Edgar. **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles. SERROY, Jean. **A estetização do mundo**: viver na era do capitalismo artista. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim e DEL'OMO, Florisbal de Souza. **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível em:
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Texto disponível em:
<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

_____. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do Direito Civil. In: FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NEVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e norma**: Michel Foucault e a aplicação do direito. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima (org). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**; o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Livraria do Advogado: 2003.

_____. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. São Paulo: Del Rey, 2004.

MATURANA, Humberto R. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução: José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

_____. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Organização e tradução: Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento**: las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires: Lumen, 2003.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. IN: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. A genialidade de Pontes de Miranda. In: **Revista Getúlio**: Revista da GVlaw – Programa de Especialização e Educação Continuada da DIREITO GV. São Paulo, p. 44-48, mar. 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da Existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILETTO, Leandro Tonetto. COSTA, Filipe Campelo Xavier da. Design emocional: conceitos, abordagens e perspectivas de pesquisa. IN: **Strategic Design Research Journal**, 4(3): 132-140 September-December 2011.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de Indicadores Sociais**: Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2013**. v.40. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2014**. v.41. Rio de Janeiro: IBGE, 2014.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2015**. v.42. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Publicado originalmente em: Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991. Disponível em: <http://www.grupoddp.com.br/resources/A%20Caminho%20do%20Direito%20Civil-Constitucional%20-%20Maria%20Celina%20Bodin%20de%20Moraes.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. A causa do contrato. IN: MELGARÉ, Plínio (organizador). **O direito das obrigações na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

_____. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAIS, José Luís Bolzan de e STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MURARO, Rose Marie. **Os avanços tecnológicos e o futuro da humanidade**: querendo ser Deus? Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NETO, André Perin Schmidt. **Contratos na sociedade de consumo**: vontade e confiança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEVES, Castanheira A. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.3. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. In: **Revista de Estudos Feministas**. Florianópolis, ano 8, n.2, p.9-41, jul-dez. 2000.

OLIVEIRA, Guilherme de. Sobre a verdade e a ficção no direito da família. IN: **Temas de direito da família**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ORLANDI, Eni Puccinelli. Educação em direitos humanos: um discurso. IN: SILVEIRA, Maria Godoy Silveira. **Educação em direitos humanos**: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. São Paulo: Instituto Piaget, 1999.

PACHECO, Carlos. **Tecno**: el impacto de la revolución tecnológica en la vida cotidiana. Montevideo: Fin de siglo, 2016.

PALERMINI, Patricia. **Misère de la bioéthique**. Bruxelles: Éditions Labor, 2002.

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

PERLINGIEI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. IN: **Veja: 25 anos**: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

PERROT, Michelle. **História da vida privada**: da revolução francesa à primeira guerra. v.4. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PESSINI, Leocir. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 11. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2014.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. v. 1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

PINTO, Gerson Neves. Uma antropologia da instância paterna e a lei jurídica. IN: ALVAREZ, Alejandro Montiel. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. FELONIUK, Wagner Silveira. (orgs.). **Perspectivas do discurso jurídico**: argumentação, hermenêutica e cultura. Porto Alegre: DM Editora, 2015.

PISCITELLI, Adriana. Reflexões em torno do gênero e feminismo. In: SCHMIDT, Simone Pereira. COSTA, Cláudia de Lima. (org.). **Poéticas e políticas feministas**. Florianópolis: Editora mulheres, 2004.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. IN: BAGGIO, Antônio Maria. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, tomo I,

- _____. **Tratado de direito privado – Tomo 1.** Campinas: Bookseller, 1999.
- _____. **Tratado de direito privado – Tomo 7.** Campinas: Bookseller, 2000.
- _____. **Tratado de direito privado.** Parte Especial. Tomo VII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.
- _____. **Tratado de direito privado.** Parte Especial. Tomo VII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.
- _____. **Tratado de Direito Privado. Parte geral.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Tomo I.
- QUARESMA, Alexandre. O injustificado imperativo genético. IN: QUARESMA, Alexandre. (coord.). **Engenharia genética e suas implicações sociológicas, antropológicas, filosóficas, simbólicas, econômicas, tecnicistas, médicas, legais, ecológicas, bioéticas, alimentares, magnéticas, lúdicas, fantásticas, fantasmáticas, críticas, epistemológicas, biopolíticas, humanísticas e filogenéticas.** Madrid: Common Ground, 2014.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coordenação). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- RENAUT, Marie-Hélène. **Histoire du droit de la famille.** 2. ed. Paris: Ellipses, 2012.
- RESTA Eligio. **Diritto vivente.** Roma-Bari: Editori Laterza, 2008.
- _____. **O direito fraterno.** Tradução: Sandra Regina Martini Vial (coordenadora). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- _____. **Percursos da identidade:** uma abordagem jusfilosófica. Tradução e apresentação: Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.
- ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica:** uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985.
- _____. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.
- _____. ROCHA, Leonel Severo. **Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II.** Florianópolis, 22 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-epistemologia-jur%C3%ADdica>>

normativista-ao-construtivismo-sist%C3%AAmico-ii-leonel-severo-rocha>. Acesso em: 06 jan. 2017.

RODOTÀ, Stefano. **Diritto d'amore**. Editora Laterza, 2015.

RODRIGUES, Celso. **Assembleia constituinte de 1823**: idéias políticas na fundação do império brasileiro. Curitiba: Juruá, 2002.

ROMAN, Joël. Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno. In: PRIGOGINE, Ilya. MORIN, Edgar. **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução: Jorge Pires. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988.

ROSA, Conrado Paulino da. **Ifamily**: um novo conceito de família? São Paulo: Saraiva, 2013.

RUZYK, 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 Editora, 2011.

SANCHÉZ, Emílio M. Beltrán. MORENO, F. Javier Orduna. **Curso de Derecho Privado**. 4. ed. Valencia: Tirant Le Blanch Livros, 2000.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Tradução: Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

SANDLER, Ronald. L. **Ethics and emerging Technologies**. Boston: Palgrave Macmillan, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, George. Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie e EHRHARDT JR., Marcos. **Revisitando a Teoria do Fato Jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. In: **Revista de estudos feministas**. v. 12. maio-agosto 2004.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. IN: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. IN: FACHIN, Luiz Edson (coordenação). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SIBILA, Paula. **O homem pós-orgânico**. A alquimia dos corpos e das almas à luz das tecnologias digitais. 2. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2015.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade – ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

_____. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. IN: **Sobre a Essência do Fundamento**. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural (Coleção *Os Pensadores*), 1979.

_____. **Nas proximidades da antropologia**: ensaios e conferências filosóficas. Ijuí: Unijuí, 2003.

_____. **Racionalidade e Existência**: uma introdução à filosofia. São Paulo: L&PM Editores, 1988.

STORK, Ricardo Yepes. ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. **Fundamentos de antropologia**: um ideal de excelência humana. Tradução: Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2005.

STRATHERNM, Marilyn. **Parentesco, direito e o inesperado**: parentes são sempre uma surpresa. Tradução: Stella Zagatto Paterniani. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? IN: **Novos estudos jurídicos**. v.15. n.1. 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. **Separata: o direito e o futuro, o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. Diálogos (neo)constitucionais. IN: DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da CRFB/88**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

_____. **Drible da vaca em súmula, uniões poliafetivas... O que mais vem aí?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-28/senso-incomum-drible-vaca-sumula-unioes-poliafetivas-vem-ai>. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004,

_____. O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pamprincipiologismo a partir do caso das "famílias paralelas". IN: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 1/2014. p. 151 – 160. Out - Dez / 2014.

_____. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. IN: **Conjur. Senso Incomum**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. **O que é isto? O senso incomum**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em *terra brasillis*. In: CARVALHO, Amilton Bueno de *et al.* **Em busca dos direitos perdidos: uma discussão à luz do estado democrático de direito**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

_____. **Verdade e consenso: hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SZRAMKIEWICZ, Romuald. **Histoire du droit français de la famille**. Paris: Dalloz, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. Bases teóricas para o novo Direito de Família. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 23. jul-set. 2005.

_____. Normas constitucionais e Direito Civil. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

_____. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição**: premissas para uma reforma legislativa. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2017.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005.

THOMPSON, A.D. **The Cost of Gay Fatherhood**. Disponível em: <https://gayswithkids.com/2015/09/17/the-cost-of-gay-fatherhood/>. Acesso em: 06 jan. 2017.

UMEDA, Guilherme Mirage. **Design como enfrentamento em Gui Bonsiepe**. Disponível em: <http://notaalta.espm.br/fala-professor/design-como-enfrentamento-em-gui-bonsiepe/>. Acesso em: 06 jan. 2017.

VATICANO. **Código de Direito Canônico**. Promulgado pelo Papa João Paulo II. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf. Acesso em: 06 jan. 2017.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Rio de Janeiro: Edições 70, 1987.

VENTURA, Deisy. Do direito ao método e do método ao direito. IN: CERQUEIRA, Daniel Torres de. FILHO, Roberto Fragale (org.). **O ensino jurídico em debate**. Campinas: Millenium, 2007.

_____. **Monografia jurídica**: uma visão prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VIAL, Sandra Regina Martini. O direito fraterno na sociedade cosmopolita. In: **Contribuciones desde Coatepec**. núm. 12, enero-junio, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

_____. **Introdução geral ao direito III**: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

_____. O senso comum teórico dos juristas. In: JUNIOR, José Geraldo de Sousa. **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: Universidade Federal de Brasília, 1993.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. s/d.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

YÁÑEZ, Ximena Dávila. MATURANA, Humberto R. **Habitar humano em seis ensaios de biologia-cultural**. Tradução: Edson Araújo Cabral. São Paulo: Palas Athena, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZIZEK, Slavoj. **Vivendo no fim dos tempos**. Tradução: Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012.